

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**A “NOVA” LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UM ESTUDO SOBRE AS
NORMAS MAIS BENÉFICAS DA LEI 14.230/2021 E SUA (IR)RETROATIVIDADE**

NATÁLIA OLIVEIRA PERLES DOS SANTOS

RIO DE JANEIRO

2022

NATÁLIA OLIVEIRA PERLES DOS SANTOS

**A “NOVA” LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UM ESTUDO SOBRE AS
NORMAS MAIS BENÉFICAS DA LEI 14.230/2021 E SUA (IR)RETROATIVIDADE**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professora Me. Luciana Silveira.**

Rio de Janeiro

2022

CIP - Catalogação na Publicação

048? Oliveira Perles dos Santos, Natália

A "NOVA" LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UM ESTUDO SOBRE AS NORMAS MAIS BENÉFICAS DA LEI 14.230/2021 E SUA (IR)RETROATIVIDADE / Natália

Oliveira Perles dos Santos. -- Rio de Janeiro, 2022.

57 f.

1. Improbidade. 2. Sanção Administrativa. 3. Direito Administrativo Sancionador. 4. Retroatividade. I. Silveira Ardente, Luciana, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

NATÁLIA OLIVEIRA PERLES DOS SANTOS

**A “NOVA” LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UM ESTUDO SOBRE AS
NORMAS MAIS BENÉFICAS DA LEI 14.230/2021 E SUA (IR)RETROATIVIDADE**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professora Me. Luciana Silveira.**

Data da Aprovação: __/__/____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

**Rio de Janeiro
2022**

Aos meus pais, por todo o amor que há nessa vida.

AGRADECIMENTOS

Dentre todos os desafios que uma monografia comporta, penso que os agradecimentos sejam os maiores – também os mais deliciosos... porque há muito a quem e a quem agradecer. Assim, permito-me ser aqui um pouco mais lírica e calorosa, para tentar dar conta de reconhecer em uma página àqueles que, em uma vida, dedicaram-se a mim: minha família.

Agradeço, portanto, aos meus pais por estarem sempre ao meu lado e acreditarem tanto nos meus sonhos. A eles devo quase todo o amor que já recebi nesta vida.

Agradeço as minhas avós e avôs, Neide, Maria, Arlindo e Germino, por todo carinho e amor incondicional, que sempre sentido a despeito dos mais de 1.200km de distância.

Também ao meu Dindo e Dinda, que fizeram da minha infância uma memória de amor e acolhimento incondicional.

Agradeço imensamente a minha querida amiga e orientadora Luciana, por todas as lições, acolhimento, por ser meu exemplo e inspiração, por sua tamanha força, inteligência e insubordinação às barreiras que aqueles que, não acostumados a dividir o mundo conosco, tentam lhe impor sem sucesso.

Agradeço ao meu amado amigo Gustavo, meu suporte e alegria durante esta jornada, por quem nutro carinho, respeito, admiração e amor.

Aos meus amigos que são minha segunda família, Brigitte, Carol, Joca, Marina e Renato, por terem aberto as portas de suas casas e me acolhido nesta cidade tão imensa. A vida e a faculdade são muito mais gostosas quando partilhadas com pessoas tão excepcionais.

A Babi, que é para mim uma irmã mais velha. Meu recanto, meu orgulho e minha lembrança de uma Primavera mais feliz.

Aos meus antigos que amigos que a vida distanciou, mas ainda fazem parte de mim, Flávia e Dudu.

A Patrícia, minha analista, pelo companheirismo e escuta paciente ao longo dos últimos quase cinco anos.

E a mim não um agradecimento, mas a uma frase de Beauvoir que há tanto tempo me se instalou em mim, e sintetiza o sabor desta jornada. “Que espaço o meu passado deixa para a minha liberdade hoje? Não sou escrava dele. O que eu sempre quis foi comunicar unicamente da maneira mais direta o sabor da minha vida. Unicamente o sabor da minha vida. Acredito que eu consegui fazê-lo. Vivi num mundo de homens, guardando em mim o melhor da minha feminilidade. Não desejei e nem desejo nada mais do que viver sem tempos mortos.”

*Quando nasci um anjo esbelto,
desses que tocam trombeta, anunciou:
vai carregar bandeira.
Cargo muito pesado pra mulher,
esta espécie ainda envergonhada.
Aceito os subterfúgios que me cabem,
sem precisar mentir.
Não sou tão feia que não possa casar,
acho o Rio de Janeiro uma beleza e
ora sim, ora não, creio em parto sem dor.
Mas o que sinto escrevo.
Cumpro a sina.
Inauguro linhagens, fundo reinos
-- dor não é amargura.
Minha tristeza não tem pedigree,
já a minha vontade de alegria,
sua raiz vai ao meu mil avô.
Vai ser coxo na vida é maldição pra homem.
Mulher é desdobrável. Eu sou.*

(Adélia Prado)

RESUMO

A Lei nº 14.230/2021, conhecida como nova Lei de Improbidade Administrativa, promoveu profundas alterações na Lei nº 8.429/1992, a qual regulamenta a disciplina da improbidade administrativa. Apesar de não compor uma nova lei, suas alterações alcançaram dimensão tamanha que alguns a consideram como fundadora de uma nova disciplina. Dentre suas formulações, há uma constante preocupação em corrigir distorções ocasionadas pela LIA em sua redação original. Desta ocupação, surge um apanhado de normas que cria condições mais benéficas ao sujeito acusado. Este leque de normas mais favoráveis, somado à previsão expressa da incidência dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador na Lei de Improbidade, culminaram numa efervescência doutrinária e jurisprudencial sobre sua eventual retroatividade. O presente trabalho tem o condão de analisar, de forma descritiva, a nova lei, apontando críticas e elogios a ela tecidos, bem como seus efeitos no tempo, mediante revisão de bibliografia.

Palavras-chaves: Improbidade; Sanção Administrativa; Direito Administrativo Sancionador; Retroatividade.

ABSTRACT

Law n° 14.230/2021, known as the new Law of Administrative Improbability, promoted profound changes in Law n° 8.429/1992, which regulates the discipline of improbity. Despite not composing a new law, its changes reached such a dimension that some consider it as the founder of a new discipline. Among its formulations, there is a constant concern to correct distortions caused by the LIA in its original wording. From this occupation, a collection of norms emerges that creates more tolerant conditions for the accused. Said range of more respected norms, added to the express provision in the new law about the incidence of the constitutional principles of the Sanctioning Administrative Law in the law of improbity, culminated in a doctrinal and jurisprudential effervescence about its eventual retroactivity. The present work intends to analyze, in a descriptive way, the new law, pointing out its criticisms and praise, as well as its effects over time, through a bibliography review.

Keywords: Improbity; Administrative Sanction; Sanctioning Administrative Law; Retroactivity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. AS MUDANÇAS NA TIPIFICAÇÃO DOS ATOS ÍMPROBOS	15
1.1. O conceito de improbidade e moralidade administrativas.....	15
1.2. A exclusão da modalidade culposa nos atos de improbidade administrativa.....	18
1.3. O tipo aberto contido no art. 11 da LIA.....	22
1.4. Não seria a LINDB um instrumento suficientemente apto a corrigir as problemáticas da Lei nº 8.429/1992?.....	25
1.5. Demais alterações que cristalizaram normas benéficas.....	30
2. A RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	34
2.1. O Direito Administrativo Sancionador e o conceito e natureza da sanção administrativa.....	34
2.2. A retroatividade da norma mais favorável.....	37
2.3. A emenda nº 40 ao projeto de Lei nº 2.505/2021.....	39
2.4. A influência do Pacto San José da Costa Rica na retroatividade da nova lei.....	41
2.5. A retroatividade da prescrição intercorrente.....	43
2.6. O Supremo Tribunal Federal e o Tema 1199.....	45
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	51

LISTA DE ABREVIATURAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

AgInt – Agravo Interno

ARE – Agravo em Recurso Extraordinário

AREsp – Agravo em Recurso Especial

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

DAS – Direito Administrativo Sancionador

EC – Emenda Constitucional

LIA – Lei de Improbidade Administrativa

LINDB – Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro

STJ – Superior Tribunal de Justiça

REsp – Recurso Especial

INTRODUÇÃO

No dia 25 de outubro de 2021, foi publicada lei que promoveu uma das maiores modificações legislativas daquele ano. Chamada de “nova” lei de improbidade administrativa, a Lei nº 14.230/2021 alterou significativamente a Lei nº 8.429/1992, aqui também citada como LIA, razão pela qual ganhou a alcunha de nova lei, apesar de não constituir propriamente uma.

A mudança promovida na redação do art. 1º, §4º, da LIA, por si só já demonstra a tônica que acompanha a norma reformista até sua conclusão. Ao estabelecer expressamente a aplicação dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador ao sistema da improbidade por ela disciplinado, a Lei nº 14.230 se afasta do campo da tutela dos interesses transindividuais, aproxima-se da seara penal e processual penal¹, e abraça de vez o Processo Administrativo sancionatório, gênero do qual é subespécie.

Apesar de não pôr fim ao debate, a nova feição da lei acalorou a antiga discussão acerca de sua natureza jurídica. Na lição de Fábio Medina Osório, as discussões sobre o caráter penal das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992 consagraram o entendimento de que essas não constituem normas penais, uma vez que a própria constituição prevê que condenação de ato de improbidade não importa prejuízo à propositura de ação penal². Outrossim, ainda no seu entendimento, não poderiam ser classificadas como de natureza penal ante à vedação constitucional para se consagrar sanções extrapenais na forma da Lei nº 8.429/1992.

Referida discussão ganhou tónus com o impacto da publicação da Lei nº 14.230/2021, pois esta não dispõe de regras de natureza transitória. Assim, um dos principais

¹ O paralelo da Lei 14.230/2021 com o Direito Penal e Processual Penal é tema espinhoso. Entretanto, não se pode ignorar que há similitudes entre as temáticas, o que não implica em afirmar que referidas leis partilham da mesma natureza jurídica. Nesse sentido, a justificativa do projeto de lei nº 10.887/2018, posteriormente renumerado PL nº 2.505/2021 e convertido na Lei nº 14.230/2021. “Algum paralelo foi feito com o processo penal, na medida em que se optou por um modelo elástico e aberto, baseado em parâmetros mínimos e máximos a serem aplicados pelo magistrado mediante fundamentação e justificação tal e qual o processo de dosimetria estabelecido nos processos criminais”. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 10.887, de 17 de outubro de 2018**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018.

Disponível em:
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node014018iezutk41191g5d49v2vu5231447.node0?codteor=1687121&filename=TramitacaoPL+2505/2021+%28N%C2%BA+Anterior:+pl+10887/2018%29. Acesso em: 11 ago. 2022.

² OSÓRIO, Fábio Medina. As sanções da Lei 8.429/92 aos atos de improbidade administrativa. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 47, n. 259, p. 19-31, maio 1999.

questionamentos de que se ocuparam tanto a doutrina quanto a magistratura foi a controvérsia acerca da (ir)retroatividade da nova norma.

Referido debate veio a lume pois, dentre as muitas mudanças provocadas pela nova lei, houve um conjunto de normas que criaram situações mais benéficas aos acusados de ato de improbidade. Assim, os empasses sobre a natureza da lei importaram para definir quais princípios se aplicariam na avaliação da eventual retroação do texto.

Uma parcela de consagrados juristas e doutrinadores, como Fábio Medina Osório, passaram, então, a defender a retroatividade da nova lei, mais favorável, calcados na tese de que a lei mais benéfica deve retroagir em favor do acusado, haja vista a influência dos princípios do direito penal e administrativo sancionador nesse sistema³, ainda que não se confundam em suas naturezas. Na contramão desse entendimento, uma outra parcela, de também grande relevância para o deslinde da contenda, manifestou entendimento contrário à aplicação retroativa da lei.

Como sublinhado pelo Ministro Alexandre de Moraes, relator do Tema 1.199 que decidiu a problemática acerca da retroatividade da Lei nº 14.230/2021, aqueles que se revelam contrários à aplicação retroativa da nova lei justificam seu entendimento partindo de uma análise teleológica do princípio da retroatividade da lei penal⁴. A existência princípio da *novatio legis in melius*, para essa parcela, possui bases muito peculiares, a saber a liberdade do acusado. A defesa, portanto, desse princípio se justifica pela gravidade do bem tutelado pelo Direito Penal, o qual não possui identidade com o bem tutelado pela lei de improbidade. Nesta visão, privilegia-se o ato jurídico perfeito⁵ ante a incomunicabilidade dos preceitos do Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal.

³ OSÓRIO, Fábio Medina. Novas normas de improbidade têm de retroagir para beneficiar réus e investigados. **JOTA**. 29 jul. de 2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/improbidade-dos-esclarecimentos-acerca-do-tema-1199-do-stf-29062022>>. Acesso em: 11 ago. 2022.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Agravo Regimental nº 843989-PR (0003295-20.2006.4.04.7006). Recorrente: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento: 24 fev. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq_objetoincidente=4652910>. Acesso em: 20 jul. 2022.

⁵ MELLO, Rafael Munhoz de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição federal de 1988. São Paulo, Malheiros, 2007, p. 154-155.

Dentre o conjunto de alterações que se constituiu enquanto previsões mais benéficas, figura a exclusão da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa. Com a nova redação dada pela Lei nº 14.230, exige-se a presença inequívoca do dolo para a caracterização do tipo.

Outrossim, também há uma importante alteração na cominação das penas previstas no capítulo III. A nova dicção do inciso I do art. 12 não mais reproduz uma pena mínima para a suspensão dos direitos políticos, como fazia a redação anterior ao fixá-la em oito anos. Não obstante, ela alarga a pena máxima de dez para quatorze anos, além de liquidar a multa civil ao equivalente do acréscimo patrimonial.

Também albergada no debate acerca da eventual retroatividade da nova lei, dadas suas características privilegiadoras, está a previsão de prescrição intercorrente. No bojo do §5º do art. 23, o legislador inseriu a norma que diminui pela metade, ou seja, de oito para quatro anos, o prazo prescricional, contado a partir dos marcos interruptivos elencados no mesmo dispositivo.

Não obstante, apesar de uma extensa lista de normas mais favoráveis, ainda não há uma última palavra acerca da aplicabilidade de todas elas. Por esta razão, o presente estudo busca traçar um panorama da Lei 14.230/2021, reunindo visões sobre as alterações por elas promovidas, suas consequências práticas, e teorias acerca de sua aplicabilidade.

1. AS MUDANÇAS NA TIPIIFICAÇÃO DOS ATOS ÍMPROBOS

1.1. O conceito de improbidade e moralidade administrativas

A busca de uma definição para improbidade administrativa perpassa, necessariamente, pela conceituação da moralidade e probidade administrativa. Pelo dicionário de Oxford, probidade é qualidade do que é probo, integridade, honestidade, retidão⁶; moralidade, por sua vez, é nele definida enquanto conjunto dos princípios morais, individuais ou coletivos, como a virtude, o bem, a honestidade etc.⁷ Sobrepondo os significados, percebe-se que há quase uma identidade entre ambos, cujo ponto convergente é sua acepção de honestidade.

A dificuldade em distinguir os princípios não arrefece quando inseridos no contexto constitucional-administrativo. Isso porque a probidade administrativa, que constitui um dever ser íntegro da Administração Pública, é princípio derivativo do também princípio da moralidade⁸. Assim como na etimologia vulgar, na seara jurídico-legal ambos os mandamentos inspiram a honestidade como meio e fim a ser observado na conduta do administrador público ou ainda de agentes privados na relação com o erário.

Por se tratar de norma aberta, a moralidade administrativa é mais bem compreendida de acordo com o contexto analisado, cujas especificidades podem definir um mesmo ato como moral e imoral. Assim, é muitas vezes a situação fática que caracteriza um ato como moral ou imoral, ou seja, probo ou ímprobo. Na visão de Odete Medauar:

Para configurar o princípio da moralidade administrativa, e operacionalizá-lo, parece melhor adotar o último entendimento. O princípio da moralidade de difícil tradução verbal, talvez porque seja impossível enquadrar em um ou dois vocábulos a ampla gama de condutas e práticas desvirtuadoras das verdadeiras finalidades da Administração Pública. Em geral, a percepção da imoralidade administrativa ocorre no enfoque contextual, ou melhor, ao se considerar o contexto em que a decisão foi ou será tomada. A decisão, de regra, destoa do contexto, e do conjunto de regras de conduta extraídas da disciplina geral norteadora da Administração.⁹

⁶ PROBIDADE. In: OXFORD UNIVERSITY PRESS, Dicionário Online de Português. Disponível em: <[Oxford Languages and Google - Portuguese | Oxford Languages \(oup.com\)](#)>. Acesso em: 11/08/2022

⁷ MORALIDADE. In: In: OXFORD UNIVERSITY PRESS, Dicionário Online de Português. Disponível em: <[Oxford Languages and Google - Portuguese | Oxford Languages \(oup.com\)](#)>. Acesso em: 11/08/2022

⁸ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 19ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 153.

⁹ Ibid., 2015, p. 153.

É na Constituição Federal de 1988 que a relação entre moralidade e improbidade administrativa ganha especial relevo. Antes encarada tão somente como infração de agentes políticos, é mediante a inserção do princípio da moralidade, no caput do art. 37 da CRFB/88, que a improbidade administrativa se alarga e passa a abarcar os atos ímprobos cometidos servidores públicos em geral.

Nessa senda, a moralidade é compreendida como norma valorativa, que busca reaproximar o direito da moral, com o fim último de dotar de ética a Administração Pública. Configura, pois, uma preocupação do constituinte em relação ao combate à corrupção¹⁰. Como já exposto, antes da elevação da moralidade a princípio constitucional, o agir administrativo que violasse a conduta ética, íntegra e responsiva, voltada ao interesse público, não era punida na qualidade de ato ímprobo¹¹, mas tão somente como enriquecimento ilícito.

Assim, a improbidade administrativa é compreendida, hoje, mediante sua conjugação com o conceito de moralidade. Por esta razão é que, na carta constitucional, a moralidade é elencada na qualidade de princípio, ao passo que a improbidade, em uma de suas acepções, é definida como violação à moralidade.

O casamento entre as duas noções pode ser mais bem compreendido se levada em consideração o fenômeno da juridicidade, que acarretou a crise do princípio da legalidade estrita. A juridicidade busca conformar a conduta administrativa sem engessá-la, consequência esta de uma sociedade mais dinâmica e globalizada, que exige do administrador público uma margem de discricionariedade da qual a legalidade liberal não mais dá conta.

Essa noção estabelece a legalidade sob dois pontos de vista, um do Administrador Público e a outra do particular. Enquanto à Administração Pública se aplica a legalidade de vinculação positiva, ou seja, ela só pode agir se autorizada por lei, o particular responde à legalidade negativa, pelo qual está autorizado a fazer tudo que a lei não proíbe.

É, portanto, da crise do positivismo jurídico que se ampliou o conceito de legalidade, ante à necessidade da aplicação da lei não somente com base em regras, mas fundada também em

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 29ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. 974.

¹¹ Ibid., p. 975.

princípios que visem dela extrair sua maior aplicabilidade e eficiência. O professor Aragão sintetiza o giro na compreensão da legalidade em trecho abaixo destacado.

Com efeito, evoluiu-se para se considerar a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade, com diversas Constituições (por exemplo, a alemã e a espanhola) passando a submeter a Administração Pública expressamente à 'lei e ao Direito', o que também se infere implicitamente da nossa Constituição e expressamente da Lei do Processo Administrativo Federal (art. 2º, parágrafo único, I). A esta formulação dá-se o nome de Princípio da Juridicidade ou da legalidade em sentido amplo.¹²

Não se ignora que a legalidade em sentido estrito ainda tenha relevante espaço no ordenamento jurídico pátrio, menos ainda que sua existência seja fundamental na regência e controle da Administração Pública. O que se destaca com essa discussão é que a juridicidade busca mitigar a legalidade restrita em casos em que esta se mostre insuficiente para se adequar e adequar a realidade que pretende regular. Nesse sentido, o princípio da moralidade se apresenta como um importante mandamento de otimização¹³, na medida em que auxilia na coibição de atos que, ainda que revestidos de suposta legalidade, mostram-se ímprobos quando analisados pelo prisma da moralidade.¹⁴

Entretanto, da necessidade de prescrever sem engessar, por meio da instituição de princípios, surgem algumas dificuldades que costumam gerar controvérsia e, na temática em análise, acarretam excessos punitivos. A problemática em questão se refere à imprecisão da improbidade administrativa quando definida somente como lesão a um princípio.

Antes da redação dada pela Lei 14.230/2021, o art. 11 caput da LIA, que será estudado mais adiante com maior profundidade, tipificava como ato ímprobo todos aqueles que atentassem contra os princípios norteadores da administração pública. Por sua vez, o rol que tipificava as condutas ímprobos não era taxativo, mas exemplificativo, o que produzia insegurança jurídica.

¹² ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 65, out. 2008, p. 7.

¹³ ALEXY, Robert. *Derecho e razón práctica*. México: Fontamara, 1993, p. 97

¹⁴ Medauar ilustra a situação supramencionado com um exemplo, em que descrever um cenário de grave crise econômica durante o qual recursos públicos sejam aplicados na compra de carros de luxo para servir autoridade, sublinhando que, ainda que revestido de legalidade, tal ato é imoral em virtude da precariedade econômico-social. (MEDAUAR, 2015, p. 153). Dessa forma, fica nítido que somente o conceito de legalidade estrita não mais consegue conformar as complexidades da sociedade que visa regular.

A aplicação do princípio da juridicidade não tem o fito de produzir as deformações descritas. A plasticidade da norma deve ter um limite claro e pré-definido, ou seja, um núcleo essencial de fácil identificação, com a finalidade última de evitar excessos sancionatórios em casos que, na realidade, não comportam a sanção prevista na lei de improbidade. Referida falha veio a ser corrigida com o advento da nova lei, conforme se analisará em tópico próprio.

Por fim, cumpre fazer uma anotação. Embora o princípio da moralidade venha a agregar uma nova dimensão ao instituto da improbidade administrativa, esta é muito mais abrangente do que aquele. De fato, pela redação da original da LIA, conduta que atente contra a moralidade administrativa constitui, pela definição da lei, improbidade administrativa. A recíproca, entretanto, não se mostra verdadeira. Nem todo ato enquadrado como improbidade administrativa decorre da lesão à moralidade. Há na lei 8.429/1992 outras tipificações de condutas ímprobas, mais específicas e juridicamente melhor determinadas, sendo a lesão à moralidade apenas um dos tipos elencados.

1.2. A exclusão da modalidade culposa na tipificação dos atos de improbidade

A Lei de Improbidade Administrativa constitui um código de conduta dos servidores públicos, o qual tutela bens jurídicos caros ao interesse público sob pena de sanção. Apesar de a Constituição não definir com rigor o que seria a improbidade administrativa¹⁵, comportamento este replicado também pela Lei nº 8.429/1992, há na legislação infraconstitucional a descrição dos tipos¹⁶ que definem conduta ímproba.

¹⁵ Neste sentido, importa observar que a expressão “improbidade administrativa” é mencionada pela Constituição Federal em seis passagens, sendo a de maior notoriedade a disposição contida no art. 37, §4º do documento. Entretanto, sua redação se resume a fixar os efeitos da improbidade, ao prescrever que “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.” As demais menções, contidas pelos art. 15, V, art. 105, §3º, II do corpo da CRFB/88 e pelos art. 97, §10, III, art. 101, §3º e art. 104, II do ADCT, por sua vez, resumem-se respectivamente a: i. prescrever sanção; ii. determinar a relevância do tema para admissão de recurso especial; iii. fixar a responsabilização do chefe do poder executivo por improbidade em caso de não liberação tempestiva dos recursos de que tratam o inciso II do § 1º e os §§ 2º e 6º do mesmo artigo; iv. a responsabilização pessoal do dirigente da instituição financeira por improbidade, caso os recursos previstos nos incisos I, II e IV do § 2º do mesmo artigo não sejam repassados no prazo máximo de sessenta dias; v. e, por fim, a responsabilização por improbidade do chefe do poder executivo do ente federativo caso não haja o repasse tempestivo dos recursos necessários para o pagamento de precatórios.

¹⁶ Antes da alteração da Lei 14.230/1992, o caput dos artigos que tipificavam as condutas ímprobas se limitava a prescrever as condutas puníveis como ímprobas, vide:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(..)

Uma das mais expressivas alterações provocadas pela Lei 14.230/2021 se refere à inclusão da expressão “dolosa” para descrever as condutas, comissivas ou omissivas, que definam os atos de improbidade. Dividida em 3 seções, o capítulo II da LIA tipifica as condutas ímprobas, que agora exigem necessariamente a presença do elemento subjetivo doloso.

A seção I versa sobre os atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º); a seção II (art. 10), sobre os atos de improbidade que causam prejuízo ao erário; e a seção III (art. 11), sobre os atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Numa análise da redação original da Lei 8.429/1992, percebe-se que tão somente na tipificação dos atos que importassem em lesão ao erário estava presente o elemento subjetivo culposo. Não obstante, nas seções I e III, não havia um indicativo de que o dolo compunha elemento imprescindível na caracterização dos tipos por elas instituídos. Assim, o legislador foi cauteloso ao modificar o caput dos artigos 9º, 10 e 11 da LIA, de modo a não deixar brechas para que qualquer ato culposo venha a ser enquadrado como uma conduta ímproba.

Dada a especial relevância do elemento subjetivo para a constatação da conduta ímproba, faz-se essencial discutir a conceituação do dolo. Neste ponto, o legislador mais uma vez se mostra preocupado em dissecar a acepção do termo no campo da improbidade administrativa. Para tanto, a nova lei traz a definição de dolo no bojo de seu art. 1º, §2º, pelo qual considera-o como vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos artigos. 9º, 10 e 11 da mesma lei, não bastando a voluntariedade do agente.

Acrescenta, no parágrafo seguinte, 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.

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

Art. 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para 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.

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

(...)

Da redação apresentada, nota-se de plano a exigência do dolo específico. Uma das possíveis explicações por detrás dessa escolha legislativa, qual seja a opção por uma tipificação mais fechada dos atos de improbidade, pode ser o compromisso institucional de não mais perseguir o gestor inabilitado, mas sim o gestor desonesto. A exclusão da modalidade culposa, juntamente à exigência do dolo específico – e não mais genérico – foi amplamente comemorada por prefeitos ao redor do país¹⁷, uma vez que um dos efeitos esperados desta modificação é a limitação da possibilidade de o Ministério Público ajuizar ações decorrentes de discordância sobre a gestão pública.

Referido compromisso, entretanto, não representa garantismo inédito, já que há muito a jurisprudência apontava as problemáticas de se valer da LIA para punir, indiscriminadamente, o servidor público. O legislador, atento aos efeitos distorcidos da Lei nº 8.429/1992 e inspirado por inclinações jurisprudências, adotou postura mais cautelosa na fixação dos tipos de improbidade, as quais, em última instância, blindam os gestores dos excessos punitivos do Ministério Público calcados em discordâncias sobre opções administrativas discricionárias.

O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência frequentemente suscitada no debate acerca do sancionamento indiscriminado, a partir da qual se infere que o uso da Lei de Improbidade não pode estar desassociado da sua função precípua, qual seja, punir o agente desonesto, imoral, e, sobretudo, aquele dotado do animus de cometer ato ilícito.

para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé.¹⁸

Assim, a nova lei veio para amparar os agentes públicos sem, necessariamente, importar em impunidade. Não se nega que a redação da Lei 14.230/2021 impõe maiores dificuldades na

¹⁷ BÄCHTOLD, Felipe. Nova Lei de Improbidade freia distorção, mas afrouxa punição por falhas de gestão. Folha de São Paulo, São Paulo, 4 de novembro de 2022. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/11/nova-lei-de-improbidade-freia-distorcao-mas-afrouxa-punicao-por-falhas-de-gestao.shtml>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Plenário). Recurso Especial nº 1671819/GO. Recorrente: Valmir de Souza Pereira e Evolu Servico Ambiental LTDA. Recorrido: Ministério Público do Estado de Goiás. Relator: Ministra Regina Helena Costa. Julgamento: 9 mar. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGerica&num_registro=201700772406>. Acesso em: 13 ago. 2022.

demonstração da improbidade, dada a imprescindibilidade de comprovação do elemento subjetivo doloso. No entanto, já vem despontando produções científicas que indicam caminhos para se atingir o ponto de equilíbrio na relação “repressão à improbidade versus segurança jurídica, tolerância às falhas e à discricionariedade administrativa”. Na visão de Felipe Ramirez Gullo, condutas incompatíveis com a LIA poderão vir a ser enquadradas no tipo subjetivo do dolo eventual.

Vale mencionar que a imprudência desarrazoada ou a negligência clara e ilegal poderá ensejar sanções de improbidade, haja vista a exigência legal de dolo que futuramente poderá ser enquadrado num dolo eventual. Esse dispositivo tende a aprimorar as condenações de improbidade administrativa, promovendo um incentivo à eficiência do Ministério Público e do Poder Judiciário em clara concordância com os princípios da Constituição Brasileira¹⁹.

Trata-se de uma previsão cuja verificabilidade está sujeita ao transcurso do tempo, uma vez que a Lei 14.230/2021 é muito recente, e as teses jurídicas e a orientação jurisprudencial a seu respeito ainda estão se desenvolvendo. No entanto, a consideração por ele formulada possui aptidão para gerar debates no transcurso das ações ajuizadas sob a égide da nova lei, dada a complexidade e controvérsia acerca do dolo eventual.

A despeito das muitas críticas direcionadas à supressão da modalidade culposa, somadas à imprescindibilidade do dolo específico²⁰, a nova lei desempenha um importante papel na superação do Direito Administrativo do medo.

Também conhecido como apagão de canetas, o temor que toma conta do agente público o paralisa ante a ameaça de sanção, caso os órgãos de controle venham a classificar sua escolha

¹⁹ GULLO, Felipe Ramirez. “**Apagão das canetas**”: análise econômica da responsabilidade da improbidade administrativa. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direito da Regulação) – FGV Direito Rio, Rio de Janeiro, 2022, p. 32-33.

²⁰ Considerando o frescor da nova lei, ainda não há base de dados suficiente para analisar com rigor científico suas consequências. Não obstante, já se somam muitos artigos de opinião que desvelam certo ceticismo de alguns especialistas. Parte destes autores desenvolvem suas críticas embasados pela teoria econômica do crime, segundo a qual pena equivale a um custo que se paga pela realização de uma atividade ilegal. O animus delinquendi, nessa concepção, seria dotado de racionalidade, uma vez que o infrator faria um cálculo matemático para sopesar os ganhos e os custos numa eventual punição. Nesta equação, o sujeito levaria em conta as chances de ser punido e a gravidade da pena. Dentro desta lógica, portanto, a supressão da modalidade culposa representa uma diminuição no custo, já que reduz suas chances de ser pego, consubstanciando-se em um incentivo à corrupção e à prática de condutas ímprobas. Neste sentido: BUGARIN, M. S.; MENEGUIN, B. F. A nova lei de improbidade administrativa e os incentivos à corrupção. **JOTA**. 9 nov. 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/nova-lei-de-improbidade-incentivos-corrupcao-09112021>>. Acesso em: 11 ago. 2022.

como lesiva aos cânones da boa moral administrativa. Assim, diante de um controle exagerado dos órgãos de fiscalização, surge o pavor de inovar, afinal o novo é compreendido como um desafio que impõe riscos.

Não obstante, ainda que importem em erros, a inovação e o risco são desejáveis pois são instrumentos na consecução da finalidade do agir administrativo: o interesse público. Na medida em que o pânico toma conta do agente, este deixa de se pautar no interesse público e passa a agir exclusivamente com o fito de se blindar de eventual punição. Para tanto, passa a não decidir ou transfere o ônus decisório para outros agentes²¹.

Por esta razão, acredita-se que um dos efeitos positivos da exigibilidade do dolo específico será a retomada de uma atuação administrativa pautada pelo interesse público e pela vontade de inovação.

1.3. O tipo aberto contido no art. 11 da LIA

Além da exigência do dolo em todos os tipos de condutas ímprobas, outra importante modificação da Lei nº 14.230/2021 foi a mutação do rol expresso no art. 11º da LIA, antes exemplificativo, para um rol taxativo.

A redação original do art. 11 da Lei nº 8.429/1992 considerava atos ímprobos aqueles que atentassem contra os princípios da administração, acrescentando a expressão “e notadamente” para se referir às condutas elencadas em seus incisos. Referido vocábulo deu dimensão de que o rol em questão era exemplificativo, vez que o caput, por si só, constituiria um tipo.

Estava-se, por conseguinte, diante de um tipo de improbidade cujo cerne era unicamente a lesão a princípios administrativos. O problema evidente desta proposição é que princípios são normas dotadas de vagueza, ou seja, é difícil dizer claramente o que eles são. Dada sua abertura semântica, os princípios franqueiam mais espaços para uma argumentação jurídica irrigada pela moral²², o que não ocorre no caso das regras.

²¹ GULLO, Op. Cit., p. 108-109.

²² NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 383.

Estas, por definição clássica²³, apresentariam maior densidade semântica, não deixando tanta margem para interpretações subjetivas. Assim, diz-se que as regras são aplicadas na lógica do “tudo ou nada, ou ainda, na forma de subsunção. Portanto, exigem menos esforço hermenêutico do que os princípios. Conforme lição de Neto e Sarmiento, “a função do intérprete envolve mais criatividade no caso dos princípios, que demandam uma participação mais ativa para sua concretização. Já com as regras, seu papel é mais acanhado, pois a aplicação destas normas não deixa tanto espaço para valorações subjetivas.”²⁴

Da definição expressa, a razão pela qual espera-se que um tipo de ato ímprobo seja definido por meio de regras e não de princípios é saltante. Aqui, cabe emprestar pedra angular do Direito Penal para melhor compreender a questão, a saber o mandamento *nullum crimen, nulla poena sine lege*, cuja tradução pode ser expressa por “não há crime nem pena sem lei certa”. Trata-se de expressão do princípio da legalidade.²⁵

Como já visto, o princípio da legalidade costura todo o direito, não somente a esfera penal. Não obstante, a sua observância estrita é ainda mais rigorosa no ramo criminal, uma vez que a consequência prática da norma penal é a aplicação da pena, que consiste na restrição de um direito fundamental. Logo, aqui a observância à legalidade é ainda mais primordial, pois constringe direitos fundamentais dos apenados, dada a gravidade da sanção.

Nesse sentido, uma norma certa, clara e bem delimitada é requisito para a validade da lei penal, a qual não admite a existência de tipos penais em branco. Com essa previsão, objetiva-se privilegiar a segurança jurídica.

Além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela predisposta na lei. Está o princípio da legalidade inscrito na Declaração Universal dos Direitos do Homem²⁶ e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos²⁶

Pois bem. O que se pretende com a concatenação entre as ideias sobre a definição de princípios pela doutrina clássica e o princípio da legalidade pelo prisma penal é demonstrar que, na medida em que se cria um tipo sancionatório definido por princípios, cujo sentido não se

²³ Neste sentido, observar ALEXY, Robert. Op. Cit.

²⁴ NETO, C. P. S.; SARMENTO, D. Op. cit., p. 382.

²⁵ BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 66.

²⁶ Ibid., p. 67.

extrai senão com um intenso esforço hermenêutico, está-se diante de uma norma sancionadora que não assegura ao agente público o prévio conhecimento dos crimes, ou seja, uma norma em descompasso com o princípio da legalidade.

Considerando-se seu caráter sancionador, “a definição de improbidade administrativa não pode ser um “cheque em branco” ou ato de prepotência do membro do Ministério Público, pois a segurança jurídica que permeia um Estado Democrático de Direito como o nosso não permite essa indefinição jurídica.”²⁷

Dessa forma, antes da alteração promovida pela Lei nº 14.230/1992, muitas eram as distorções e usos indiscriminados da LIA. Com um verniz moralista, o discurso da tolerância zero ao agente desonesto e imoral acarretou a perseguição de diversos servidores, mesmo que ausente qualquer prova de dano ou ilegalidade, mas tão somente fundamentada na lesão aos princípios da administração pública.

Exemplo dessa distorção e insegurança pode ser observada na jurisprudência do STJ, no caso do AgInt no AREsp 1327393 / MA. Tratava-se de ação de improbidade ajuizada sob o fundamento de que o réu, então Prefeito do Município de Pandaré-Mirim, não efetuou a prestação de contas referente ao Convênio n. 3/2012 (Processo n. 282/2012) firmado entre a Secretaria de Estado das Cidades e Desenvolvimento Urbano-SECID e o Município, para a construção de 50 unidades habitacionais em situação precária. O réu veio a prestar contas posteriormente, o que não acarretou nenhum dano, entretanto ainda assim foi condenado.

Sua condenação determinou: a) indenização por dano moral coletivo no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais); b) suspensão dos direitos políticos pelo período de 5 anos; c) multa civil no valor correspondente a 30 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente enquanto prefeito municipal; d) 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 período de 3 anos; e e) ressarcimento integral do dano ao erário no valor total de R\$ 186.916,65 (cento e oitenta e seis mil, novecentos e dezesseis reais e sessenta e cinco centavos).

²⁷ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Os vinte anos da Lei de improbidade administrativa. **Conjur.** 6 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-06/mauro-mattos-vinte-anos-lei-improbidade-administrativa>> Acesso em: 24 ago. 2022.

O acórdão, que confirmou a sentença, apresentou como fundamento da sua razão decisória:

Desse modo, resulta patente o dolo do agente público, ainda que genérico, em relação à prática da conduta ímproba tipificada na Lei de Improbidade como violadora dos princípios da administração pública (LIA, art. 11, VI). Se o convênio fixava prazo para a prestação de contas e o administrador público o desprezou por longo tempo, deixando de justificar o emprego dos recursos recebidos, sua conduta caracteriza violação dolosa dos princípios regentes da atividade administrativa. Para fins de subsunção da conduta, às figuras do art. 11 da LIA, é bastante o dolo genérico.²⁸

Assim, muito embora a lei não tipifique clara e especificamente a conduta do agente como punível por ação de improbidade, isso não o impediu de sofrer uma condenação altamente gravosa, pela qual foram aplicadas mais de cinco sanções, sob o fundamento de que seu agir atentou contra os princípios administrativos. Frise-se, inclusive, que da omissão do servidor não decorreu nenhum dano, e que essa foi sanada pela posterior prestação de contas.

Assim, ao suprimir a expressão “notadamente” do caput do art. 11 da LIA, a Lei nº 14.230/2021 encerrou um longo ciclo de violações às garantias constitucionais e incertezas jurídicas. Delimitando a taxatividade do rol do referido artigo, a nova lei privilegia a legalidade em face dos arbítrios punitivos do Ministério Público e das interpretações carentes de uniformidade pela jurisprudência.

1.4. Não seria a LINDB um instrumento suficientemente apto a corrigir as problemáticas da Lei nº 8.429/1992?

As modificações discutidas nos itens anteriores geraram, como já adiantado, muitas críticas entre estudiosos do tema, principalmente entre os membros do Ministério Público. Renato de Lima Castro, Promotor do Ministério Público do Estado do Paraná, estrutura sua divergência contra as modificações da novel legislação em três pontos, os quais merecem destaque.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Plenário). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1327393 (2018/0176171-4). Recorrente: Henrique Caldeira Salgado. Recorrido: Ministério Público do Estado do Maranhão. Relator: Ministro Francisco Falcão: 9 abr. 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201700772406>. Acesso em: 3 set. 2022.

Na defesa da inconstitucionalidade da modificação do art. 11 da LIA, sustenta que há flagrante lesão à segurança jurídica,²⁹ já que a ausência de uma norma subsidiária cria um vácuo legislativo. Este, por sua vez, consubstancia-se na quebra da expectativa jurídico-social da proteção a bens que, antes tutelados, ficam expostos a inúmeras agressões, ante a ausência de norma típica para blindá-los.

Outrossim, ainda acrescenta que a taxatividade ao art. 11 da LIA importa na lesão ao princípio da vedação do retrocesso, ao mitigar a proteção dos bens jurídicos da moralidade e probidade na administração pública³⁰. Também a compreende como afronta ao princípio da proporcionalidade por proteção deficiente, uma vez que, ausente a tipificação de condutas que atentem contra bens jurídicos tutelados pela Constituição, sua proteção é insuficiente³¹.

Ciente das dificuldades trazidas pela nova lei, questiona-se se a LINDB, principalmente com a edição da Lei nº 13.655/2018 a qual nela incluiu disposições sobre segurança e eficiência na criação e aplicação do direito público, não seria instrumento suficientemente apto e menos custoso para corrigir as distorções produtos da redação original da Lei nº 8.429/1992.

Nesse sentido, a LINDB, na visão de alguns autores³², disporia de previsões que seriam capazes de melhor equilibrar a relação “repressão à improbidade versus segurança jurídica e tolerância às falhas e à discricionariedade administrativa”, sem produzir as dificuldades oriundas da redação da Lei nº 14.230/2021.

Destacam-se aqui os dispositivos que auxiliariam na configuração do elemento subjetivo, seja ele dolo ou culpa, sem, no entanto, produzir os excessos punitivos em relação a gestores inabilitados.

²⁹ CASTRO, Renato de Lima. Atos de improbidade administrativa que violam os princípios da administração pública: as alterações da Lei nº 14.230/21 e sua incompatibilidade com a Constituição Federal. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, nº 83, p. 125-138, jan/mar. 2022. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/166055>. Acesso em: 3 set. 2022.

³⁰ Ibid., p. 130-134.

³¹ Ibid., p. 134-137.

³² São defensores dessa posição os Promotores de Justiça Rita Tourinho e Adriano Marcus Brito de Assis.

O artigo 28 da LINDB seria, pois, uma dessas ferramentas. Sua dicção prescreve que "o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro".

Por sua vez, o artigo 12, §1º da mesma lei, regulamentado pelo Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, auxilia a aplicação do dispositivo anterior na medida em que conceitua como erro grosseiro "aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia".

Pode-se dizer, então, que as hipóteses elencadas visam contornar o excesso punitivo decorrente do uso indiscriminado da LIA, e, ao mesmo tempo, não criam situações de impunibilidade, uma vez que também responsabiliza os agentes que atuarem com erro grosseiro.

Para os que enxergam a LINDB como norma capaz de superar as dificuldades da LIA, a vigência dos supracitados artigos é motivo de celebração. Isso porque a responsabilização do agente que age com erro grosseiro

Não tolhe a coibição dos comportamentos ímprobos, desonestos. Mas presta a devida deferência ao servidor honesto. É uma linha de razão jurídica que reforça a culpabilidade como princípio básico em matéria de responsabilidade do agente em se tratando de Direito Administrativo sancionador.³³

A LINDB ainda dispõe de outras previsões que auxiliam na interpretação da lei de improbidade. Em seu artigo 22, caput, a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro preleciona que os obstáculos e as dificuldades reais do gestor somados às exigências das políticas públicas a seu cargo devem ser levados em consideração na interpretação das normas sobre gestão pública.

Dessa previsão se extrai uma vontade do legislador de que tanto o aplicador da norma quanto o agente acusador levem em consideração as circunstâncias fáticas que motivaram e

³³ ASSIS, Adriano Marcos Brito de; TOURINHO, Rita. IMPROBIDADE SEM CULPA E COM DOLO ESPECÍFICO: Onde se pretende chegar. **ANPR**. 2 ago. 2021. Disponível em: <<https://www.anpr.org.br/imprensa/artigos/25564-improbidade-sem-culpa-e-com-dolo-especifico-onde-se-pretende-chegar>>. Acesso em: 3 set. 2022.

justificaram a conduta do agente sob investigação. Esta norma desvela uma orientação de proporcionalidade na aplicação da LIA, ou seja, requer que seja considerada não somente o enquadramento da conduta do agente no tipo ímprobo, mas também que se leve em consideração as circunstâncias que levaram o agente a adotar tal conduta.

Previsão de teor semelhante à acima descrita também pode ser encontrada no §1º do art. 22, ainda da LINDB. De acordo com referida norma, em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

Sua consequência imediata é a proteção ao agente que age com base em norma que, posteriormente, venha a ser declarada nula. O mandamento deste dispositivo determina que se leve em consideração o contexto em que o agente agiu, pois não é razoável punir o servidor que agiu autorizado por lei presumida constitucional. Afinal, ainda que essa venha a ser invalidade, até o momento de invalidação ainda goza de presunção de legalidade/constitucionalidade.³⁴

Um último dispositivo da LINDB que merece ser citado é seu artigo 20, caput, o qual, teoricamente, veda a condenação por improbidade com base em conceitos jurídicos indeterminados. Sua redação estabelece que nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Esta disposição representa importante artifício na aplicação do art. 11 da LIA.

Pois bem, tecidas as considerações favoráveis à aplicação da LINDB como norma suficientemente capaz para conter os excessos promovidos com base da redação original da lei de improbidade, passa-se a contrapor algumas das visões acima elencadas.

³⁴ Quando da entrada em vigor no ordenamento jurídico, todas as leis e atos normativos passam a gozar de presunção de constitucionalidade e legalidade, uma vez que retiram seu fundamento de validade da norma maior. Assim, se durante o processo legislativo a norma não é reputada inconstitucional e vem a ser promulgada, pressupõe-se válida até eventual incidência do mecanismo de controle jurisdicional estatuído pela Constituição Federal, o qual é feito exclusivamente pelos poderes judiciário e legislativo. Neste sentido, consultar KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

A lei é, por natureza, uma previsão deontológica, ou seja, prescreve o dever ser. Entre sua redação e sua aplicação há um hiato, o qual pode ser por vezes maior ou menor. No caso dos artigos acima listados, não se ignora seu potencial para corrigir as falhas da LIA.

Todavia, uma análise da jurisprudência indica que nem sempre a LIA é aplicada em conjugação com a LINDB. Isso porque parte da jurisprudência e de estudiosos não aceitam que a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro tenha revogado parcialmente o artigo 10 da LIA³⁵.

Enquanto a crítica às mudanças trazidas pela Lei 14.230/2021 aponta que essas foram desnecessárias, dada a suficiente incidência da LINDB na matéria de improbidade, a realidade demonstra que, antes da entrada em vigor da novel legislação, a culpa não vinha sendo compreendida como erro grosseiro, mas sim aplicada na sua acepção lato sensu.

Nesse sentido, Bertoncini e Oliveira atestam que a jurisprudência das duas turmas do Superior Tribunal de Justiça não sofreu nenhuma modificação com a entrada em vigor da Lei nº Lei 13.655/2018.³⁶

Outra consideração sobre a relação entre a LINDB e a nova lei de improbidade administrativa deve ser feita. Muito se diz acerca da impunibilidade que a Lei nº 14.230/2021 vem a produzir, uma vez que não mais aceita a responsabilização do agente em caso de culpa, mesmo que verificado o erro grosseiro.

Essa crítica, por sua vez, não merece prosperar no tocante à responsabilização civil dos agentes públicos. Isso porque, conforme o próprio art. 28 da LINDB assevera, o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. Assim, apesar de erro grosseiro não mais constituir causa de improbidade, essa não tipificação não implica em impunidade, uma vez que a própria LINDB institui fundamento legal para a responsabilização civil do agente.

³⁵ Nesse sentido, visitar BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; OLIVEIRA, Francisco Cardozo. As alterações na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro e o problema da revogação do ato de improbidade administrativa culposo. II Evento Virtual do CONPEDI: Direito Administrativo e Gestão Pública I. Florianópolis/PR: 2020, p. 112-132.

³⁶ Ibid., p. 128.

Vale mencionar que não se devem confundir os atos de improbidade com a responsabilização civil dos agentes públicos quando agem culposamente, ainda que por culpa grave ou erro grosseiro (art. 28 da Lei 4.657/42 – LINDB). Porquanto, a responsabilidade por danos civis, feitos pelo agente público, nem sempre se enquadrará em improbidade administrativa.

Contudo, apesar da possibilidade das demandas judiciais civis simples e de rito ordinário mirando o ressarcimento pelos danos culposos, o Ministério Público desconhece totalmente o seu uso. Comumente, qualquer cobrança por danos ao erário de forma culposa, será adjudicada pelo Ministério Público como ação de improbidade. Isso acontecia pela abrangente possibilidade punitiva das ações de improbidade do que o simples ressarcimento civil nas ações cíveis.³⁷

1.5. Demais alterações que cristalizaram normas benéficas

As modificações na Lei nº 8.429/1992 que receberam maior destaque pela doutrina e pelos tribunais foram as acima elencadas. Todavia, considerando-se que dos 23 artigos que integram o corpo da LIA, apenas os artigos 15 e 19 não foram objeto de alteração pela Lei 14.230/2021, é de se esperar que haja ainda outros dispositivos capazes de gerar acaloradas discussões.

Levando-se em conta a juventude da nova lei, é compreensível que seus pontos mais controversos, como a supressão da modalidade culposa e a taxatividade dos tipos do artigo 11, ocupassem quase que exclusivamente o debate jurídico e os tribunais num primeiro momento. No entanto, há um outro ponto prestes a explodir: as normas que, assim como as anteriormente debatidas, também criam condições mais benéficas para o acusado, mas que, ao contrário daquelas, ainda não tiveram sua aplicabilidade discutida em sede de repercussão geral pelo STF.

Assim, este tópico se dedica a estudar as modificações dadas pela Lei nº 14.230/2021 que criem circunstâncias mais benéficas. Para fins de melhor compreensão, estas serão divididas em três grupos, sendo eles: i. a revogação de tipos ímprobos; ii. acréscimo de um requisito para caracterização da improbidade; e iii. abrandamento da pena.

Antes de adentrar em cada grupo, deve-se destacar que serão consideradas para fins de classificação tão somente as normas circunscritas entre os artigos 9º e 12, ou seja, as normas tipificadoras e as penalizadoras. Este trabalho não tem o intuito de analisar, um a um, todos dispositivos da lei de improbidade, classificando-os como mais benéficos ou mais prejudiciais. Na realidade, o objetivo deste tópico é se debruçar sobre os artigos centrais, por esta razão se

³⁷ GULLO, Op. Cit., p. 36.

escolhe as hipóteses que prescrevem os tipos e as penalidades – excluídas desta análise as modificações já debatidas em tópicos anteriores.

O primeiro grupo abarca as revogações promovidas pela Lei nº 14.230/2021. Houve, ao todo, revogação de cinco normas que implicaram na criação de uma situação mais benéfica ao agente, sendo a maioria delas (quatro das cinco) referentes aos atos de improbidade administrativa que atentam contra o princípio da administração pública.

Primeira revogação é a do inciso XXI, do art. 10 da LIA, pelo qual se tipificava como ímproba a liberação de recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou a influência de qualquer forma para sua aplicação irregular.

Já em relação ao art. 11 da LIA, a novel legislação revogou seus incisos I, II, IX e X. Estes tipificavam como conduta ímproba, respectivamente, a prática de ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; a demora ou deixar praticar, indevidamente, ato de ofício; o não cumprimento da exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação; e, por fim, a transferência de recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere.

Assim, percebe-se que as modificações a que se referem o grupo um constituem verdadeiro abolição infracciones, uma vez que, mediante a revogação dos tipos, as condutas se tornam atípicas.

Em relação ao grupo dois, cuja norma passa a demandar uma condição, um elemento a mais para caracterização da improbidade, destacam-se os seguintes dispositivos:

O inciso VIII do art. 10 passa a exigir, para que a frustração da licitude de processo licitatório ou sua dispensa indevida constituam ato ímprobo, a comprovação da perda patrimonial efetiva na frustração do processo licitatório.

O §1º do mesmo artigo, por sua vez, acrescenta a previsão geral que condiciona a imposição de ressarcimento aos casos em que a inobservância de formalidades legais ou

regulamentares não implicar perda patrimonial efetiva, vedado o enriquecimento ilícito sem causa.

Em relação ao artigo 11, há três modificações a serem destacadas. A primeira delas em seu inciso III, o qual passa a exigir que, na revelação de fato ou circunstância, que deveria ser mantido em segredo, e sobre o qual tem ciência o agente em razão de sua função, demonstre-se o beneficiamento por informação privilegiada ou o risco que essa revelação produz à segurança do Estado e da sociedade.

O inciso VI do artigo 11, por sua vez, condiciona a improbidade da omissão na prestação de contas à presença de condições para que o agente possa fazê-lo, isentando-o, portanto, de responsabilização quando não verificadas as condições necessárias ao seu exercício.

E, por último, o §4º ainda do artigo 11 condiciona a tipicidade de todas as condutas elencadas no mesmo artigo à lesão relevante.

Considera-se que essas normas trazem benefício ao agente pois elas passam a exigir um elemento a mais para a caracterização da improbidade. Assim, restringem o tipo ímprobo, de modo que na ausência do novo elemento requerido, conduta antes classificada como típica torna-se atípica.

Quanto ao grupo três, ou seja, as mudanças que implicam no abrandamento da pena, cumpre fazer uma breve consideração. Tendo em vista que as disposições que instituem a sanção podem cominar mais de uma pena ao mesmo tempo, é possível que a nova lei tenha criado condições mais benéficas e outras mais maléficas dentro de um mesmo dispositivo. Assim, defendendo-se a retroatividade somente do trecho mais favorável, serão aqui mencionados todos os dispositivos em que houve uma mudança pelo abrandamento da sanção, ainda que possa haver, na mesma redação, uma alteração desfavorável.

Em relação a este grupo, destacam-se as seguintes alterações.

A multa civil contida no art. 12, I antes cominada até três vezes o valor do acréscimo patrimonial, passa a ser equivalente ao referido acréscimo. Na hipótese do inciso II do mesmo artigo, a multa civil passa a equivaler ao valor do dano, revogado o antigo teto de até duas vezes

o valor do dano. Na hipótese do inciso III, a multa civil passa de cem vezes para vinte e quatro o valor da remuneração do agente.

Ao seu tempo, o §1º restringe a perda de função pública ao cargo ou função que o agente ocupava na época dos fatos. E, por meio do §5º, fica disposto que improbidade de menor potencial ofensivo será punida com sanções mais brandas, limitadas à aplicação de multa. Ainda, o §6º dispõe que na reparação do dano deve ser deduzido ressarcimento eventualmente ocorrido em outra esfera.

Última e expressiva modificação promovida pela Lei 14.230 neste grupo é a inclusão do §9º, o qual define que as sanções previstas no artigo 12 somente poderão ser executadas após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Compreender o conteúdo das normas acima descritas e entender em que medida criam situações mais benéficas é importante para se ter um panorama mais amplo da nova lei de improbidade. Apesar do arripio gerado somente, em primeiro momento, em relação à exigibilidade do dolo e à taxatividade do artigo 11, percebe-se, a partir desta exposição, que os dispositivos a que se dedica este tópico possuem aptidão para gerar a mesma controvérsia que aqueles: a discussão em torno da sua retroatividade.

2. A RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

2.1 O Direito Administrativo Sancionador e o conceito e natureza da sanção administrativa

A busca por uma definição sobre a natureza da sanção administrativa ainda divide doutrinadores e a jurisprudência. José Augusto Delgado, antigo Ministro do STJ, a seu tempo elencava a existência de três correntes³⁸ acerca da natureza da improbidade administrativa e suas sanções: a) natureza cível lato sensu; b) natureza penal; e c) natureza eclética, a depender da autoridade figurante no polo passivo.

Apesar de pertinente a sua época, referida classificação deixa de lado uma das compreensões acerca da sanção na ação de improbidade que mais ganhou espaço nas últimas décadas, a saber aquela proposta, de modo pioneiro no Brasil, por Fábio Medina Osório em sua obra *Direito Administrativo Sancionador*.

Para o autor, a matéria de improbidade deve ser alocada, como agora fez a Lei 14.230/2021 em seu art. 1º, §4º, na seara do Direito Administrativo Sancionador (DAS), o qual é tratado por ele como um ramo específico do Direito. Esta escolha se justifica pela forma como o DAS evoluiu e a função que passou a assumir na sociedade moderna.

Partindo de uma visão crítica da tese europeia em torno da classificação da sanção administrativa, Osório busca encontrar uma identidade entre aquela teoria e uma que seja possível à realidade brasileira.

Remonta, então, à Revolução Francesa como a principal responsável pelo surgimento de dois princípios basilares à formulação do Direito Administrativo Sancionador: o princípio da separação de poderes e da separação das autoridades em judiciais e administrativas. Desta forma, o poder sancionador se desenvolve como um poder punitivo, o qual se diversifica entre o direito penal e o direito administrativo sancionador.

³⁸ DELGADO, José Augusto. *Improbidade administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa*. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, Distrito Federal, v. 14, n. 1, 2002, p. 21-42.

Este último encarna, em um primeiro momento, na função de polícia, a qual, sem prejuízo à amplificação do direito penal, também ganha maior tónus. Essa expansão decorre da necessidade de o próprio Estado fazer valer, per se, as vedações consubstanciadas na função de polícia.

Não se pode esperar que o Direito Penal dê conta de todas as matérias repressivas, razão pela qual o Direito Administrativo Sancionador se expande. É da confusão entre as funções precípuas de cada um desses ramos que alguns autores sustentam que as sanções de improbidade não se enquadrariam pelo DAS, pois são medidas punitivas aplicadas pelo Poder Judiciário.

Trata-se de uma dimensão do Direito Administrativo Sancionador ainda repressivo, e visto somente pelo viés subjetivo, ou seja, quem aplica a sanção. Defende este pensamento Rafael Munhoz de Mello, para quem a sanção só será administrativa se aplicada pela própria Administração Pública, definindo, por conseguinte, a sanção administrativa enquanto “medida aflitiva imposta pela Administração Pública em função da prática de um comportamento ilícito.”³⁹

Osório critica essa visão da sanção administrativa, por compreender que a sanção decorre de uma evolução do Direito Punitivo, o qual se desdobra em Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador.

Desde as origens da Revolução Francesa, com o fortalecimento de um Direito Penal legalizado e judicializado, inúmeros poderes sancionatórios foram transferidos aos juízes e tribunais. Sem embargo, muitas administrações mantiveram seus próprios poderes sancionadores, sendo que essa realidade avançou no século XX, de modo disperso, embora constante e, sem dúvida, permanece atual esse movimento normativo e organizacional. Note-se que é inevitável a existência de poderes sancionadores nas mãos das Administrações Públicas, seja pelas consequências práticas desastrosas que ocorreriam com um absurdo congestionamento do Poder Judiciário, seja porque tais funções sancionatórias realmente são necessárias na dinâmica administrativa.⁴⁰

³⁹ MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, pps. 25- 57, out/dez. 2005, p. 28.

⁴⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 98

Não considera, todavia, que apenas o critério subjetivo seja o suficiente para conformar a noção de sanção administrativa, uma vez que a presença da Administração Pública como acusadora não é imprescindível para a caracterização da sanção administrativa como tal.

Não obstante a presença inevitável de sanções administrativas nas mãos do Poder Executivo, a posição funcional da Administração Pública, como acusadora ou promotora do procedimento ou processo punitivo, dotada de poderes sancionatórios, não é imprescindível à caracterização da sanção administrativa, visto que nada indica, forçosamente, sua contraposição exclusiva a “sanções judiciais”, em termos conceituais. Trata-se, nesse passo, de um injustificado conceito que deixa de atender às bases sancionadoras, delimitando toda a ideia de sanção administrativa por um elemento puramente subjetivo, funcional, relativo à presença da Administração Pública como órgão sancionador em um dos polos da relação. Em realidade, a sanção administrativa há de ser focada à luz de outros critérios e paradigmas, sem desprezar sua dimensão processual, até porque essa dimensão, além de sua importância histórica, ostenta uma atualidade inegável.⁴¹

Assim, sublinha que a conceituação da sanção administrativa através um elemento subjetivo indissociável constitui uma visão demasiadamente processual do DAS. Segundo esta visão formalista, o Direito Administrativo Sancionador seria um direito processual pois tutelaria ações dos Poderes Públicos, a saber ações administrativas, cujo conteúdo viria a ser preenchido por outros ramos jurídicos.

Destaca, portanto, a necessidade de reinserir as sanções administrativas no direito administrativo material, a serem vistas como consequência dos ilícitos e não como mero mecanismo processual do poder administrativo sancionador. Desta forma, conceitua a sanção administrativa de modo a ampliar seu conceito, abarcando também uma visão material do instituto, com vistas a conceder-lhe um regime jurídico próprio.

Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo. A finalidade repressora, ou punitiva, já inclui a disciplinar, mas não custa deixar clara essa inclusão, para não haver dúvidas. É com essa definição lato sensu de sanção administrativa (sanção de Direito Administrativo) que buscaremos o exame da unidade da pretensão punitiva do Estado e o alcance dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador, a partir da funcionalidade normativa da cláusula constitucional do devido processo legal.⁴²

⁴¹ Ibid., p. 99.

⁴² Ibid., p. 118.

Reconhecer as sanções administrativas enquanto normas de direito material, regido pelos cânones do Direito Administrativo Sancionador, importa para a sua aplicação prática, a qual afeta diretamente os atos de improbidade administrativa. Assim, definir uma natureza da sanção administrativa significa dizer se há a retroatividade ou não da lei 14.230/2011.

2.2. A retroatividade da norma mais favorável

Como já salientado, a retroatividade da norma penal mais benéfica é tese já pacificada pela doutrina e jurisprudência brasileiras, ante a previsão constitucional clara a seu favor. Não se mostra proporcional e razoável a aplicação de uma lei penal mais gravosa quando o legislador, munido de legitimidade e inspirado pela mudança nos valores sociais, reforma a norma penal tornando-a mais branda.

Se o legislador entende mitigado o desvalor de uma conduta, não há razão para que a norma mais grave continue a reger a relação entre o estado sancionador e o sujeito acusado, uma vez que implicaria numa falta grave à isonomia e à segurança jurídica. Fábio Medina Osório sustenta que a mesma lógica deve ser aplicada ao Direito Administrativo Sancionador⁴³.

Sublinhando que a retroatividade da norma penal mais benéfica decorre de uma atualização da lei com base na mudança dos valores sociais, destaca que não há razão para o engessamento do Poder Punitivo em geral, o qual engloba também o Direito Administrativo Sancionador. Desta forma, compreende-se o DAS como uma manifestação de um Direito Punitivo único, do qual também se origina e fundamenta o Direito Penal⁴⁴.

É desta origem em comum que se defende a aplicação de algumas balizas do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador, pelo entendimento de que há semelhanças entre as matérias.

Entender, todavia, que há uma ligação entre os dois ramos não é o mesmo que afirmar que constituem identidades. Não se nega que ambos os direitos possuem matizes e tutelam bens diferentes um do outro. Mas, por emergirem de uma mesma origem, a saber o Direito Punitivo

⁴³ Osório, 2022, p. 309.

⁴⁴ Ibid., p. 310.

estatal, possuem algumas proximidades que justificam a aplicação no Direito Administrativo Sancionador de princípios que são natos ao Direito Penal.

Por esta razão é que já é aceito e pacificado que ao Direito Administrativo Sancionador aplicam-se: i) o devido processo legal; ii) o contraditório; iii) a ampla defesa; iv) a legalidade); v) a segurança jurídica; vi) a culpabilidade; vii) a pessoalidade da pena; viii) a individualização da sanção; ix) a razoabilidade; e x) a proporcionalidade.

Já o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, por sua vez, causa ainda muita controvérsia. Aqueles que se opõem ao reconhecimento de uma ponte entre as matérias, sustentam que não se pode defender a retroatividade da lei benéfica com base na previsão do art. 5º, inciso XXXVI da CRFB/88, dado que a constituição foi expressa no sentido de limitar a retroatividade à lei penal.

Esta restrição constitucional se justificaria, na visão de alguns autores, pelas particularidades do Direito Penal. Nesse sentido, Rafael Munhoz de Mello, ao contrário do que preleciona Osório, aponta uma distinção entre os fundamentos do Direito Penal e os do Direito Administrativo Sancionador. Negando a unidade do Poder Punitivo, aponta que o Direito Penal se funda em particularidades únicas que não são as mesmas do DAS⁴⁵. Em relação a esse argumento, Alice Voronoff de Medeiros tece crítica apontando sua vagueza.

Não bastasse isso, as razões invocadas para se excepcionar a retroatividade da lei mais benéfica no campo do direito administrativo sancionador são bastante genéricas. Aludiu-se a ‘peculiaridades’ inerentes a cada um dos campos. Mas não se especificam quais seriam essas peculiaridades ou como elas operariam para tornar imprópria a aplicação do referido princípio ao campo do direito administrativo.⁴⁶

Outrossim, alguns especialistas procuram driblar esta crítica apontando que a aplicação de princípios garantistas exclusivamente ao Direito Penal se justifica pelo valor dos bens sobre os quais ele incide⁴⁷, como a liberdade de locomoção do apenado. Para os que partilham desta

⁴⁵ MELLO, Rafael Munhoz de., 2007, p. 154

⁴⁶ MEDEIROS, Alice Bernardo Voronoff de. Por um discurso de justificação e aplicação para o direito administrativo sancionador no Brasil. 2017. 316 f. Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p. 46.

⁴⁷ Nesse sentido, visitar PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. A irretroatividade da nova Lei de Improbidade Administrativa. Goiânia: Escola Superior do Ministério Público do Estado de Goiás, 2021. Disponível em: http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2021/11/29/13_43_19_209_A_IRRETROATIVIDADE_DA_NOVA_LEI_DE_IMPROBIDADE_ADMINISTRATIVA_1_.pdf. Acesso em: 30 out. 2022.

visão, o Direito Penal é mais gravoso em suas sanções do que o seria o Direito Administrativo Sancionador.

Essa argumentação reputa-se descolada da realidade administrativa sancionatória, principalmente no tocante à matéria de improbidade administrativa. Isso porque a Lei da Improbidade Administrativa comina sanções e tipos que podem ser ainda mais rigorosos que algumas sanções penais. Cita-se, por exemplo, a cassação administrativa da aposentadoria de agente condenado por improbidade, a qual pode ser mais gravosa do que sanções penais brandas. Osório denomina a esse excessivo rigor como distorção axiológica.⁴⁸

Assim, defende-se a retroatividade da lei mais benéfica no Direito Administrativo Sancionador, dado seu rigor punitivo e seus alicerces originários. Logo, considerando-se a expressa previsão do §4º do art. 1º da Lei de Improbidade, pela qual se estabelece a incidência dos princípios constitucionais do DAS na lei de improbidade, defende-se a retroatividade das normas mais benéficas trazidas pela Lei 14.230/2021.

2.3. A emenda nº 40 ao projeto de Lei nº 2.505/2021

Apesar de toda as considerações traçadas nos itens anteriores, a solução ao impasse acerca da retroatividade da lei mais benéfica no DAS não é tema que se encerra com unanimidade. O embate sobre a retroatividade da Lei nº 14.230/2021 tomou conta dos tribunais e ainda possui potencial para ocupá-los novamente.

Longe de se encerrarem as divergências sobre o tema, muito se questiona se os caminhos poderiam ter sido diferentes caso a emenda nº 40 ao projeto de Lei nº 2.505/2021 fosse aprovada ao tempo de sua tramitação, explica-se.

A nova lei de improbidade remonta ao ano de 2018, quando foi proposta pelo Deputado Federal Roberto de Lucena (PODEMOS/SP) através do PL nº 10.887/2018. Passou a tramitar no Senado Federal sob o nº 2505/2021, onde foi objeto de várias propostas de emenda. Chama-se a atenção para uma emenda em especial, a saber a Emenda nº 40, de autoria do Senador Dário Berger (PSB/SC).

⁴⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 192.

Referida emenda propunha corrigir, na nova lei de improbidade, uma lacuna deixada que ocasiona muitas divergências. Tratava-se de norma de cunho transitório com vistas a inserir na Lei 14.230/2021 artigo que determinasse a aplicação imediata das regras nela colimadas em benefício dos réus.

Caso a emenda fosse aprovada, não haveria todas as margens de dúvidas criadas com a ausência de uma norma transitória. É interessante observar as razões pelas quais foi rejeitada, que demonstram não uma divergência com a aplicação imediata das normas mais favoráveis, mas uma compreensão de que tal previsão seria desnecessária.

Na visão do Relator, Senador Weverton (PDT/MA), a inclusão de artigo determinando a aplicação imediata das normas mais favoráveis em benefício aos acusados seria desnecessária, por se tratar, em sua visão, de tema já pacificado pela jurisprudência. Nesse sentido, compreendeu que as normas de Direito Administrativo Sancionador retroagem sem necessidade de previsão expressa nesse sentido, conforme se verifica pela transcrição de seu parecer.

Rendendo homenagens ao Senador Dário Berger, deixo de acolher a proposta tendo em vista que já é consolidada a orientação de longa data do Superior Tribunal de Justiça, na linha de que, “considerando os princípios do Direito Sancionador, a novatio legis in mellius deve retroagir para favorecer o apenado”⁴⁹

Percebe-se que há uma leitura equivocada, por parte do relator, de que a da retroatividade da lei mais benéfica é tema pacificado pela jurisprudência. Não se ignora que o Superior Tribunal de Justiça possui entendimentos favoráveis a essa tese, não obstante, a temática está longe de constituir uníssono na doutrina e na jurisprudência pátria.

Durante sua exposição, o Senador relator apontou jurisprudência favorável a seu entendimento - também o defendido por Osório, fazendo menção ao Resp nº 1.153.083/MT, de relatoria do Ministro Sérgio Kukina, julgado em 19/11/2014.

⁴⁹ BRASIL. Senado Federal. Parecer nº 14 de 2021. Da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre o Projeto de Lei nº 2505, de 2021, que Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Relator: Senador Weverton, 29 de setembro de 2021. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9022430&ts=1641233524232&disposition=inline>>. Acesso em: 4 nov. 2022.

O julgamento em questão versa sobre matéria tributária, na qual se discutia a retroatividade da Lei nº 8.881/94, que reduziu para 150 UFIR(s) o limite mínimo da multa. O Ministro Relator Sérgio Kukina restou vencido, prevalecendo o voto da Ministra Regina Helena⁵⁰, no qual reconhece a aplicação retroativa das normas mais benéficas ao Direito Administrativo Sancionador.

Referido julgado de fato colima o entendimento de que as normas mais benéficas retroagem em favor do acuso no Direito Administrativo Sancionador. Não obstante, esta jurisprudência não possui nenhum poder vinculativo às demais instâncias, razão pela qual a referida emenda, caso aprovada, representaria importante pacificação sobre o tema.

2.4. A influência do Pacto San José da Costa Rica na retroatividade da nova lei

Em complemento a todas as teses já suscitadas pela retroatividade da norma mais benéfica da Lei 14.230, soma-se um breve ponto, qual seja os efeitos do Pacto de San José da Costa Rica na contenda.

Também conhecida como Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o Tratado foi subscrito em 1969, mas só entrou em vigor no Brasil em 1992, quando da promulgação do Decreto 678/1992. Mediante a Emenda Constitucional nº 45/2004, foi inserida na carta constitucional um terceiro parágrafo ao art. 5º, o qual estabeleceu que os tratados internacionais sobre direitos humanos assinados pelo Brasil, desde que votados pelo Congresso sob o mesmo rito de emenda, gozariam de equivalência às emendas constitucionais.

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Plenário). Recurso Especial nº 1153083. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Erna Suili Letner. Relator: Sérgio Kukina: 19 nov. 2014. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200901596360&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 4 nov. 2022. Em voto vencedor, a Ministra Regina Helena Costa tece consideração que muito se assemelha às lições de Fábio Medina Osório, como pode se extrair do seguinte excerto de seu voto: “Quando uma lei é alterada, significa que o Direito está aperfeiçoando-se, evoluindo, em busca de soluções mais próximas do pensamento e anseios da sociedade. Desse modo, se a lei superveniente deixa de considerar como infração um fato anteriormente assim considerado, ou minimiza uma sanção aplicada a uma conduta infracional já prevista, entendo que tal norma deva retroagir para beneficiar o infrator”.

O Supremo, em decorrência desta EC, teve de revisitar mais uma vez o tema, a fim de dirimir a questão acerca do status dos tratados incorporados antes da emenda, e não postos sob o rito de incorporação nela previsto.

Chegou-se à conclusão, através do RE 466.343, com repercussão geral (Tema 60), que os tratados internacionais de Direitos Humanos não incorporados sob o rito da EC nº 45/2004 gozariam de hierarquia supralegal. Em outras palavras, definiu-se que referidos tratados não gozariam de paridade constitucional, entretanto, estariam acima de todas as leis.⁵¹

Assim, exceptuando-se a Constituição Federal, o Pacto San José da Costa Rica prevalece sobre todas as demais normas de direito brasileiras. Por esta razão, defende-se que a CADH incida sobre Lei de Improbidade para determinar sua retroatividade.

Conforme o art. 9º do Tratado prevê:

Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado.⁵²

Questiona-se se o dispositivo destacado seria aplicável ao Direito Administrativo Sancionador. Conforme Cardozo e Lopes sublinham, a resposta é positiva. A Corte Interamericana de Direitos Humanos já se pronunciara ao menos três vezes nesse sentido.⁵³ Os autores afirmam que o entendimento da Corte se deve à dimensão do poder punitivo do Estado não somente pelo Direito Penal, mas também pelo Direito Administrativo Sancionador, o qual representa, de igual modo, uma repressão. Para tanto, fazem menção a um julgado da corte que merece transcrição.

En relación con lo anterior, conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y

⁵¹ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel, Op. Cit., p. 50.

⁵² Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

⁵³ CARDOZO, José Eduardo; LOPES, Eduardo Lasmar Prado. Por que o Brasil corre risco de ser condenado pela Corte IDH?. **JOTA**. 16 out. 2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/por-que-o-brasil-corre-o-risco-de-ser-condenado-pela-corte-interamericana-de-direitos-humanos-idh-16082022>>. Acesso em: 4 nov. 2022.

que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste⁵⁴.

Nessa senda, dado o status supralegal do Tratado e a sua incidência sobre o Direito Administrativo Sancionador, conforme entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, há mais uma baliza legal para embasar a retroatividade da lei mais benéfica no DAS.

2.5. A retroatividade da prescrição intercorrente

Dentre o amontoado de normas mais benéficas trazidas pela Lei 14.230/2021, há um certo protagonismo da prescrição intercorrente. A este dispositivo dedica-se tópico próprio pois, como se verá adiante, ao contrário das normas elencadas no capítulo 1º deste trabalho, a prescrição intercorrente recebeu tratamento diferente pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Leading Case.

Contida no bojo do §5º do art. 23 da LIA, a prescrição intercorrente prevê a redução pela metade do prazo prescricional quando constatada uma de suas causas interruptivas. Conforme disposto pela nova lei, interrompem a contagem do prazo prescricional de oito anos: a) o ajuizamento da ação de improbidade administrativa; b) publicação da sentença condenatória; c) a publicação de decisão ou acórdão de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal que confirma sentença condenatória ou que reforma sentença de improcedência; d) a publicação de decisão ou acórdão do Superior Tribunal de Justiça que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência; e) a publicação de decisão ou acórdão do Supremo Tribunal Federal que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência.

⁵⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (IDH). Caso Baena Ricardo y otros v. Panamá, parágrafo 105 e ss, São José da Costa Rica, 2 de fevereiro de 2001. Disponível em <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2022.

Presente uma destas causas, o prazo desce de oito para quatro anos. O objetivo de normas desse teor é condicionar o Estado a uma atuação mais eficiente, sob pena de seu direito tornar-se inexigível.

Fernando Capez define a prescrição enquanto “extinção da pretensão de punir, devido à inércia do Estado em satisfazê-la no prazo legal. Seus fundamentos estão nos princípios da eficiência, da duração razoável do processo e da segurança jurídica: combate a ineficiência do Estado, compelindo-o a agir dentro de prazos determinados.”⁵⁵

Nesse sentido, a nova regra parece ter vindo para otimizar o regime de improbidade administrativa, uma vez que a demora no julgamento dessas ações provoca dificuldades à própria punibilidade. Imagine-se a dificuldade da dilação probatória em ações cujo ato ilícito tenha ocorrido há anos. Outrossim, sanções podem ser inviabilizadas pelo transcurso do tempo, como por exemplo a sanção de perda de função pública cuja aplicação venha a se tornar impossível no caso de servidor que, dado o elevado lapso temporal entre a propositura da ação e a sentença condenatória, não mais ocupa função de agente público.

Ademais, a cominação de um prazo prescricional de quatro anos não configura, como muitos apontam, um estímulo à impunibilidade. Conforme pesquisa realizada pelo CNJ, a duração de uma ação de improbidade dura uma média de 1.548,63 dias (4,24 anos).⁵⁶ O que a lei busca, na realidade, é garantir ao acusado seu direito à celeridade processual, ao passo que também tutela os interesses do próprio Estado, uma vez que vincula o judiciário a uma análise mais célere.

De acordo com uma análise feita pelo Ministério Público no âmbito do Rio de Janeiro em 2015, os pesquisadores apontaram a demora dos julgadores para analisar a questão como um problema para efetividade da Lei de Improbidade Administrativa. Essa demora seria explicada pela grande dificuldade dos juízes em julgar as ações, provavelmente por envolverem forte

⁵⁵ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, volume I. São Paulo: Saraiva, 2021. 25ª ed., p. 592.

⁵⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Lei de Improbidade Administrativa – Obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. 2015. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/02/0c9f103a34c38f5b1e8f086ee100809d.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2022.

carga política e; principalmente, o procedimento demorado específico deste tipo de demanda judicial⁵⁷.

Superado o argumento de que a prescrição intercorrente ensejaria maior índice de impunidade, remonta-se à questão de sua retroatividade. Conforme Nota Técnica nº 05/2021, emitida pelo Ministério Público Federal, a prescrição intercorrente tem natureza exclusivamente processual e deve seguir o princípio do tempus regit actum (CPC, art. 14), contando-se os prazos previstos no novo artigo 23, §4º da LIA, na sua inteireza, a partir da entrada em vigor da Lei 14.230/2021⁵⁸.

Trata-se de proposição da qual aqui se diverge. Pela noção de prescrição apresentada por Capez, percebe-se que a prescrição afeta o fundo de direito material do Estado, qual seja o seu direito de punir. Outrossim, retomando o conceito de um Direito Administrativo Sancionador proposto por Osório, as normas nele instituídas possuem uma dimensão mais material que processual. A dimensão formalista da Lei de Improbidade é rechaçada pois, antes de um mero instrumento de aplicação de sanções fundadas em outras leis, a LIA é per se um sistema próprio, cujas próprias normas fundam direitos em si.⁵⁹

Por conseguinte, caracterizada a dimensão material e constatado o teor mais favorável da prescrição intercorrente – na medida em que estipula prazo menor para prescrição da ação, e condiciona sua contagem a partir da ocorrência do fato e não mais da sua ciência – defende-se sua retroatividade.

2.6. O Supremo Tribunal Federal e o Tema 1199

Como era de se esperar, a questão acerca da retroatividade da lei mais benéfica no Direito Administrativo Sancionador chegou até a Corte máxima do país. Mediante julgamento do ARE 843.989, no qual ficou reconhecida a repercussão geral da matéria sob o Tema 1199.

⁵⁷ ROCHA, Pedro Cavalcanti de A.; ARAUJO, Débora Albuquerque de; CARVALHO, Thábata. A Efetividade das Ações de Improbidade Administrativa no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, nº 55, p. 203-222, jan./mar. 2015, p. 221.

⁵⁸ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. 5ª Câmara de Correção e Revisão. **Nota Técnica nº 05/2021**: Aplicação da Lei nº 8.429/1992, com as alterações da Lei nº 14.230/2021, 11 nov. 2021. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NTOrientao12.2021.pdf>. Acesso em: 4 nov. de 2022;

⁵⁹ OSÓRIO, Fábio Medina, 2022, p. 99

Nesta ação discutiu-se a retroatividade de algumas das normas mais benéficas instituídas pela Lei nº 14.230/2021, a saber a exigibilidade do dolo para a caracterização da improbidade e a prescrição intercorrente.

De relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, a votação culminou no acolhimento das razões do relator, acatando a tese por ele proposta. Não obstante, há considerações a serem feitas acerca das balizas utilizadas pelo Ministro.

Conforme uma análise detida das razões de Moraes, percebe-se que há falhas conceituais no seu decidir, na medida em que imputa à Fábio Medina Osório entendimento diverso do que o autor propõe.

De acordo com o relator, Osório defenderia que o Direito Administrativo Sancionador não se equipararia ao Penal. Por esta razão, a lei que extingue a figura do ilícito administrativo ou torna a sanção administrativa mais branda não retroagiria em benefício do acusado. Moraes coloca, dessa forma, Osório ao lado de Rafael Munhoz.

Conforme todo conteúdo aqui já trabalhado acerca dos dois autores, nota-se prontamente a incongruência na leitura de Moraes sobre a obra de Osório. Este último, apesar de sublinhar as diferenças entre o DAS e o Direito Penal, não deixa de reconhecer a unidade do poder punitivo, a qual culmina numa aproximação entre os dois ramos, ainda que ausente uma identidade entre ambos.

O Ministro Relator utiliza trecho da obra de Osório, qual seja o momento em que este reconhece que o DAS e o Direito Penal encerram matérias diversas, para defender uma conclusão diametralmente oposta à ecoada pelo doutrinador. Moraes parte da premissa de que, dadas as divergências entre as duas searas, a comunicabilidade entre os institutos é rarefeita.

Trata-se de uma deturpação da lição deixada por Osório, a qual culmina em tese diversa àquela proposta pelo autor, como pode se inferir a partir das premissas básicas de sua obra. Nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, restou definido que:

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

- 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 – revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa –, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes
- 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;
- 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.⁶⁰

Em relação à primeira tese, nos termos aqui já debatidos, não se opõe nenhum embargo. Já em relação às teses três e quatro, estas mostram-se contraditórias aos preceitos defendidos na obra de Osório. Como já exaustivamente explorado, as normas benignas, em geral, retroagem para beneficiar aquele que seja alvo de pretensão sancionadora em sede de improbidade administrativa.

Em relação à terceira tese, uma observação deve ser feita. Apesar de implicar, na prática, a incidência de norma mais benéfica ao acusado, ainda que a conduta ímproba pela qual é julgado tenha ocorrido sob a vigência de lei mais grave, não se pode dizer que constitui retroatividade. A retroatividade é instituto que afeta a coisa julgada, a qual pode vir a ser desfeita mediante ação rescisória.

O termo mais preciso para definir o que restou decidido pelo Supremo é a aplicação imediata da nova lei aos casos ainda em curso, sem trânsito em julgado. Posto desta forma, percebe-se que o STF não albergou o princípio da retroatividade da lei mais benéfica no Direito Administrativo Sancionador.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Agravo Regimental nº 843989-PR (0003295-20.2006.4.04.7006. Recorrente: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento: 24 fev. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq_objetoincidente=4652910>. Acesso em: 20 jul. 2022.

CONCLUSÃO

Como visto no julgamento do Tema 1199, a jurisprudência brasileira não acolheu, *ipsis litteris*, a teoria da retroatividade da lei mais benéfica no Direito Administrativo Sancionador. Não obstante, reconheceu a aplicabilidade imediata da exigência do dolo para o reconhecimento da improbidade administrativa.

Sublinha-se, portanto, a dificuldade trabalhada no tópico 1.5, qual seja a incerteza sobre a aplicabilidade das outras normas conscritas na Lei nº 14.230/2021, também mais benéficas ao acusado, mas que não foram objeto de apreciação pelo Supremo.

Seguindo a linha já bem delimitada pela obra de Osório, não é forçoso admitir que, dado seu teor mais benéfico, deveriam, pois, retroagir. Contudo, o entendimento firmado pelo Supremo no *Leading Case* impõe dificuldades a uma pacificação da jurisprudência. Isso porque, caso houvesse referendado a retroatividade da norma mais benéfica, poder-se-ia dizer que as normas albergadas no item 1.5 também retroagiriam, sem maiores dificuldades durante o transcurso do processo.

Todavia, uma vez que o STF se limitou a determinar a aplicabilidade imediata do *caput* dos art. 9º, 10 e 11 da LIA, mas jamais tecendo uma disciplina geral para aplicação das normas da Lei 14.230, não é raro se deparar, na prática advocatícia, com petições do parquet clamando pela declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos elencados no item 1.5.

A partir dos levantamentos feitos, conclui-se que a nova lei é produto de uma necessidade muito antiga da Administração Pública. Extremamente punitivista, a redação original de Lei 8.429/1992 produzia distorções que ensejavam, em última instância, a paralização do agente público. Tomados pela iminência de eventual responsabilização por ação de improbidade, fundamentada em critérios genéricos e, às vezes, em mera divergência de decisão discricionária, os servidores optavam por não decidir ou transferir a responsabilidade a outrem.

O levantamento bibliográfico aqui suscitado permitiu compreender em que medida a nova lei pode conter a perpetração do Direito Administrativo do Medo⁶¹.

⁶¹ ARAUJO, Clarice Von Oertzen de. Revista Direito e Liberdade, Natal/RN, jan./abr. 2021, p. 47-77. A autora ilustra os efeitos catastróficos que o engessamento do agente público, frente ao medo de uma sanção, apontando

A Lei 14.230/2021 carrega consigo um conglomerado de normas que possuem elevado potencial para mitigar o engessamento do administrador público. Conforme já levantado, a novel legislação restringe o direito punitivo excessivo, o qual, sob a vigência da antiga redação, adquiria contornos inquisitoriais.

Referida tarefa é cumprida pela nova lei através da exigência do dolo específico para a tipificação da conduta ímproba. Outrossim, a taxatividade do rol do art. 11 também representou importante mudança, haja vista as arbitrariedades e insegurança jurídica que a abertura desse dispositivo promovia. Desta forma, pune-se não mais o agente inexperiente e desastrado, mas sim o agente desonesto.

Os argumentos contrários ao garantismo trazido pelas novas normas desembocam, de maneira quase unânime, na ideia de que a nova lei estimula a impunidade e a corrupção. Como já demonstrado, a Lei 14.230/2021 é norma autônoma, ou seja, não implica em prejuízo à propositura de ação civil de ressarcimento ou de ação penal.

A contenção dos tentáculos da LIA não enseja impunidade, uma vez que há outros instrumentos para a responsabilização do agente, mas resulta sim na supressão de um direito punitivo inquisitorial.

Referidas normas devem, por conseguinte, ser aplicadas de maneira retroativa. Conforme restou estabelecido, sobretudo com base na doutrina de Osório, a improbidade administrativa é uma ramificação do Direito Administrativo Sancionador. Este, a seu turno, partilha de princípios comuns ou semelhantes aos do Direito Penal.

Essa comunicação se deve à unidade do Direito Punitivo, o qual tem o DAS e o Direito Penal como suas duas expressões. É desse ponto convergente, ou seja, a origem entre ambas as ramificações, que se explica a incidência de princípios inerentes à seara penal no campo administrativo sancionador.

estudos com índices alarmantes. Relatório do TCU, computou 12 mil obras paradas em 2018. Pesquisa empírica, realizada pelo advogado Rafael Carneiro, em que houve análise de 800 acórdãos do Superior Tribunal de Justiça (STJ), proferidos entre 2005 e 2018, verificou que metade das decisões se baseou em acusações de improbidade por ofensa a princípios da administração pública, sem acusação de enriquecimento ilícito ou aproveitamento indevido.

A despeito das críticas direcionadas a esse entendimento, como aquelas tecidas por Mello, reconhecer a semelhança entre os dois direitos não é pressupor uma identidade entre ambos, mas sim compreender que ambos, enquanto manifestação do poder punitivo estatal, devem ser comeditos mediante princípios em comum.

Assim, conclui-se pela retroatividade da lei mais benéfica no Direito Administrativo Sancionador.

Diante da previsão expressa do art. 1º, §4º da nova lei, aplicam-se à matéria de improbidade os direitos constitucionais do DAS. Desta forma, não resta dúvida que devem as normas mais benéficas, contidas no bojo da Lei nº 14.230/2021, retroagirem em benefício do acusado. Nesse sentido, diverge-se da solução apresentada pelo Supremo no Tema 1199.

A estruturação da matéria, mediante variadas referências bibliográficas, permitiu contrapor cada visão sobre a temática, destacando os aspectos positivos e negativos da Lei 14.230/2021.

Esse levantamento permitiu a autonomia do estudo para tecer suas próprias digressões sobre o tema, bebendo de forma paritária de fontes favoráveis e desfavoráveis à nova lei e à sua aplicação retroativa.

Conclui-se, de todo o exposto, que a despeito de algumas falhas e lacunas da nova lei, esta promete mitigar inconsistências antigas da matéria de improbidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Derecho e razón práctica. México: Fontamara, 1993, p. 97

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. Revista dos Tribunais. São Paulo, vol. 65, out. 2008.

ARAÚJO, Clarice Von Oertzen de. Revista Direito e Liberdade, Natal/RN, jan./abr. 2021, p. 47-77

ASSIS, Adriano Marcos Brito de; TOURINHO, Rita. IMPROBIDADE SEM CULPA E COM DOLO ESPECÍFICO: Onde se pretende chegar. **ANPR**. 2 ago. 2021. Disponível em: <<https://www.anpr.org.br/imprensa/artigos/25564-improbidade-sem-culpa-e-com-dolo-especifico-onde-se-pretende-chegar>>. Acesso em: 3 set. 2022.

BÄCHTOLD, Felipe. Nova Lei de Improbidade freia distorção, mas afrouxa punição por falhas de gestão. Folha de São Paulo, São Paulo, 4 de novembro de 2022. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/11/nova-lei-de-improbidade-freia-distorcao-mas-afrouxa-punicao-por-falhas-de-gestao.shtml>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; OLIVEIRA, Francisco Cardozo. As alterações na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro e o problema da revogação do ato de improbidade administrativa culposo. II Evento Virtual do CONPEDI: Direito Administrativo e Gestão Pública I. Florianópolis/PR: 2020, p. 112-132.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 10.887, de 17 de outubro de 2018**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node014018iezutk41191g5d49v2vu5231447.node0?codteor=1687121&filename=TramitacaoPL+2505/2021+%28N%C2%BA+Anterior:+pl+10887/2018%29. Acesso em: 11 ago. 2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Lei de Improbidade Administrativa – Obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. 2015. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/02/0c9f103a34c38f5b1e8f086ee100809d.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2022.

_____. Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 13 ago. 2022.

_____. 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. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 24 mai. 2022.

_____. Lei nº 14.230 de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília, 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14230.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2014.230%2C%20DE%2025,que%20disp%C3%B5e%20sobre%20improbidade%20administrativa.> Acesso em: 24 mai. 2022>.

_____. Senado Federal. Parecer nº 14 de 2021. Da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre o Projeto de Lei nº 2505, de 2021, que Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Relator: Senador Weverton, 29 de setembro de 2021. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9022430&ts=1641233524232&disposition=inline>>. Acesso em: 4 nov. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Plenário). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1327393 (2018/0176171-4). Recorrente: Henrique Caldeira Salgado. Recorrido: Ministério Público do Estado do Maranhão. Relator: Ministro Francisco Falcão: 9 abr. 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201700772406>. Acesso em: 3 set. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Plenário). Recurso Especial nº 1153083. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Erna Suili Letner. Relator: Sérgio Kukina: 19 nov. 2014. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200901596360&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 4 nov. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Plenário). Recurso Especial nº 1671819/GO. Recorrente: Valmir de Souza Pereira e Evolu Servic Ambiental LTDA. Recorrido: Ministério Público do Estado de Goiás. Relator: Ministra Regina Helena Costa. Julgamento: 9 mar. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201700772406>. Acesso em: 13 ago. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Agravo Regimental nº 843989-PR (0003295-20.2006.4.04.7006). Recorrente: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento: 24 fev. 2014. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4652910>>. Acesso em: 20 jul. 2022.

BUGARIN, M. S.; MENEGUIN, B. F. A nova lei de improbidade administrativa e os incentivos à corrupção. **JOTA**. 9 nov. 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/nova-lei-de-improbidade-incentivos-corrupcao-09112021>>. Acesso em: 11 ago. 2022.

CASTRO, Renato de Lima. Atos de improbidade administrativa que violam os princípios da administração pública: as alterações da Lei nº 14.230/21 e sua incompatibilidade com a Constituição Federal. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, nº 83, p. 125-138, jan/mar. 2022. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/166055>

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (IDH). Caso Baena Ricardo y otros v. Panamá, parágrafo 105 e ss, São José da Costa Rica, 2 de fevereiro de 2001. Disponível em <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2022.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, volume I. São Paulo: Saraiva, 2021. 25ª ed., p. 592.

CARDOZO, José Eduardo; LOPES, Eduardo Lasmar Prado. Por que o Brasil corre risco de ser condenado pela Corte IDH?. **JOTA**. 16 out. 2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/por-que-o-brasil-corre-o-risco-de-ser-condenado-pela-corte-interamericana-de-direitos-humanos-idh-16082022>>. Acesso em: 4 nov. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 29ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. 974.

GULLO, Felipe Ramirez. “Apagão das canetas”: análise econômica da responsabilidade da improbidade administrativa. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direito da Regulação) – FGV Direito Rio, Rio de Janeiro, 2022, p. 32-33.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Os vinte anos da Lei de improbidade administrativa. Conjur. 6 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-06/mauro-mattos-vinte-anos-lei-improbidade-administrativa>> Acesso em: 24 ago. 2022.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 19ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Rafael Munhoz de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição federal de 1988. São Paulo, Malheiros, 2007.

_____, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, pps. 25- 57, out/dez. 2005.

MORALIDADE. In: In: OXFORD UNIVERSITY PRESS, Dicionário Online de Português. Disponível em: <Oxford Languages and Google - Portuguese | Oxford Languages (oup.com)>. Acesso em: 11/08/2022

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. As sanções da Lei 8.429/92 aos atos de improbidade administrativa. Revista Jurídica, São Paulo, v. 47, n. 259, maio 1999.

_____, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 192.

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

_____, Fábio Medina. Novas normas de improbidade têm de retroagir para beneficiar réus e investigados. **JOTA**. 29 jul. de 2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/improbidade-dos-esclarecimentos-acerca-do-tema-1199-do-stf-29062022>>. Acesso em: 11 ago. 2022.

Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

PROBIDADE. In: OXFORD UNIVERSITY PRESS, Dicionário Online de Português. Disponível em: <Oxford Languages and Google - Portuguese | Oxford Languages (oup.com)>. Acesso em: 11/08/2022

ROCHA, Pedro Cavalcanti de A.; ARAUJO, Débora Albuquerque de; CARVALHO, Thábata. A Efetividade das Ações de Improbidade Administrativa no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, nº 55, p. 203-222, jan./mar. 2015, p. 221.