



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

LUIZ FERNANDO MATIAS E SILVA

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O TEMA Nº 1.199/STF**

Brasília/DF

2023

LUIZ FERNANDO MATIAS E SILVA

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O TEMA Nº 1.199/STF**

Monografia apresentada à Banca Examinadora na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Tarcisio Vieira de Carvalho Neto

Brasília/DF

2023

LUIZ FERNANDO MATIAS E SILVA

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O TEMA Nº 1.199/STF**

Monografia apresentada à Banca Examinadora na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em 30 de junho de 2023.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Tarcisio Vieira de Carvalho Neto
Orientador – Universidade de Brasília (UnB)

Professor Doutor Humberto Jacques de Medeiros
Avaliador – Universidade de Brasília (UnB)

Professor Doutor Guilherme Pupe da Nóbrega
Avaliador – Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)

Brasília/DF

2023

Dedico este trabalho aos meus pais, Sirlania e Luiz Ronaldo,
que à minha educação dedicam suas vidas.

AGRADECIMENTOS

Muitos são aqueles a quem devo, em algum grau, meus sinceros agradecimentos pelas contribuições, das mais diversas, que possibilitaram meu êxito na conclusão do curso de Direito na Universidade de Brasília.

Na impossibilidade de agradecer individualmente a cada um, o faço às seguintes pessoas, que tiveram, cada um à sua maneira, especial importância na minha graduação e dividem comigo esta conquista:

Primeiramente, a Deus, por todas as oportunidades e por sempre colocar ao meu lado pessoas especiais;

Aos meus pais, Sirlania e Luiz Ronaldo, pelo incondicional apoio na busca pelos meus objetivos, por serem sempre o meu alicerce e por acreditarem, em quaisquer circunstâncias, no meu potencial;

À minha irmã, Cássia, pela parceria e por ter me convencido a cursar Direito – onde me encontrei –, mesmo contra a minha vontade;

A toda a minha família, na pessoa da minha adorável avó Aparecida, pela constante torcida e pelo absoluto e afetuoso acolhimento, a todo tempo disponível;

Ao Professor Tarcisio, meu orientador, a quem devo o apreço pelo Direito, despertado durante suas aulas de Teoria Geral do Direito Público, e em quem tenho exemplo de humanidade e do mais íntegro e ético profissionalismo;

Aos meus amigos Martha, Frâncio e Ábia, verdadeiros irmãos que a Universidade de Brasília me deu, logo no primeiro semestre, e que levarei comigo sempre;

À Maria Luiza, pelo tão especial convívio e por me motivar, sempre, a ser uma pessoa melhor;

Ao Dr. Eduardo, pelos ensinamentos e pelo exemplo de excelência, dedicação e retidão na advocacia;

Ao José Henrique e ao André, pela amizade cotidiana e pelas contribuições dadas a este trabalho; ao Ademar, pelos muitos conselhos acadêmicos; e aos demais colegas de escritório, pela convivência diária que em muito me agrega;

Aos Professores Humberto Jacques e Guilherme Pupe, que gentilmente aceitaram o convite para compor a banca da minha monografia;

Ao corpo docente da Universidade de Brasília, pelo primor no ensino.

RESUMO

Este trabalho se dedica a explorar, inicialmente, os fundamentos subjacentes à responsabilização pessoal de agentes públicos pelo cometimento de abusos no exercício da função pública, além de aspectos gerais da improbidade administrativa. Em seguida, aborda-se a evolução histórica da improbidade administrativa por ofensa aos princípios da Administração Pública; o regime dado a este tipo de improbidade pela redação original da Lei nº 8.429/92; o panorama enfrentado no manejo das ações de improbidade administrativa fundadas no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) durante o período de vigência da redação original do dispositivo; e as motivações que levaram à reforma da Lei nº 8.429/92 pela Lei nº 14.230/21. Adiante, analisa-se o acórdão do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) nº 843.989/PR, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em busca de extrair do julgado os fundamentos norteadores da corrente vencedora, bem como a *ratio decidendi* adotada pelo Tribunal no entendimento firmado. Por fim, são cotejadas as discussões relativas à extinção da modalidade culposa da improbidade administrativa – objeto do Tema de Repercussão Geral nº 1.199/STF – e as alterações efetuadas no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa pela Lei nº 14.230/21, com o intuito de verificar se a *ratio decidendi* adotada no julgamento do ARE 843.989/PR possui aplicabilidade nos processos que versam sobre os atos de improbidade administrativa do art. 11 da LIA.

Palavras-chave: improbidade administrativa; princípios da Administração Pública; retroatividade; *ratio decidendi*; *tempus regit actum*.

ABSTRACT

This essay initially explores the underlying reasons behind the personal accountability of public agents for wrongdoing in a public function and other general aspects of administrative misconduct. Furthermore, it analyses the historical evolution of the legal discipline of administrative misconduct for violation of the principles governing Brazilian public administration, its legal regime under the original text of Federal Law no. 8.429/92, and the panorama regarding the adjudication of lawsuits founded in violations of its article 11 during its period of validity. It approaches, additionally, the motives that lead to the reform of Federal Law no. 8.429/92 through the edition of Federal Law no. 14.230/21. In advance, it inquires the opinion recorded in the judgment of the Agravo in the Extraordinary Appeal (ARE) no. 843.989/PR, decided by the Supreme Federal Court, extracting the structuring principles of the majority opinion and the *ratio decidendi* adopted in its final ruling. Finally, it examines the discussions concerning the extinction of civil sanctions for negligent or imprudent administrative misconduct – as framed in thesis no. 1.199 of the general repercussion of the Supreme Federal Court – and the alterations to the text of article 11 of the Federal Law no. 8.429/92, verifying the applicability of the *ratio decidendi* adopted in the Court's opinion in the ARE 843.989/PR to lawsuits related to acts of administrative misconduct based on article 11 of said law.

Keywords: administrative misconduct; principles of public administration; retroactivity; *ratio decidendi*; *tempus regit actum*.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ARE – Agravo em Recurso Extraordinário

Art. – Artigo

DAS – Direito Administrativo Sancionador

DP – Direito Penal

LIA – Lei de Improbidade Administrativa

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

PL – Projeto de Lei

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. NOÇÕES PROPEDÊUTICAS	14
1.1. Fundamentos da responsabilização pessoal de agentes públicos pelos atos praticados no exercício de suas funções	14
1.1.1. O Estado de Direito	15
1.1.2. O princípio republicano	18
1.1.3. Fundamentos para a responsabilização pessoal de agentes públicos no regime da Constituição Federal de 1988	20
1.2. A improbidade administrativa como espécie de responsabilização pessoal de agentes públicos.....	21
1.2.1. Os princípios no Direito Administrativo	21
1.2.1.1. A normatividade dos princípios	21
1.2.1.2. Os princípios da Administração Pública	23
1.2.2. Os deveres atribuídos aos agentes públicos.....	25
1.2.2.1. O dever de probidade	26
1.2.2.2. O dever de boa administração	27
1.2.2.3. Os deveres de honestidade, imparcialidade e legalidade	29
1.2.3. A improbidade administrativa	31
1.2.3.1. Breve histórico legislativo.....	32
1.2.3.2. A delimitação conceitual da improbidade administrativa	34
2. A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	39
2.1. O Regime da improbidade administrativa por violação aos princípios da Administração Pública na redação original da Lei nº 8.429/92	39
2.2. Alterações do artigo 11 promovidas pelas Leis nº 13.019/14, 13.146/15 e 13.650/18	47
2.3. A reforma da Lei de Improbidade Administrativa proporcionada pela Lei nº 14.230/21: questões relacionadas aos atos de improbidade por ofensa aos princípios da Administração Pública	48
2.3.1. O elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa na disciplina da Lei nº 14.230/21	51
2.3.2. Nova redação do <i>caput</i> do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa.....	54
2.3.3. Indicação das normas violadas e demonstração de lesividade da conduta.....	56

2.3.4. As penas aplicáveis às hipóteses do artigo 11 na disciplina da Lei nº 14.230/21	57
2.3.5. Hipóteses alteradas do artigo 11	58
2.3.6. Hipóteses revogadas do artigo 11	60
2.3.7. Hipóteses incluídas no artigo 11	61
3. O TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL Nº 1.199 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A IRRETROATIVIDADE DAS NORMAS DA LEI Nº 14.230/21	63
3.1. Objeto do Tema nº 1.199/STF	64
3.2. Tese fixada no Tema nº 1.199/STF	67
3.3. Fundamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 1.199	69
3.3.1. Natureza civil das ações de improbidade administrativa.....	70
3.3.2. Ausência de previsão expressa de aplicação retroativa das novas disposições	73
3.3.3. Distinção entre a principiologia do Direito Penal e a do Direito Administrativo Sancionador	75
3.4. Conclusões alcançadas pela corrente prevalecente do Plenário no julgamento do Tema nº 1.199/STF	80
4. A TRANSPOSIÇÃO DA <i>RATIO DECIDENDI</i> DO ACÓRDÃO DO TEMA Nº 1.199/STF ÀS AÇÕES RELATIVAS AOS TIPOS DESCRITOS NO ARTIGO 11 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	86
4.1. O problema da delimitação dada ao Tema nº 1.199/STF	86
4.2. Irretroatividade e a análise do elemento subjetivo pelo juízo competente	89
4.3. O paralelismo entre a extinção da modalidade culposa da improbidade administrativa e as alterações do art. 11 da LIA	90
4.4. As implicações práticas do Tema nº 1.199 para as ações relativas a atos de improbidade administrativa por ofensa aos princípios da Administração Pública	93
4.4.1. Ações fundadas em hipóteses extintas.....	95
4.4.2. Ações fundadas em hipóteses alteradas.....	96
4.4.3. Ações fundadas na hipótese inalterada do inciso VII.....	98
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	99
REFERÊNCIAS.....	102

INTRODUÇÃO

A vida pública brasileira será também fiscalizada pelos cidadãos. Do Presidente da República ao prefeito, do senador ao vereador. A moral é o cerne da pátria. A corrupção é o cupim da República. República suja pela corrupção impune tomba nas mãos de demagogos que, a pretexto de salvá-la, a tiranizam. Não roubar, não deixar roubar, pôr na cadeia quem roube, eis o primeiro mandamento da moral pública.¹

Com estas palavras, em um contexto no qual a sociedade brasileira buscava se desvencilhar da realidade política vivida nos anos anteriores, notadamente marcados pelos governos militares, Ulysses Guimarães, na condição de Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, evidenciou importante compromisso assumido pelo texto constitucional que se estava a promulgar: a responsabilização pessoal de agentes públicos por abusos cometidos no exercício da função pública.

Conquanto a tutela jurídica da moralidade administrativa remonte a momentos anteriores da história brasileira, não tendo sido inaugurada – mas oxigenada – pela Constituição Federal de 1988, não se desconhece que a Constituição Cidadã alçou a responsabilização de agentes públicos corruptos a posição de destaque e importância nunca antes vistos no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse esforço de moralização da política brasileira e combate à corrupção, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu texto, de modo inédito, previsão de responsabilização de agentes públicos a título de “improbidade administrativa”. Trata-se de figura anteriormente inexistente na ordem jurídica brasileira, cuja regulamentação foi delegada à legislação ordinária pelo art. 37, §4º.

Apesar de inovador o estabelecimento de sanções a agentes públicos pelo cometimento de atos de improbidade administrativa, a figura criada pela Constituição Federal de 1988 seguiu longa tradição legislativa brasileira que, desde o início da década de 1940 reprimia, mediante sequestro de bens, o enriquecimento ilícito de agentes públicos mediante abuso de cargo ou função pública. A proposta de regulamentação da improbidade administrativa, apresentada em 1991 pelo então Presidente da República, Fernando Collor de Mello, visava justamente coibir, mediante aplicação das sanções previstas no art. 37, §4º, da Constituição Federal, o enriquecimento ilícito de agente público por abuso de cargo ou função pública, em resposta a

¹ Trecho do discurso proferido por Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, em 5 de outubro de 1988, durante a sessão solene do Congresso Nacional na qual foi promulgada a Constituição Federal de 1988 (BRASIL. Ulysses Silveira Guimarães. Discurso por ocasião da promulgação da Constituição Federal de 1988. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/277285-integra-do-discurso-presidente-da-assembleia-nacional-constituente-dr-ulysses-guimaraes-10-23/>. Acesso em: 23 jun. 2023).

forte mobilização popular por maior rigor no combate à corrupção e na punição de agentes corruptos.

Durante a tramitação do Projeto de Lei nº 1.446/91, veio à baila proposta de emenda – fortemente inspirada pelos anseios sociais da época por punições rígidas aos corruptos –, posteriormente acolhida, mediante a qual se criava um novo tipo de improbidade administrativa, cujo fundamento, diferentemente dos demais, não possuía conteúdo patrimonial: a improbidade administrativa por ofensa aos princípios da Administração Pública. Este tipo de improbidade acabou constando da redação final da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) e, tal como foi concebido, possuía amplitude bastante alargada, permitindo que as mais variadas condutas eivadas de ilegalidade, ainda que destituídas de carga de maior carga de desonestidade, fossem combatidas como atos de improbidade administrativa, de modo a possibilitar a aplicação de gravosas sanções aos agentes públicos condenados.

Embora a improbidade administrativa tenha representado importante passo na proteção do adequado funcionamento da Administração Pública, desde a entrada em vigor da Lei nº 8.429/92, resultante do projeto de Lei nº 1.446/91, e por quase três décadas. Verificou-se, durante aquele período, uma série de desvirtuamentos no manejo das ações de improbidade, desde perseguições pessoais de agentes públicos até o uso indiscriminado de ações deste tipo para desacreditar adversários políticos nas proximidades de períodos eleitorais.

Foi, então, que, em 2018, a Câmara dos Deputados formou uma comissão de juristas para a elaboração de anteprojeto de lei com o objetivo de modernizar a Lei de Improbidade Administrativa. A reforma da Lei nº 8.429/92 teve por objetivo, principalmente, integrar ao texto legal construções e aprimoramentos jurisprudenciais e doutrinários firmados durante os quase 30 anos de vigência da redação original da LIA, visando a contenção dos excessos cometidos no ajuizamento de ações de improbidade administrativa.

Em 26 de outubro de 2021, a reforma da Lei de Improbidade Administrativa foi materializada com a publicação da Lei nº 14.230/21, que levou a efeito profundas e significativas alterações na Lei nº 8.429/92. Dentre as principais modificações realizadas pela nova lei, encontra-se a completa reformulação do tratamento dado à improbidade administrativa por ofensa aos princípios da Administração Pública – objeto deste trabalho –, que, ao longo dos anos serviu de instrumento para o cometimento de abusos por parte daqueles que manejavam as ações de improbidade administrativa.

Diante da entrada em vigor da Lei nº 14.230/21, surgiram, naturalmente, diversos questionamentos, tanto por parte da doutrina especializada quanto judicialmente, no que se refere à aplicação das novas normas. Tal o quadro, assumiu posição de relevância o julgamento

do Agravo em Recurso Extraordinário nº 843.989/PR, afetado à sistemática da Repercussão Geral, pelo Supremo Tribunal Federal, para decidir quanto à possibilidade de aplicação do princípio da retroatividade da norma penal mais benéfica no âmbito da improbidade administrativa, para conferir retroatividade à extinção da modalidade culposa da improbidade administrativa e ao novo regime prescricional, ambas disposições mais benéficas ao réu alteradas pela Lei nº 14.230/21.

A importância do julgamento do ARE nº 843.989/PR reside no fato de que, a despeito de tratar-se de discussão circunscrita à retroatividade da norma mais benéfica na ambiência do Direito Administrativo Sancionador, o Plenário do Supremo Tribunal Federal teve de se debruçar sobre o exame da natureza jurídica da improbidade administrativa e do ato de improbidade administrativa, sobre o cotejamento entre a principiologia do Direito Administrativo Sancionador em relação ao Direito Penal e sobre a aplicação das normas sancionatórias não penais no tempo.

Todavia, embora a discussão travada no Tema de Repercussão Geral nº 1.199/STF fosse de suma importância para definir os rumos de milhares de ações em andamento, o recorte dado ao debate revelou-se problemático: o Plenário do Supremo Tribunal Federal optou por restringir a discussão sobre a possibilidade de aplicação retroativa das normas mais benéficas exclusivamente aos dispositivos da Lei nº 14.230/21 que tratavam da extinção da modalidade culposa de improbidade administrativa e do novo regime prescricional, de modo que outras condutas tornadas atípicas pela reforma da LIA ficaram de fora da discussão do Plenário quanto à possibilidade de retroação. Dessa maneira, situações juridicamente equivalentes àquela discutida no Tema nº 1.199/STF – atipicidade superveniente da conduta –, como as disposições alteradas do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, permaneceram sem resposta quanto à sua aplicabilidade aos casos ajuizados durante o regime antigo da improbidade administrativa.

Este trabalho se dedica a explorar a improbidade administrativa por ofensa aos princípios da Administração Pública, desde seu regime original, dado pela Lei nº 8.429/92; as motivações que levaram às alterações do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa efetivadas pela Lei nº 14.230/21; e, mediante análise do acórdão do ARE 843.989/PR, verificar a possibilidade de incidência da *ratio decidendi* adota pelo Supremo Tribunal Federal no Tema de Repercussão Geral nº 1.199 às ações em tramitação que versam sobre este tipo de improbidade administrativa. Em seguida, uma vez verificada a aplicabilidade das novas normas aos processos em tramitação, examinar quais são as implicações práticas desta incidência em relação a cada uma das alterações do art. 11 da LIA.

Entenda-se, por análise², neste trabalho, o exame dos fundamentos jurídicos apresentados no acórdão do Tema de Repercussão Geral nº 1.199/STF, que não deve ser confundida com uma avaliação, cuja realização levaria ao exame quanto a eventuais acertos e desacertos do acórdão no julgamento do mérito do recurso apreciado³. O que se pretende, aqui, é tão somente extrair do julgado quais são as razões de decidir contidas nos fundamentos carreados pela maioria vencedora do Plenário do Supremo Tribunal Federal e, a partir destas razões, verificar sua correspondência e aplicabilidade aos processos que versam sobre as hipóteses de improbidade administrativa do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

² Para Fabiano Hartmann Peixoto: “A etapa da análise da argumentação jurídica parte de uma necessária constatação e uma impositiva opção. Uma análise envolve observação das formas e estruturas da argumentação, bem como as razões de fundamento e o peso dado a cada componente” HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; REIS, Isaac (Org.). **Retórica e Argumentação Jurídica: modelos em análise**. Curitiba: Editora Alteridade, v. 2, 2018, p. 179-196).

³ Nesse sentido, Manuel Atienza: “A análise dos argumentos pressupõe, por sua vez, diversas tarefas a serem realizadas de maneira relativamente conjunta, uma vez que estão intimamente ligadas entre si. Uma é a de representar os argumentos e as argumentações que os compõem. Nem sempre é estritamente necessário (como quando se pretende analisar argumentações simples), mas pode ser bastante útil quando se trata de argumentações complexas, que envolvem diversos argumentos conectados entre si e de uma forma que nem sempre é fácil de ser apreciada – ao menos à primeira vista. Outra tarefa consiste em mostrar quais são os elementos, as partes que podem ser distinguidas em uma argumentação, para o que, naturalmente, colabora uma representação adequada da argumentação. E outra tarefa é a de analisar com detalhe cada uma dessas partes, em particular a(s) que pode(m) ter maior relevância na argumentação” (ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentação Jurídica**. Coleção Direito, Retórica e Argumentação. Vol. 1. Curitiba: Alteridade, 2017, p. 80-81); e “Como havia sido indicado no capítulo anterior, a análise de uma argumentação costuma ser o passo anterior à sua avaliação. Precisamos (ou queremos) entender a argumentação que alguém tenha feito para, então, poder avaliá-la e adotar alguma atitude a respeito dela: aceitar que a decisão assim argumentada está justificada, discordar dela e escrever um artigo doutrinário mostrando por que se trata de uma argumentação equivocada, interpor um recurso “explorando” precisamente os erros argumentativos da decisão etc.” (ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentação Jurídica**. Coleção Direito, Retórica e Argumentação. Vol. 1. Curitiba: Alteridade, 2017, p. 99).

1. NOÇÕES PROPEDEÚTICAS

Este capítulo será dedicado a apresentar as referências conceituais e as balizas interpretativas – de aproximação – adotadas no decorrer de todo o presente trabalho, contemplando-se desde as noções básicas que fundamentam a aplicação de sanções a agentes públicos, até culminar, propriamente, na delimitação de um conceito aproximado de improbidade administrativa.

Salienta-se que os conceitos apresentados neste estágio propedêutico são indispensáveis para a adequada compreensão da reforma da Lei de Improbidade Administrativa concretizada pela Lei nº 14.230/21, bem como do acórdão que julgou o Tema de Repercussão Geral nº 1.199/STF e dos fundamentos adotados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal naquele julgamento. Trata-se, pois, de etapa preliminar impreterível para viabilizar um satisfatório exame sobre a possibilidade de transposição da *ratio decidendi* adotada pelo Plenário do STF no julgamento do Tema nº 1.199/STF às ações de improbidade administrativa que se encontram atualmente em curso e versam sobre atos ofensivos aos princípios da Administração Pública.

A esta pesquisa interessam, inicialmente, os fundamentos subjacentes à responsabilização jurídica pessoal dos agentes públicos pelo exercício abusivo da função pública, nas diferentes esferas do direito, bem como o tratamento dado pela Constituição Federal de 1988 ao combate à improbidade administrativa.

1.1. Fundamentos da responsabilização pessoal de agentes públicos pelos atos praticados no exercício de suas funções

A compreensão do imperativo de responsabilização pessoal de agentes públicos volta-se a delinear as questões de fundo que justificam o surgimento de sistemas de prevenção e repressão de abusos no âmbito interno no Estado, como, *v.g.*, o da improbidade administrativa, no Brasil, bem como os limites da utilização destes mecanismos.

Embora a Carta de 1988 tenha edificado a repressão à corrupção a posição de destaque no ordenamento jurídico brasileiro, trata-se de preceito adotado desde a Constituição 1891 – com diferentes roupagens ao longo do tempo – e que decorre diretamente da interação entre as noções de Estado de Direito e de princípio republicano.

1.1.1. O Estado de Direito

Na lição do professor Carlos Ari Sundfeld⁴, o Estado de Direito é concebido como “um Estado que realiza suas atividades debaixo da ordem jurídica, contrapondo-se ao *Estado-Polícia*, onde o poder político era exercido sem limitações jurídicas, apenas se valendo de normas jurídicas para se impor aos cidadãos”⁵. Para o autor⁶, o imperativo de Estado de Direito, que tem como seus marcos históricos mais eminentes as Revoluções Americana e Francesa – em 1776 e 1789, respectivamente –, trouxe, em contraposição à ideia de Estado Absoluto até então predominante, a imposição do “dever de obediência” às normas jurídicas pelos indivíduos investidos no exercício do poder político, o que propiciou o surgimento do “controle do poder pelos seus destinatários”. Deste modo, máximas como “*le roi ne peut mal faire*” e “*the king can do no wrong*”, que traduziam a irresponsabilidade jurídica do Estado, deram lugar, gradativamente, à percepção de submissão do Estado – e dos agentes que em nome dele atuam – ao ordenamento jurídico positivado.

O conceito formulado por Sundfeld pode ser complementado pela doutrina de Geraldo Ataliba⁷, que chama atenção para o fato de que, para que um Estado se caracterize como Estado de Direito, não basta sua subordinação à lei – em sentido amplo –, sendo necessária, também, a submissão à jurisdição.

Não obstante, conforme expõe textualmente o próprio artigo 1º da Constituição Federal de 1988, a República Federativa do Brasil não adotou modelo de simples Estado de Direito, mas de Estado Democrático de Direito, este derivado daquele, mas com o relevante acréscimo do componente da participação popular na escolha de seus representantes e, também, nas tomadas de decisão no bojo da Administração.

No ponto, leciona a professora Odete Medauar⁸ que, a partir de meados da década de 50, o elemento democrático transpassa o aspecto da formação de governo para assumir, para além dessa ideia, acepção de maior participação popular nas tomadas de decisões políticas, promovendo-se aproximação entre povo e Administração:

O componente *democrático* traz à mente, de imediato, a ideia de “governo do povo para o povo”. Ou seja, o termo “democrático” é habitualmente associado aos aspectos de formação do governo, ao modo pelo qual são escolhidos aqueles que tomam as decisões em nome do povo. A esse enfoque ligam-se os diversos mecanismos pelos

⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

⁵ *Ibid.*, p. 36.

⁶ SUNDFELD, *ibid.*

⁷ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

quais se ampliam as possibilidades de participação do povo na escolha dos governantes: extensão do direito de voto, formação de partidos políticos, igual acesso aos mandatos representativos, por exemplo. Esta é a chamada democracia de investidura.

A partir da metade da década de 50 do século XX, começa a surgir a preocupação com uma democracia mais completa, com a democracia que transpõe o limiar da eleição de representantes políticos para expressar-se também no modo de tomada de decisão dos eleitos. Emergiu a ideia de que o valor da democracia depende também do modo pelo qual as decisões são tomadas e executadas. Verificou-se que havia, com frequência, grande distanciamento entre as concepções políticas de democracia vigentes num país e a maneira com que ocorriam as atuações da Administração: perante esta, o indivíduo continuava a ser considerado como um súdito, não como cidadão dotado de direitos. Passou a haver, então, uma pregação doutrinária em favor da democracia administrativa, que pode ser incluída na chamada democracia de funcionamento ou operacional.⁹

Há, ainda, corrente doutrinária que sustenta a filiação da República Federativa do Brasil, por intermédio da Constituição de 1988, a um modelo de Estado Social e Democrático de Direito – também derivado e consentâneo com a formulação teórica original do Estado de Direito –, e não ao paradigma conceitual do Estado Democrático de Direito, em virtude do compromisso assumido pela Constituição com o desenvolvimento e com a justiça social. Nessa linha intelectual, explica Sundfeld:

Assim sendo, para definir juridicamente o Estado brasileiro de hoje – não só ele: a maioria dos Estados civilizados – basta construir a noção de *Estado Social e Democrático de Direito*, agregando-se aos elementos ainda há pouco indicados a imposição, ao Estado, do dever de atingir objetivos sociais, e a atribuição, aos indivíduos, do correlato direito de exigir-lo.¹⁰

Nessa perspectiva, o arquétipo de Estado Social e Democrático de Direito, na concepção de Sundfeld¹¹, reuniria todas as características gerais do Estado de Direito com os aspectos democráticos do Estado Democrático de Direito e o dever de atuação do Estado para promover desenvolvimento aliado a justiça social. Diante disso, o autor aponta elementos para a identificação do Estado Social e Democrático de Direito: (i) criado e regulado por uma Constituição; (ii) os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres; (iii) o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros; (iv) a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais Poderes; (v) os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos e sociais, podem opô-

⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 26.

¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 56.

¹¹ SUNDFELD, *ibid.*

los ao próprio Estado; e (vi) o Estado tem o dever de atuar positivamente para gerar desenvolvimento e justiça social¹².

A despeito da aludida falta de consenso doutrinário, qualquer que seja o modelo que se considere adotado pelo Estado brasileiro, todos eles têm em comum a primordial característica da concepção clássica do Estado de Direito, que serve de suporte teórico para suas diversas variações: a submissão do Estado e de seus agentes à lei e ao direito.

No histórico brasileiro, verifica-se que a Constituição Imperial, outorgada por Dom Pedro I em 1824, conquanto tenha inaugurado um ordenamento jurídico, carecia de previsão de responsabilização de todos os agentes públicos. Em sentido contrário, seu artigo 98 investia o Imperador no exercício do Poder Moderador, facultando-lhe a possibilidade de ingerência na atuação dos demais Poderes Constituídos¹³. Ademais, o artigo 99 da Constituição de 1824 concedia, expressamente, inviolabilidade ao Imperador por seus atos, afastando-se qualquer possibilidade de responsabilidade jurídica¹⁴. Portanto, não se amolda, conceitualmente, o Império do Brasil, na formatação concebida pela Constituição de 1824, como Estado de Direito, ante a impossibilidade de controle do poder por seus destinatários.

O texto constitucional seguinte, promulgado em 1891, em consequência da Proclamação da República, por outro lado, previu, em seu artigo 1º, a forma de governo republicana sob regime representativo¹⁵, bem como estabeleceu mandados esparsos de responsabilização dos agentes públicos pelos abusos cometidos no exercício da função¹⁶ e dedicou um capítulo inteiro à “Reponsabilidade do Presidente” (Capítulo V da Seção II). Tem-se, aí, portanto, o marco inicial do Estado de Direito no contexto brasileiro.

Pode-se dizer, desse modo, que a noção de Estado de Direito – independentemente de sua vertente adotada –, professada pelo Estado brasileiro desde 1891 e presente, também, no Estado brasileiro delineado pela Constituição Federal de 1988, impõe ao Estado e àqueles que em nome dele atuam – os agentes públicos, *lato sensu* – submissão à lei e ao direito.

¹² SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 56-57.

¹³ “Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegada privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais poderes políticos.” (Brasil, 1824).

¹⁴ “Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Ele não está sujeito a responsabilidade alguma.” (Brasil, 1824).

¹⁵ “Art. 1º - A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil.” (Brasil, 1891).

¹⁶ “Art. 82 - Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.” (Brasil, 1891).

1.1.2. O princípio republicano

No que se refere ao princípio republicano, conceitua o professor José Afonso da Silva, ao comentar seus contornos, tal como revelados pelo artigo 1º da Constituição Federal de 1988:

Conceito – O termo “República” tem sido empregado no sentido de forma de governo contraposta à forma monárquica. No entanto, no dispositivo em exame ele significa mais do que isso. Aqui ele se refere a uma determinada *forma de governo*, mas é, especialmente, designativo de uma coletividade política com características da *res publica*, no seu sentido originário de coisa pública, ou seja: coisa *do povo e para o povo*, que se opõe a toda forma de tirania, posto que onde está o tirano não só é viciosa a organização, como também se pode afirmar que não existe espécie alguma de República. Em sentido menos formal, até se pode ter essa concepção como forma de governo.¹⁷

Tem-se, à luz da conceituação trazida por José Afonso da Silva¹⁸, portanto, que a república reflete, para além de uma das formas de governo, o caráter de pertencimento coletivo da “coisa pública” nesta forma de governo: “*coisa do povo e para o povo*”¹⁹.

Também a respeito do referido princípio, mas sob a perspectiva do ordenamento jurídico português, leciona o professor José Joaquim Gomes Canotilho²⁰ que este imperativo resulta na vinculação do exercício da função pública aos interesses públicos, da coletividade, em detrimento dos interesses pessoais dos agentes públicos:

A República Portuguesa incorpora aquilo que sempre se considerou como um princípio republicano por excelência: a concepção de *função pública* e *cargos públicos* estritamente vinculados à prossecução dos interesses públicos (art.269.º) e do bem comum (*res publica*) e radicalmente diferenciados dos assuntos ou negócios privados dos titulares dos órgãos, funcionários ou agentes dos poderes públicos (*res privata*). Por isso se estabelecem *inelegibilidades* destinadas a garantir a isenção e independência do exercício dos cargos públicos (artigo 50.º/3), se consagram *incompatibilidades* (artigos 117.º/2, 154.º, 216.º/3, 269.º/1 e 5) e se prescreve a responsabilidade criminal, civil e disciplinar (artigos 117.º, 269.º) dos titulares de cargos públicos.²¹

Geraldo Ataliba²², por sua vez, entende o regime republicano como aquele caracterizado “pela tripartição do exercício do poder e pela periodicidade dos mandatos

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 36.

¹⁸ SILVA, José Afonso da, *ibid.*

¹⁹ SILVA, José Afonso da, *ibid.*, p.36.

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2017.

²¹ CANOTILHO, *ibid.*, p. 227-228.

²² ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

políticos, com consequentes responsabilidades dos mandatários”²³. Então, complementa sua ideia, sustentando que a proteção ao princípio republicano é o que alicerça a existência dos sistemas de controle, fiscalização, responsabilização, representatividade, equilíbrio e harmonia previstos na Constituição:

Todos os mandamentos constitucionais que estabelecem os complexos e sofisticados sistemas de controle, fiscalização, responsabilização e representatividade, bem como os mecanismos de equilíbrio, harmonia (*checks and balances* do direito norte-americano, aqui adaptados pela mão genial de Ruy) e demais procedimentos a serem observados no relacionamento entre os poderes, asseguram, viabilizam, equacionam, reiteram, reforçam e garantem o princípio republicano, realçando sua função primacial no sistema jurídico. Assim, funciona ele como alicerce de toda a estrutura constitucional, *pedra de toque* ou *chave de abóbada* do sistema.²⁴

Nesse sentido, valendo-se dos ensinamentos de Michel Temer²⁵, João Barbalho²⁶ e Dalmo Dallari²⁷, Ataliba²⁸ explica a responsabilidade dos agentes públicos pelos atos praticados como uma espécie de contrapeso aos poderes por eles exercidos na gestão da *res publica*: “a responsabilidade é a contrapartida dos poderes em que, em razão da representação popular, são investidos os mandatários. É lógico corolário da situação de administradores, *lato sensu*, ou seja, gestores da coisa alheia”²⁹.

Assim como para a ideia de Estado de Direito, a Constituição de 1891 revela-se como o marco inaugural do princípio republicano na história constitucional brasileira. Isso porque, conforme posto alhures, ao romper com a monarquia, que atribuía ao Imperador exercício quase absoluto do poder político, a Carta Constitucional de 1891 estabeleceu, logo em seu artigo 1º, que a “Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa” e previu, em diversos dispositivos, a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos por abuso de poder.

²³ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 37.

²⁴ ATALIBA, *ibid.*, p. 37-38.

²⁵ “Aquele que exerce função política responde pelos seus atos. É responsável perante o povo, porque o agente público está cuidando da *res publica*. A responsabilidade é corolário do regime republicano” (Temer *apud* Ataliba; 2007, p. 65).

²⁶ “É da essência do regime republicano que quem quer que exerça uma parcela do poder público tenha a responsabilidade desse exercício; ninguém desempenha funções políticas por direito próprio; nele, não pode haver invioláveis e irresponsáveis, entre os que exercitam poderes delegados pela soberania nacional” (Barbalho *apud* Ataliba; 2007, p. 65-66).

²⁷ “Todos os que agirem, em qualquer área ou nível, como integrantes de algum órgão público ou exercendo uma função pública devem ser juridicamente responsáveis por seus atos e omissões. Para efetivação dessa responsabilidade é preciso admitir que o agente do poder público ou o exercente de função pública possam ser chamados a dar explicações, por qualquer pessoa do povo, por um grupo social definido ou por um órgão público previsto na Constituição como agente fiscalizador” (Dallari *apud* Ataliba; 2007, p. 66).

²⁸ ATALIBA, *ibid.*

²⁹ ATALIBA, *ibid.*, p. 65-66.

Destarte, pode-se dizer que, em razão do princípio republicano, subscrito pelo atual regime constitucional brasileiro, todo aquele que administra a coisa pública (*res publica*), deve estar sujeito a ser responsabilizado diretamente por seus atos, tendo em vista tratar-se de coisa alheia, afetada ao atendimento do interesse público, em sentido amplo.

1.1.3. Fundamentos para a responsabilização pessoal de agentes públicos no regime da Constituição Federal de 1988

Delineadas as balizas conceituais que fundamentam a responsabilidade dos agentes públicos pelos atos praticados enquanto investidos na função pública, cumpre analisar, especificamente, a correspondência do texto da Constituição Federal de 1988 com estes fundamentos, a saber, a ideia de Estado de Direito e o princípio republicano.

Logo na abertura do corpo da Constituição, positivando a ideologia externada no preâmbulo da Lei Maior, o *caput* do artigo 1º estabelece que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”, sendo complementado pelo parágrafo único do mesmo dispositivo, no sentido de que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Sem desconhecer os diversos dispositivos do texto constitucional que reforçam garantias de limitação do poder estatal (v.g., o artigo 5º), bem como dos variados mecanismos constitucionais de controle da atuação dos agentes estatais, extrai-se do referido artigo 1º que: (i) a República Federativa do Brasil se filia, expressamente, à moldura de Estado de Direito – nesse caso, sob a forma de Estado Democrático de Direito –, prevendo a Constituição Federal uma plêiade de mandamentos de submissão do Estado ao ordenamento jurídico, ao controle – seja interno, externo ou popular – e ao direito; e (ii) a Constituição Federal concebe – em continuidade ao verificado em constituições anteriores – a forma de governo republicana.

Desse modo, os fundamentos básicos para a responsabilização de agentes públicos pelo cometimento de abusos no exercício da função pública – incluindo-se, aí, os atos de corrupção referidos no discurso de Ulysses Guimarães na proclamação da Constituição –, embora anteriores à Constituição de 1988, são por ela reforçados. Nessa perspectiva, é inegável o ineditismo do tratamento dado ao assunto pela Constituição Cidadã, como será detalhadamente exposto a seguir.

1.2. A improbidade administrativa como espécie de responsabilização pessoal de agentes públicos

Conforme delineado, a adoção conjunta das ideias de Estado de Direito – em sentido amplo – e do princípio republicano acarreta, por definição, a possibilidade de responsabilização por eventuais abusos cometidos por agentes públicos enquanto investidos no desempenho de suas funções.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico regido pelo texto constitucional promulgado em 1988 estabelece uma série de princípios e deveres a serem observados pelos agentes públicos – cujo descumprimento ou inobservância podem ensejar a aplicação de sanções – e dispõe de diversos mecanismos de combate a ilegalidades praticadas no âmbito da Administração Pública, nas esferas cível, administrativa e criminal, além de estabelecer, pela primeira vez diretamente no texto constitucional, a previsão de punição de agentes públicos a título de improbidade administrativa – categoria à qual se dedica, com maior aprofundamento, este trabalho.

1.2.1. Os princípios no Direito Administrativo

1.2.1.1. A normatividade dos princípios

Luís Roberto Barroso³⁰ explica que a promulgação da Constituição Federal de 1988, pautada nos ideais pós-positivistas, pode ser considerada como marco histórico do “renascimento do direito constitucional” – a que se chamou de neoconstitucionalismo – no Brasil, caracterizado pela expansão dos efeitos das normas constitucionais, “cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”³¹.

À vista disso, expõe Barroso que “os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição de 1988 passaram a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional”³². Deste modo, em contraposição ao positivismo jurídico, que buscava o distanciamento do Direito em relação à filosofia, equiparando-o à lei, o pós-positivismo atribui normatividade aos valores contidos nos princípios constitucionais.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 240, 1–42, 2005.

³¹ BARROSO, *ibid.*, p. 12.

³² BARROSO, *ibid.*, p. 13.

Na doutrina do autor, os princípios são tidos como “o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins”³³. Nesse sentido, complementa o constitucionalista:

Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.³⁴

Ronald Dworkin³⁵ esquadrinha as normas jurídicas classificando-as em duas espécies – regras e princípios –, que se diferenciam na medida de sua aplicação: enquanto as regras possuem aplicabilidade segundo a lógica do “tudo ou nada” – resolvendo-se eventual conflito normativo deste tipo mediante os critérios de hierarquia, especialidade e cronologia –, os princípios apresentam a dimensão do peso (ou importância), solucionando-se eventual encontro entre princípios por meio do sopesamento da força relativa de cada um deles, sem que haja a necessidade de aplicação isolada de um princípio em detrimento de outros.

Já Robert Alexy diferencia regras e princípios segundo o critério da estrutura das normas. Para o autor, os princípios, diferentemente das regras, podem ser definidos como “mandamentos de otimização”:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.³⁶

José Gomes Canotilho, por sua vez, explica que “os princípios têm uma *função normogênica* e uma *função sistêmica*: são o fundamento de regras jurídicas e têm uma *idoneidade irradiante* que lhes permite ‘ligar’ ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional”³⁷.

³³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 155.

³⁴ BARROSO, *ibid.*, p. 155.

³⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 90.

³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 1163.

Sobre a função dos princípios, Tarcísio Vieira de Carvalho Neto³⁸, esteado na doutrina de Zagrebelsky, esclarece que os princípios não assumem função meramente acessória às regras, mas determinam certas tomadas de posição em conformidade com seu *ethos* frente à realidade. Para o autor:

A realidade, ao se colocar em contato com o princípio, se vivifica e, assim, adquire valor. Ao invés de se apresentar como matéria inerte, objeto passivo da aplicação de regras, a realidade iluminada pelos princípios aparece revestida de qualidades jurídicas próprias. O valor se incorpora ao fato e impõe a adoção de tomadas de posições jurídicas em relação a ele (ao legislador, à jurisprudência, à administração, aos particulares e, em geral, aos intérpretes do direito). O “ser” iluminado pelos princípios ainda não contém em si o “dever ser”, a regra, mas indica ao menos a direção em que se deveria colocar a regra para não contrariar o valor contido no princípio.³⁹

Insta salientar que, conforme alerta Virgílio Afonso da Silva⁴⁰, o termo “princípio” possui diversos significados, de modo que não se pode partir do pressuposto de que toda e qualquer referência ao vocábulo possui a mesma significação.

Por “princípio”, entenda-se, neste trabalho, os valores e objetivos adotados na redação da Constituição Federal de 1988 como balizadores, sinalizadores, da aplicação e da interpretação de toda a ordem jurídica – como é o caso dos princípios expressos da Administração Pública, que, como será tratado mais à frente, atribuem aos agentes públicos uma série de padrões de conduta.

1.2.1.2. Os princípios da Administração Pública

Como reflexo direto da opção do Legislador constituinte pela adoção dos ideais expostos anteriormente – Estado Democrático de Direito, princípio republicano, ideais pós-positivistas –, bem como da previsão de uma série de direitos e garantias fundamentais, fez-se necessário estabelecer uma série de princípios norteadores do ordenamento jurídico entabulado pela Constituição Federal de 1988.

Consoante ensina Barroso⁴¹, existem princípios fundamentais, referentes às decisões políticas estruturais do Estado; princípios gerais, dotados de baixa abstração e aplicáveis a toda a ordem jurídica, a exemplo do princípio da isonomia; e princípios setoriais (ou especiais), que

³⁸ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

³⁹ CARVALHO NETO, *ibid.*, p. 11.

⁴⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

são aqueles destinados a ramos específicos dentro do Direito, como é o caso do princípio da universalidade da tributação, endêmico do Direito Tributário.

À Administração Pública e, por consequência, ao Direito Administrativo, cuidou a Constituição Federal de 1988, no *caput* de seu art. 37, de elencar cinco⁴² princípios norteadores: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Estes são os chamados “princípios expressos” (ou explícitos) do Direito Administrativo Brasileiro. Há, ainda, os ditos princípios implícitos, embora não exista consenso doutrinário em relação a quais seriam eles.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁴³ elenca, para além dos princípios expressos na Constituição, os seguintes princípios implícitos regentes do Direito Administrativo: supremacia do interesse público sobre o interesse privado; finalidade; razoabilidade; proporcionalidade; motivação; devido processo legal e ampla defesa; controle judicial dos atos administrativos; responsabilidade do Estado por atos administrativos; princípio da boa administração; e segurança jurídica.

Já Hely Lopes Meirelles⁴⁴, descreve apenas sete princípios implícitos: razoabilidade; proporcionalidade; ampla defesa; contraditório; segurança jurídica; motivação e supremacia do interesse público.

Ao comentar o disposto no art. 37 da Constituição, José Afonso da Silva observa que os princípios ali contidos orientam a atuação do administrador e zelam pela “boa administração”:

De fato, a Administração Pública é informada por diversos princípios gerais, destinados, de um lado, a orientar a ação do administrador na prática dos atos administrativos e, de outro lado, garantir a *boa administração*, que se consubstancia na correta gestão dos negócios públicos e no manejo dos recursos públicos (dinheiro, bens e serviços) no interesse coletivo – com o quê também se assegura aos administrados seu direito a práticas administrativas honestas e probas.⁴⁵

Em se tratando de princípios reguladores do bom exercício da função pública, que carregam consigo os valores da Constituição Federal, entendeu o legislador que sua inobservância poderia caracterizar não apenas mera ilegalidade, conferindo-lhe tratamento diferenciado, a exemplo do disposto no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, que

⁴² Originalmente, o *caput* do artigo 37 da Constituição continha apenas os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade. O princípio da eficiência foi acrescentado posteriormente, por ocasião da Emenda Constitucional nº 18/1998.

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2021.

⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 340.

elencam os “atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública” – espécie de improbidade administrativa à qual se dedica esta pesquisa.

Nesse sentido, salienta Alexandre de Moraes sobre a constitucionalização dos princípios do Direito Administrativo:

Ressalte-se que nenhuma das constituições anteriores havia constitucionalizado os princípios e preceitos básicos do Direito Administrativo de maneira tão detalhada e completa quanto a atual Constituição Federal de 1988, e, igualmente, tal hipótese não encontra paralelo no direito comparado. [...]

A codificação constitucional das normas administrativas possibilitou a consagração de uma Teoria Geral do Direito Constitucional Administrativo, voltada para a observância dos princípios constitucionais básicos e que tem por finalidade limitar o poder estatal, prevendo instrumentos de controle e meios de responsabilização dos agentes públicos, para garantia de transparência e probidade na administração, e voltados para o combate à corrupção.⁴⁶

Dentre os numerosos princípios expressos e implícitos da Administração Pública, assumem maior relevo, no exame dos atos de improbidade administrativa atentatórios aos princípios da Administração Pública, a moralidade, a legalidade e a impessoalidade, originadores dos deveres “de honestidade, de imparcialidade e de legalidade”, constantes do *caput* do art. 11 da LIA.

1.2.2. Os deveres atribuídos aos agentes públicos

Como visto, os princípios da Administração Pública, para além do condão de direcionar a interpretação do Direito, possuem a qualidade de instituir padrões de conduta no exercício da função pública, cujo descumprimento implica na responsabilização pessoal do agente. Estes deveres podem ser melhor delineados se analisarmos os estatutos jurídicos dos servidores públicos.

Fábio Medina Osório⁴⁷, ao tratar sobre o dever de probidade, explica os deveres públicos compulsados aos agentes públicos, de modo geral:

Os que estão sujeitos ao dever de probidade administrativa terão um conjunto de deveres públicos – positivos e negativos, gerais e especiais –, cuja concreção será imperiosa e obrigatória, de modo a proteger o setor público, mais concretamente os valores nele abrigados. Veja-se que tais deveres públicos deverão ser especificados em atos administrativos, regulamentos, leis, normas constitucionais, normas comunitárias e internacionais, valores, regras e princípios jurídicos. Os deveres podem

⁴⁶ MORAES, Alexandre de. **Combate à Corrupção – Breves Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. In: LOPES, Sílvia; ZILVETI, Fernando Aurelio (Coord.). *O Regime Democrático e a Questão da Corrupção Política*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 150-151.

⁴⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

surgir explícita ou implicitamente no universo jurídico. Um dever explícito não terá maior valor que outro implícito.⁴⁸

Odete Medauar descreve as imposições decorrentes dos estatutos de servidores públicos como “condutas e proibições a serem observadas pelos servidores, configurando, umas e outras, os seus deveres como dois lados da mesma moeda”⁴⁹.

Pode-se dizer, deste modo, que os deveres públicos, ou deveres impostos àqueles investidos na administração da coisa pública, são, em certo grau, desdobramentos dos princípios da Administração Pública, sob a forma de imperativos de conduta que visam garantir sua concretização.

Interessam a este estudo, em especial, os deveres de probidade e de boa administração, que fornecem as linhas gerais ao entendimento da improbidade administrativa; os deveres de honestidade, imparcialidade e legalidade, elencados na atual redação do *caput* do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa como hipóteses de configuração do tipo; e o dever de lealdade às instituições, presente na redação original do dispositivo, mas posteriormente removido pela reforma da Lei de Improbidade Administrativa levada a efeito pela Lei nº 14.230/21.

1.2.2.1. O dever de probidade

Na lição de Osório⁵⁰, o dever de probidade é apontado como um conjunto de deveres mais específicos dedicados à garantia do direito a uma “eficiente e honesta Administração Pública”. O autor explica que, embora o dever de probidade seja composto por uma série de outros, nem todo dever público de importância teórica e pragmática possui relação direta com o dever de probidade.

A título exemplificativo, Osório⁵¹ menciona os deveres de máximo decoro na vida pública e privada, de cortesia e de celeridade, que, conquanto caros ao exercício profissional – tanto no serviço público quanto no particular –, não se inserem no âmbito do dever de probidade administrativa. Fazendo alusão a entendimento do Superior Tribunal de Justiça, explica o autor que nem toda ilegalidade pode ser considerada violação ao dever de probidade administrativa. No ponto, explica:

⁴⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 113.

⁴⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 313.

⁵⁰ OSÓRIO, *opus. cit.*

⁵¹ OSÓRIO, *ibid.*

Atua com falta de probidade o agente gravemente desonesto ou intoleravelmente incompetente, incapaz de administrar a coisa pública ou de exercer suas competências funcionais, desde a perspectiva do art. 37, parágrafo 4º, da Constituição de 1988. A valoração da ilicitude inerente ao ato de uma falta de probidade administrativa é o elemento fundamental no processo de reconhecimento do dever.⁵²

Walber de Moura Agra, forte na lição de Uadi Lammêgo Bulos, leciona que a probidade é derivada do princípio da moralidade, e “trata-se de um preceito cujo valor, em seu aspecto subjetivo, extrai-se da honestidade e da obediência dos parâmetros morais estabelecidos, qualificando a moralidade, a honestidade, a lisura dos negócios jurídicos, o desempenho legítimo e reto do comportamento humano”⁵³.

Para José dos Santos Carvalho Filho⁵⁴, o dever de probidade é o principal dos deveres a serem cumpridos pelo administrador público, pautando-se pelos princípios da honestidade e da moralidade. Para o autor, o dever de probidade impõe ao administrador que atue de maneira honesta, segundo conceito que possa ser extraído do “cidadão médio”.

Odete Medauar, por sua vez, apresenta o dever de probidade como decorrência do princípio da moralidade: “a probidade, que há de caracterizar a conduta e os atos das autoridades e agentes públicos, aparecendo como dever, decorre do princípio da moralidade administrativa. Na linguagem comum, probidade equivale a honestidade, honradez, integridade de caráter, retidão”⁵⁵.

O dever de probidade, nesse contexto, pode ser visto como o ditame de atuação do agente público conforme padrões morais e de honestidade no exercício da função pública, com vistas à concretização do princípio da moralidade.

1.2.2.2. O dever de boa administração

Guido Falzone⁵⁶ apresenta o conceito de “boa administração” como o exercício da função administrativa em busca de seus fins – aqueles que constituem o objeto da função pública –, da forma mais congruente, oportuna e adequada, pelos meios mais idôneos. A boa

⁵² OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 116.

⁵³ AGRA, Walber de Moura. **Comentários sobre a Lei de Improbidade Administrativa**. Belo Horizonte, Fórum, 2017. p. 55.

⁵⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2020.

⁵⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 128.

⁵⁶ FALZONE, Guido. **Il dovere di buona amministrazione**. Parte I. Milão: Giuffrè, 1953.

administração, seria, portanto, a atuação eficiente e idônea do administrador na direção do interesse objeto da função pública na qual se encontra investido⁵⁷.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁸, analisando o conceito de boa administração trazido por Guido Falzone, explica que desta mesma ideologia decorre o princípio da eficiência, insculpido no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988 por ocasião da Emenda Constitucional nº 18/1998, sendo este uma faceta daquele descrito por Falzone. Para o autor, o princípio da eficiência da Administração Pública guarda estrita relação com a legalidade, “pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência”⁵⁹.

Jaime Rodríguez-Aranha Muñoz⁶⁰, ao explicar o “direito à boa Administração”, expõe que a gestão da coisa pública deve ser pautada no “serviço geral”, no atendimento das demandas coletivas, tendo em vista que o cidadão é o destinatário de toda a atuação estatal. Nessa lógica, salienta que:

A boa administração de instituições públicas parte do direito do cidadão a que seus assuntos comuns e coletivos estejam ordenados de maneira que reine um ambiente de bem-estar geral e integral para o povo em seu conjunto. As instituições públicas, a partir dessa perspectiva, devem estar conduzidas e dirigidas por uma série de critérios mínimos, chamados de bom governo ou boa administração, aos quais se somarão as diferentes perspectivas das opções políticas vencedoras nos diferentes comícios eleitorais.⁶¹

Para Muñoz⁶², a boa administração possui duas dimensões básicas: a abertura à realidade e a caracterização das políticas públicas. Quanto à primeira dimensão, o autor leciona que uma abordagem aberta e franca às circunstâncias de cada situação concreta deve fazer parte do processo de elaboração de políticas públicas, e, sobre a realidade de cada situação, complementa: “nelas se funda a disposição permanente de corrigir e retificar o que a experiência

⁵⁷ Nas palavras de Guido Falzone: “Allochè si sostiene quindi la necessità di una "buona amministrazione", non si vuole far riferimento ad un criterio medio, nè precisare che, nello svolgimento di una funzione, di qualunque natura essa sia, il relativo titolare deve uniformarsi ad un prototipo di buon amministratore ed agire come questo si comporterebbe normalmente; ma si vuole sostenere che quello deve, attraverso la sua attività, perseguire i fini che della funzione formano oggetto ed ancora che ciò deve realizzare in maniera quanto più congruo, più opportuno, più adeguato al fine de raggiungere, attraverso la scelta dei mezzi e del tempo di usarli che siano ritenuti i più idonei” (Falzone, 1953, p. 64).

⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2021.

⁵⁹ MELLO, *ibid.*, p. 107.

⁶⁰ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa administração pública**. Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

⁶¹ MUÑOZ, *ibid.*, p. 155-156.

⁶² MUÑOZ, *ibid.*

nos mostre como desvios dos objetivos propostos ou, mais a fundo, das finalidades que atribuímos à ação pública”⁶³.

No que se refere à segunda dimensão, que revela caráter democrático, informa Muñoz que a boa administração deve passar pela participação dos cidadãos na elaboração de políticas públicas:

Pensa-se sob essa perspectiva que os cidadãos não são mais que destinatários de políticas públicas de salvação que procedem do monopólio daquilo que é bom e benéfico, e que é definido pela própria instituição governamental ou administrativa. Contudo, como apontamos anteriormente, o interesse geral no Estado Social e Democrático de Direito aparece fortemente conectado ao fomento, à geração das melhores condições possíveis que permitam o desenvolvimento em liberdade solidária das pessoas e dos grupos em que se integram, removendo quaisquer obstáculos que impeçam sua realização efetiva.⁶⁴

Fábio Medina Osório⁶⁵, apoiado em Maurice Hariou, explica a boa administração como o imperativo de atuação do agente público com fundamento não apenas na lei, mas em preceitos ligados à ética institucional e à moral administrativa. Ao analisar o conceito, alerta o autor que a substância da “boa administração” costuma a encontrar mais fundamentos na política, na cultura e na economia do que propriamente no Direito, ao contrário da má gestão pública, que comumente possui conteúdo jurídico.

Nesse quadro, pode-se considerar, por aproximação, que o dever de boa administração se relaciona à obrigação de atuação com eficiência, moralidade e legalidade – material –, somados, caracterizando-se como o exercício da função pública com vistas à concretização dos fins que justificam a atribuição de poderes aos agentes públicos, segundo os critérios de máxima congruência, adequação e oportunidade, pelos meios mais idôneos, conforme as circunstâncias e possibilidades fáticas.

1.2.2.3. Os deveres de honestidade, imparcialidade e legalidade

Na atual redação da LIA, os deveres de honestidade, imparcialidade e legalidade compõem, juntos, o núcleo de deveres elencado no *caput* do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, cuja violação dolosa, nas formas descritas nos incisos, caracteriza ato de improbidade por violação aos princípios da Administração Pública. A redação original do art.

⁶³ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa administração pública**. Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 157.

⁶⁴ MUÑOZ, *ibid.*, p. 157-158.

⁶⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

11 da LIA apresentava, além destes três deveres, o dever de lealdade às instituições, que posteriormente foi subtraído do *caput* do dispositivo pela reforma da LIA, efetivada pela Lei nº 14.230/21.

Waldo Fazzio Júnior, ao comentar o art. 11, ressalta a posição de relevância dos deveres de honestidade, imparcialidade e lealdade no âmbito da Administração:

Honestidade, imparcialidade e lealdade são deveres do prefeito, é certo. A bem dizer, são deveres de qualquer agente público. Não são meros adornos positivos, mas autênticas imposições ditadas pela natureza do cargo que exerce e pela incidência dos princípios constitucionais da administração, dos quais é subalterno. O *dare, facere, prestare* do administrador público devem ser consoantes à natureza intransacionável de suas funções e condizentes com a noção corrente daquilo que é honesto, leal e imparcial.⁶⁶

Marcelo Figueiredo, por sua vez, explica que os todos os agentes públicos se submetem a determinados regimes disciplinares e que, no caso daqueles descritos no *caput* do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, verifica-se que consubstanciam os deveres referentes aos princípios elencados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988:

Para nós, o agente público que atende aos deveres de honestidade e lealdade acata o princípio da moralidade administrativa. É dizer, honestidade e lealdade são conceitos jurídicos complementares ou faces da mesma moeda. Há certa vacilação doutrinária: alguns vislumbram no princípio da moralidade a lealdade, a boa-fé da Administração, do administrador. Outros reduzem a moralidade administrativa à honestidade institucional do sistema, ou o “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração” (Hariou). É perfeitamente possível identificar exemplos de agentes que infringem cada um desses princípios. Infringe o dever de honestidade o agente que mantém conduta incompatível com a moralidade *administrativa*. Infringe o dever de imparcialidade aquele que atenta contra a impessoalidade (v. Lucia Valle Figueiredo, ob. cit.). Infringe a legalidade o agente que não age rigorosamente segundo a lei (sentido amplo) – “administrar é aplicar a lei de ofício”. Desleal é o agente que infringe um desdobramento do princípio da moralidade. Pode ser desleal de várias formas: revelando fatos ou situações reservadas ao âmbito da Administração (incisos III e VII), induzindo a erro, no exercício de suas atividades, as instituições a que serve.⁶⁷

Esses deveres, portanto, como os próprios vocábulos levam a crer, decorrem diretamente dos princípios expressos da Administração Pública e constituem o núcleo essencial – mas não exclusivo – dos deveres que devem ser cumpridos pelo agente público probo e honesto.

⁶⁶ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos: de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 180.

⁶⁷ FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 105.

1.2.3. A improbidade administrativa

Para os casos de inobservância dos princípios da Administração Pública e descumprimento de deveres públicos, o ordenamento jurídico brasileiro, na atual conformação, estabelece hipóteses de responsabilização pessoal de agentes públicos nas esferas cível, administrativa e penal, a depender, dentre vários outros fatores, da gravidade da conduta atribuída pelo legislador e da natureza da infração.

A responsabilização civil de agentes públicos revela-se, notadamente, na reparação de danos causados à Administração. A título exemplificativo, destaca-se a possibilidade de ajuizamento de ação de regresso pela Administração em face de agente público em razão de danos causados, no exercício da função, a terceiros, nos casos de dolo e culpa, prevista no art. 37, §6º, da Constituição Federal⁶⁸.

Neste caso, desde que demonstrado o dano e o nexo de causalidade entre ato da Administração – por seus agentes –, a responsabilidade do ente público perante o terceiro lesionado será objetiva, cabendo ação regressiva da Administração em desfavor do agente público para reparação do prejuízo, se causado por dolo ou culpa. O fundamento para a responsabilização do agente na esfera cível – tanto na hipótese descrita quanto nas demais desta natureza – é a recomposição do patrimônio público lesado.

Há, também, a possibilidade de aplicação de sanções administrativas aos agentes públicos, ordinariamente previstas nos estatutos dos servidores públicos. Exemplo dessa modalidade de responsabilização, levada a efeito mediante aplicação de penalidades disciplinares – advertência, suspensão, demissão etc. –, após processo administrativo disciplinar, é a penalização pelo cometimento das condutas elencadas pelo art. 117, XVI, da Lei nº 8.112/90 como proibidas aos agentes públicos federais. A responsabilização administrativa tem por fundamento a manutenção da ordem no âmbito interno da Administração.

É possível, ainda, a responsabilização penal de agentes públicos. É o caso, por exemplo, dos crimes previstos no Título XI, Capítulo I, do Código Penal – Dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral –, para os quais são previstas penas de detenção e reclusão. A responsabilização criminal por crimes funcionais, mediante

⁶⁸ “§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (Brasil, 1988).

processo penal, tem por fundamento a tutela da normalidade e da integridade da Administração Pública.

Embora as três esferas possuam procedimentos próprios – ação civil, processo administrativo e processo penal –, é possível que uma conduta ilícita gere efeitos em mais de uma ou, até mesmo, nas três esferas, ensejando a cumulação das responsabilidades, dada a distinção dos fundamentos que justificam a aplicação de sanções em cada uma das espécies. É o que se constata em relação à improbidade administrativa, nos termos do artigo 37, §4º, da Constituição Federal:

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

Verifica-se que as sanções fixadas pela Constituição para as condenações a título de improbidade possuem naturezas diversas: a suspensão dos direitos políticos possui caráter constitucional eleitoral; a perda da função pública é de natureza administrativa; a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário são de caráter eminentemente civil; e há, ainda, a possibilidade de responsabilização penal, em ação própria, para os casos que eventualmente configurem tipos penais.

Deste modo, o estudo da improbidade administrativa deve levar em conta tratar-se de figura resultante da aglomeração de conceitos e institutos de diferentes ramos do Direito, e não somente do Direito Administrativo, como o próprio termo pode levar a crer.

1.2.3.1. Breve histórico legislativo

No histórico legislativo brasileiro, o combate à improbidade administrativa foi iniciado pelo Decreto-Lei nº 3.240/41, ainda que não sob este signo. O diploma sujeitava a sequestro os bens de pessoas indiciadas por crimes que resultassem em prejuízo à fazenda pública.

Posteriormente, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, estabeleceu que a lei regulamentaria o sequestro e o perdimento de bens para os casos de enriquecimento ilícito resultante de influência ou abuso de cargo ou função pública ou, ainda, de emprego em entidade autárquica⁶⁹. A regulamentação veio com a Lei nº 3.164/57, que definiu os contornos do

⁶⁹ Dispõe o art. 141, §31, da Constituição de 1946: “§ 31. Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. A lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica” (Brasil, 1946).

combate ao enriquecimento ilícito por abuso da função pública, e com a Lei nº 3.502/58, que estabeleceu os procedimentos de sequestro e perdimento dos bens obtidos nesses casos.

Mais adiante, o Ato Institucional nº 14/1969 incluiu na redação do art. 150, §11, da Constituição de 1969, nos mesmos termos do contido na Constituição de 1946, a previsão de sequestro e perdimento dos bens auferidos por abuso da função pública. Em seguida, a redação do art. 150 da Constituição de 1969 foi realocada para o art. 153, por intermédio da Emenda Constitucional nº 01/1969, sem alteração de conteúdo. Continuaram vigentes as Leis nº 3.164/57 e 3.502/58.

Até aquele momento, não se falava propriamente em “improbidade administrativa”, embora presentes os elementos que a caracterizam, a saber, o enriquecimento ilícito e o prejuízo ao erário decorrentes do exercício abusivo de cargo, função ou emprego público. Sobreveio, então, em 1988, a atual Constituição Federal, cujo art. 37, §4º, preconiza sanções aos “atos de improbidade administrativa”, delegando à legislação ordinária sua regulamentação. Extraem-se do dispositivo constitucional elementos que denotam alguns contornos da improbidade, como as sanções aplicáveis e sua natureza – o §4º afasta o caráter penal da improbidade ao elencar sanções “sem prejuízo da ação penal cabível”.

A Lei nº 8.429/92 foi responsável por regulamentar a responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa, revogando, por consequência, as Leis nº 3.164/57 e 3.502/58. O diploma legal, ainda vigente, sofreu diversas alterações no decorrer dos anos, dentre as quais se destaca a reforma efetivada pela Lei nº 14.230/21, que buscou modernizar o combate à improbidade administrativa, integrando à legislação diversos entendimentos jurisprudenciais – principalmente do Superior Tribunal de Justiça – e doutrinários construídos desde a entrada em vigor da Lei nº 8.429/92.

Cumpram-se apontar que, a despeito de a Lei nº 1.079/50, vigente até os dias atuais, prever os atos do Presidente da República que atentarem contra a probidade administrativa como crime de responsabilidade⁷⁰, trata-se de hipótese de responsabilidade política, categoria diversa do objeto deste estudo. Aqui, trataremos como combate à “improbidade administrativa” apenas a responsabilização jurídica do indevido proveito de cargo ou função pública descrita pelo art. 37, §4º, da Constituição Federal.

⁷⁰ A violação à probidade administrativa é prevista como crime de responsabilidade do Presidente da República desde a Constituição de 1891. Todavia, a aludida violação à probidade administrativa não possui o mesmo significado do “ato de improbidade administrativa” ao qual o art. 37, §4º, da Constituição Federal faz referência.

1.2.3.2. A delimitação conceitual da improbidade administrativa

De acordo com o quanto exposto anteriormente, pode-se dizer que o cumprimento dos deveres de probidade e boa administração pelo agente público passa pela adoção de condutas pautadas nos fins que justificam a outorga de poderes ao agente, almejando-se os resultados mais congruentes, oportunos e adequados, pelos meios mais idôneos. Deste modo, o exercício da boa administração diz respeito à observância dos princípios da eficiência, da legalidade e da moralidade.

Sendo assim, a má administração se caracterizaria como a atuação do agente público que não atende a esses princípios. Contudo, não se pode considerar que toda atuação contrária à boa administração receba o mesmo tratamento jurídico, por consequência do princípio da proporcionalidade. À vista disso, podendo o agente público incorrer em mais de uma forma de má administração, não é razoável estabelecer automática correlação entre má administração e improbidade.

Fábio Medina Osório posiciona a improbidade administrativa dentro de um espectro amplo, organizado em diversos graus, ao qual denomina “má gestão pública” – ou má administração pública⁷¹. Para o autor, o universo da má gestão pública compreende, para além da improbidade administrativa, diversas outras subespécies, que reclamam diferentes níveis de controle, fiscalização e responsabilização, em função de suas distinções e particularidades.

Osório explica, com esteio na doutrina de Eduardo García de Enterría, que a intolerância a imunidades absolutas de agentes públicos, ínsita aos ideais democráticos e republicanos, resulta em consenso quanto ao imperativo ético de imputação dos atos de má gestão⁷². Por esse motivo, constrói-se o aludido espectro da má gestão pública, no âmbito do qual encontra-se a improbidade administrativa. Não obstante, há de se conceber uma definição que delimite quais atos devem ser marcados com a rubrica da improbidade administrativa.

Em que pese a Constituição Federal de 1988 ter previsto a responsabilização pela prática de atos ímprobos, o conceito de improbidade administrativa permaneceu aberto, eis que

⁷¹ Nas palavras de Fábio Medina Osório: “A má gestão pública, portanto, é uma categoria que abrange numerosos subtipos de *enfermidades*, em graus muito distintos, o que requer estudos especializados e remédios diferenciados. Note-se que as enfermidades se conectam reciprocamente” (Osório, 2022, p. 54).

⁷² Fábio Medina Osório: “O que se observa, portanto, é que existe um consenso democrático e republicano sobre o imperativo ético da imputação. Não se toleram agentes públicos revestidos de imunidades absolutas. O regime de responsabilidades pode variar, com seus detalhes e alcances diversos, mas sempre haverão de existir níveis básicos de responsabilidade. A tendência é a de que as responsabilidades devam existir já em patamares mínimos, como o seria uma responsabilidade situada no patamar daquilo que se designa como o mínimo eticamente exigível. E tampouco poderiam tais níveis ultrapassar um teto máximo, que é o das modalidades de sanções admissíveis nos Estados Democráticos de Direito, porque todas as Constituições democráticas consagram limites quantitativos ou qualitativos à pretensão punitiva do Estado” (Osório, 2022, p. 51).

o art. 37, §4º, não mais do que sinalizou a natureza jurídica da improbidade administrativa e estabeleceu quais seriam as sanções aplicáveis aos ímprobos. Igualmente, a redação original da Lei nº 8.429/92 não exprimia um conceito delimitado de improbidade administrativa, cingindo-se a elencar uma série de hipóteses tidas como atos ímprobos.

Ainda à época da redação original da LIA, o professor Aristides Junqueira Alvarenga, valendo-se da doutrina de José Afonso da Silva quanto à diferenciação entre moralidade e probidade, empreendeu esforços para conceituar a improbidade administrativa:

No dizer de José Afonso da Silva, o “ímprobo administrativo é o devasso da Administração Pública”.

Pode-se, pois, conceituar *improbidade administrativa* como espécie do gênero *imoralidade administrativa*, qualificada pela desonestidade de conduta do agente público, mediante a qual este se enriquece ilícitamente, obtém vantagem indevida, para si ou para outrem, ou causa dano ao erário.

É essa qualificadora da imoralidade administrativa que aproxima a improbidade administrativa do conceito de crime, não tanto pelo resultado, mas principalmente pela conduta, cuja índole de desonestidade manifesta a devassidão do agente.⁷³

Para Alvarenga, a desonestidade e a má-fé são elementos centrais na caracterização do ato ímprobo, sem os quais não se poderia falar em improbidade administrativa, mas apenas em outras formas de ilegalidade ou imoralidade. Naquela época, o autor já apontava para a impossibilidade de caracterização da improbidade administrativa na forma culposa⁷⁴.

Embora a redação original da Lei de Improbidade Administrativa, vigente à época em que foi escrito o artigo de Aristides Junqueira Alvarenga, previsse a modalidade culposa, o conceito trazido pelo autor parece-nos alinhado com o atual regime da improbidade administrativa, que admite somente a caracterização de condutas dolosas como atos ímprobos.

Na doutrina de Walber de Moura Agra⁷⁵, a improbidade administrativa é apresentada como o termo técnico para designar o que se entende por corrupção administrativa, assim entendida a obtenção de vantagem patrimonial indevida mediante o exercício nocivo da função pública ou pelo favoritismo de interesses individuais em prejuízo do interesse público. Partindo-

⁷³ ALVARENGA, Aristides Junqueira. **Reflexões sobre Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro**. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. *Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 88.

⁷⁴ Aristides Junqueira Alvarenga explica: “Assim, a conduta de um agente público pode ir contra o princípio da moralidade, no seu sentido jurídico-administrativo, sem, contudo, ter a pecha de improbidade, dada a ausência de comportamento desonesto – atributo, esse, que distingue a espécie (improbidade) do gênero (imoralidade). Se assim é, torna-se difícil, se não impossível, excluir o dolo do conceito de desonestidade, e conseqüentemente, do conceito de improbidade, tornando-se inimaginável que alguém possa ser desonesto por mera culpa, em sentido estrito, já que ao senso de desonestidade estão jungidas as idéias de má-fé, de deslealdade, a denotar presente o dolo (Alvarenga, 2001, p. 89).

⁷⁵ AGRA, Walber de Moura. **Comentários sobre a Lei de Improbidade Administrativa**. Belo Horizonte, Fórum, 2017.

se desses conceitos como alicerce, cumpre complementá-los à luz das mudanças trazidas pela Lei nº 14.230/21.

Rafael Araripe Carneiro⁷⁶ chama atenção para a dificuldade de se chegar a um conceito de improbidade administrativa, do ponto de vista analítico, em função de se tratar de figura inovadora do Direito brasileiro, bem como em razão da abstração semântica de seu conteúdo. Explica, ainda, que a Lei nº 14.230/21, ao reformar a LIA, reduziu significativamente a indeterminação do conceito, ao resolver incertezas e dificuldades verificadas na lei, e há muito apontadas pela doutrina⁷⁷.

Primeiramente, destaca-se que todo o art. 1º da LIA foi reformulado no empenho de fornecer os contornos e limites da improbidade administrativa. Logo no *caput* do dispositivo, fica estabelecido que o “sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei”.

Colhem-se, daí, dois importantes elementos: (i) a instituição de um “sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa”, novidade inaugurada pela Lei nº 14.230/21; e (ii) o bem jurídico protegido pelo sistema, que é a “probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções”.

O §1º do art. 1º da LIA, por sua vez, oferece os contornos ao ato de improbidade administrativa: “Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais”. Deste trecho, extraem-se outras duas informações: (iii) o elemento subjetivo da improbidade administrativa – necessária verificação de dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa⁷⁸; e (iv) a conduta do ato ímprobo, que é aquela correspondente aos tipos de improbidade administrativa descritos nos arts. 9º, 10 e 11, a saber, atos que importam

⁷⁶ CARNEIRO, Rafael de A. Araripe. **A reformulação limitadora do conceito de improbidade administrativa**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; CARNEIRO, Rafael de A. Araripe (Coord.). Nova Lei de Improbidade Administrativa: inspirações e desafios. São Paulo: Almedina, 2022.

⁷⁷ Rafael Araripe Carneiro explica: “Ainda que a Lei nº 8.429/92 tenha significado um incremento qualitativo ao procedimento de apreciação da ocorrência – ou não – de um ato ímprobo, não houve, por parte do Poder Legislativo, a cautela necessária para delimitar os contornos do núcleo conceitual da *improbidade administrativa*. Pelo contrário: a partir do arranjo original do art. 11 da lei, o próprio conceito de improbidade passou por uma *expansão disruptiva* que transcendeu, em muito, o tradicional paradigma de enriquecimento ilícito. Após quase três décadas, a reformulação dada pela Lei nº 14.230/2021 minimiza a indeterminação do conceito. Agora, os agentes públicos e demais intérpretes da lei possuem parâmetros normativos precisos para constatar se determinado ato deve estar, ou não, qualificado como ímprobo. E isso, por certo, inaugura um novo marco ao conceito de improbidade administrativa” (Carneiro, 2022, p. 116).

⁷⁸ A redação original da Lei nº 8.429/92 admitia a improbidade administrativa cometida na modalidade culposa para as hipóteses descritas no art. 10, que trata de atos que causam prejuízo ao erário. Essa possibilidade foi extinta pela Lei nº 14.230/21, restando apenas a improbidade administrativa cometida na forma dolosa.

enriquecimento ilícito, atos que causam prejuízo ao erário e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Em seguida, os §§ 2º e 3º detalham o elemento subjetivo, assentando que, para fins de responsabilização a título de improbidade administrativa, apenas se considera dolo “a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente” e 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”. Deste modo, o ato ímprobo somente poderá ser caracterizado quando verificado dolo específico de obtenção do resultado ilícito.

O §4º, firmando o caráter não penal da improbidade administrativa, determina que sejam aplicados os princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador ao sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa. Tira-se, desse trecho, mais uma característica da improbidade administrativa: (v) sua natureza civil.

Os três parágrafos seguintes – 5º, 6º e 7º – fornecem mais informações sobre os bens jurídicos que podem ser atingidos pela improbidade administrativa, anteriormente indicados no *caput* do art. 1º: “a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções e a integridade do patrimônio público e social dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como da administração direta e indireta, no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal”; “o patrimônio de entidade privada que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais”; e independentemente de integrar a administração indireta, “o patrimônio de entidade privada para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra no seu patrimônio ou receita atual, limitado o ressarcimento de prejuízos, nesse caso, à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos”. A todo esse grupo, nos referiremos, genericamente, como “probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções e o patrimônio público”.

O art. 2º, *caput*, da LIA dispõe que “consideram-se agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas”. O parágrafo único, em complementação, estabelece que também estão sujeitos ao regime da improbidade administrativa, “o particular, pessoa física ou jurídica, que celebra com a administração pública convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, termo de cooperação ou ajuste administrativo equivalente”. Por fim, o art. 3º acrescenta que as disposições da LIA se aplicam “àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para

a prática do ato de improbidade”. Daí, retiramos mais um elemento da improbidade administrativa: (vi) os possíveis sujeitos ativos do ato de improbidade administrativa: agentes públicos – em acepção ampla –, particulares em contratação com a Administração Pública e aqueles que induzam ou concorram dolosamente para o ato ímprobo.

Neste quadro, pode-se conceituar o ato de improbidade administrativa como a conduta dolosa praticada com proveito ou abuso de cargo ou função pública no fim específico de enriquecimento ilícito, dano ao erário ou violação aos princípios da administração, nas hipóteses previstas em lei, que lesiona a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções e o patrimônio público. Este ato pode ser praticado por agentes públicos, em sentido amplo, pessoas físicas ou jurídicas em contratação com a Administração Pública.

2. A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Neste capítulo, será apresentada com maior detalhamento a improbidade administrativa por ofensa aos princípios da Administração Pública, uma das três classes de improbidade concebidas pela Lei de Improbidade Administrativa – juntamente com os atos que importam enriquecimento ilícito e os atos que causam prejuízo ao erário.

O objetivo deste capítulo será descrever o tratamento jurídico dado ao tipo de improbidade do art. 11 da LIA, desde seu surgimento – durante a tramitação do Projeto de Lei que culminou na Lei nº 8.429/92 – até os dias atuais, além de expor como se deu sua aplicação nas quase três décadas de vigência da redação original da LIA, quais foram as motivações para o remodelamento do dispositivo realizado pela Lei nº 14.230 e as implicações práticas da reforma da LIA no que se refere aos atos de improbidade administrativa por ofensa a princípios administrativos.

2.1. O Regime da improbidade administrativa por violação aos princípios da Administração Pública na redação original da Lei nº 8.429/92

O combate ao que hoje se entende como improbidade administrativa passou por algumas transfigurações relevantes ao longo do tempo, em diversos aspectos. Uma das mais importantes mudanças verificadas na evolução histórica da proteção à probidade administrativa foi a “expansão disruptiva do conceito de improbidade administrativa”, levada a efeito durante a tramitação do Projeto de Lei nº 1.446/91, que resultou na Lei nº 8.429/92, conforme descrito por Rafael Araripe Carneiro⁷⁹.

Consoante retratado no capítulo anterior, desde o Decreto-Lei nº 3.240/41, passando pelas Leis nº 3.164/57 e 3.502/58, até a Constituição de 1969, buscava-se combater mediante sequestro e perdimento de bens o “enriquecimento ilícito por influência ou abuso do cargo ou função”. Ou seja, até então, o fundamento para a imposição dessas sanções a agentes públicos era a proteção do patrimônio público, nos casos de proveito indevido da função pública com finalidades patrimoniais pessoais.

⁷⁹ CARNEIRO, Rafael de A. Araripe. **A reformulação limitadora do conceito de improbidade administrativa.** In: MENDES, Gilmar Ferreira; CARNEIRO, Rafael de A. Araripe (Coord.). Nova Lei de Improbidade Administrativa: inspirações e desafios. São Paulo: Almedina, 2022.

Posteriormente, a Constituição Federal de 1988 substituiu a punição do “enriquecimento ilícito por influência ou abuso de cargo ou função pública” pela punição dos atos de “improbidade administrativa”, delegando à lei a regulamentação desta figura.

Em 14 de agosto de 1991, o então Presidente da República, Fernando Collor de Mello, por intermédio da Mensagem nº 406, submeteu à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 1.446/91, nos seguintes termos:

Nos termos do parágrafo 1º do artigo 64 da Constituição Federal, tenho a honra de submeter à elevada deliberação de Vossas Excelências, acompanhado de Exposição de Motivos do Senhor Ministro de Estado da Justiça, o anexo projeto de lei que "Estabelece o procedimento para suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao Erário nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, emprego ou função da Administração Direta, Indireta ou Fundacional e dá outras providências".⁸⁰

A Exposição de Motivos do então Ministro da Justiça, Jarbas Passarinho, referida na Mensagem presidencial, deixa claro que o Projeto de Lei que se estava propondo buscava justamente regulamentar o disposto no art. 37, §4º, da Constituição Federal, que determina a responsabilização por atos de improbidade administrativa:

Tenho a honra de submeter à superior consideração de Vossa Excelência o anexo anteprojeto de lei que “estabelece o procedimento para a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, emprego ou função da administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”.

Trata-se, Senhor Presidente, de proposta legislativa destinada a dar execução ao disposto no artigo 37, §4º, da Constituição, onde se estabelece 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”.⁸¹

Dessa forma, até aquele momento, tratava-se como improbidade administrativa especificamente o enriquecimento ilícito resultante de influência ou abuso do exercício da função pública. Portanto, no ideário do legislador, refletido no texto original do Projeto de Lei nº 1.446/91, somente consubstanciava ato ímprobo o que se conhece como corrupção administrativa, no seu sentido mais estrito, assim entendida a utilização de cargo ou função pública em benefício financeiro próprio ou de outrem.

⁸⁰ Inteiro teor da Mensagem nº 406/1991, assinada por Fernando Collor de Mello, constante dos autos do Projeto de Lei nº 1.446/91.

⁸¹ Trecho extraído da Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 1.446/91, elaborado pelo então Ministro da Justiça, Jarbas Passarinho (EM. GM/SAA/0388).

Carneiro⁸² descreve que, durante a tramitação do PL, o enriquecimento ilícito foi dividido, para fins de classificação, em duas categorias distintas, referentes aos atos que resultavam em vantagens pecuniárias ilícitas ao próprio agente público (atos que importam em enriquecimento ilícito) e aqueles que beneficiavam terceiros (atos que causam prejuízo ao erário), sem maiores novidades substantivas no tratamento da matéria, até então.

A real inovação trazida em relação à regulamentação que se tinha anteriormente veio com o texto substitutivo aprovado pelo Senado Federal, em resposta a mobilizações sociais que clamavam por enfrentamento mais firme contra a corrupção. O texto expandiu o que se considerava improbidade administrativa para criar, sob a justificativa de impor maior rigor no trato do assunto, um terceiro tipo de improbidade administrativa, não mais decorrente do enriquecimento ilícito, em sentido amplo, mas de ofensa a princípios jurídicos: os “atos que atentam contra os princípios da administração pública”⁸³. Dois dispositivos do texto aprovado diziam respeito ao novo tipo de improbidade administrativa: os arts. 4º e 11.

O art. 4º do texto que viria a se tornar a Lei nº 8.429/92 determinava o seguinte:

Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

Trata-se de reprodução do conteúdo do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, que estipula a obediência da Administração Pública aos princípios regentes da Administração Pública, mas com especial enfoque no agente público. Cumpre destacar que o princípio da eficiência não consta da redação original do art. 4º da LIA por se tratar de princípio da Administração Pública que somente passou a integrar o *caput* do art. 37 da Constituição Federal em 1998, por ocasião da Emenda Constitucional nº 19/98.

O art. 11 do substitutivo, por seu turno, se mostrou mais inovador, ao dispor efetivamente sobre o novo tipo de improbidade administrativa, cujo fundamento, diferentemente dos demais, não é patrimonial:

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:

⁸² CARNEIRO, Rafael de A. Araripe. **A reformulação limitadora do conceito de improbidade administrativa**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; CARNEIRO, Rafael de A. Araripe (Coord.). Nova Lei de Improbidade Administrativa: inspirações e desafios. São Paulo: Almedina, 2022.

⁸³ Nas palavras de Carneiro: “À luz dessa nova via – delineada no art. 11 do arranjo que se converteu na Lei nº 8.429/92 – a *tipicidade objetiva* da improbidade administrativa deixou de estar atrelada unicamente ao “enriquecimento ilícito” (*hipótese de desvalor do resultado*). Isso porque o seu núcleo conceitual passou a alcançar, adicionalmente, a “infração de deveres” de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições (*hipótese de desvalor da conduta*)” (Carneiro, 2022, p. 104).

- I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;
- II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
- III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
- IV - negar publicidade aos atos oficiais;
- V - frustrar a licitude de concurso público;
- VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
- VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Observa-se do dispositivo, em especial do fragmento “e notadamente”, que o legislador optou por elencar um rol meramente exemplificativo das condutas tidas como atos de improbidade administrativa por ofensa aos princípios da Administração Pública. Deste modo, não apenas as hipóteses listadas nos incisos do art. 11 poderiam ensejar condenação por improbidade administrativa, mas, também, outras condutas que àquelas fossem consideradas equivalentes, no caso concreto.

Em virtude disso, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento no sentido de que, uma vez verificada ofensa aos preceitos que informam a Administração, seria possível a condenação do agente por ato de improbidade administrativa, mesmo que a conduta não correspondesse àquelas elencadas nos incisos do dispositivo⁸⁴.

Rafael Carneiro⁸⁵ expõe que, juntamente com a criação de um rol de natureza meramente exemplificativa, a expansão do núcleo conceitual da improbidade administrativa para além do núcleo do enriquecimento ilícito significou a maximização dos efeitos dos dispositivos sancionatórios da Lei de Improbidade Administrativa que se estava a elaborar.

⁸⁴ A título exemplificativo: “ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. ANTECIPAÇÃO DE RECEITA. EXIGÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA ESPECÍFICA. DESCUMPRIMENTO. IMPROBIDADE. 1. O acórdão manteve a condenação de Prefeito Municipal por improbidade administrativa, por entender necessário procedimento licitatório, bem como autorização legislativa específica para a contratação de empréstimos bancários por antecipação de receita. 2. Embora seja dispensável, na hipótese, o procedimento licitatório para a realização de operação bancária, já que realizada antes da Lei de Responsabilidade Fiscal, subsiste o acórdão ao reconhecer a irregularidade das operações de empréstimo sem autorização do Legislativo Municipal. 3. A lei do orçamento anual (ato-regra) pode autorizar, genericamente, as operações de crédito por antecipação de receita (art. 165, § 8º), o que não afasta a necessidade de aprovação, em cada caso, por ato legislativo de inferior hierarquia (ato-condição). 4. Assim, para as operações de crédito por antecipação de receita não basta a autorização genérica contida na lei orçamentária, sendo indispensável autorização específica em cada operação. A inobservância de tal formalidade, ainda que não implique em enriquecimento ilícito do recorrente ou prejuízo para o erário municipal, caracteriza ato de improbidade, nos termos do art. 11 da Lei n.º 8.429/92, à mingua de observância dos preceitos genéricos que informam a administração pública, inclusive a rigorosa observância do princípio da legalidade. 5. Recurso especial improvido.” (REsp n. 410.414/SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 27/9/2004, p. 301).

⁸⁵ CARNEIRO, Rafael de A. Araripe. **A reformulação limitadora do conceito de improbidade administrativa**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; CARNEIRO, Rafael de A. Araripe (Coord.). *Nova Lei de Improbidade Administrativa: inspirações e desafios*. São Paulo: Almedina, 2022.

Além disso, o art. 11 da LIA não estabelecia qualquer critério de relevância da lesividade da ofensa aos princípios para a configuração do ato ímprobo. Na prática, ao tratar indiscriminadamente todas as ofensas a princípios da Administração Pública, ainda que irrisórias, como improbidade administrativa, o legislador acabou por equiparar a ilegalidade à improbidade, ainda que tecnicamente distintos⁸⁶.

Parte da doutrina se alinhou a esse entendimento, reputando que todo ato ilegal deveria ser considerado ímprobo. Nessa linha intelectual, lecionava Emerson Garcia, à época:

Assim, de *lege lata*, afigura-se tarefa assaz difícil aceitar o entendimento de que probidade se identifica com moralidade e que o simples descumprimento da lei, ainda que observado um critério de proporcionalidade, não pode caracterizar a improbidade. A Lei n. 8.429/1992, mantendo-se em harmonia com o texto constitucional, não estabeleceu distinção ou hierarquia entre os princípios da legalidade e da moralidade, sendo injurídica a atividade do intérprete que ignore o texto constitucional e a norma que o regulamentou, culminando em concluir que a não adstrição do agente público à lei não configura a improbidade.⁸⁷

Tal o quadro, a improbidade administrativa por ofensa aos princípios da Administração Pública foi alçada a uma posição de caráter residual em relação às demais tipologias, tendo em vista a maior abrangência da redação do art. 11 em relação aos arts. 9º e 10. Destarte, as condutas que não obtinham êxito no alcance do resultado de enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, e também aquelas que não passavam de mera ilegalidade destituída de maior lesividade, passaram a ser enquadradas como atos de improbidade administrativa por ofensa aos princípios da Administração Pública.

Sobre a subsidiariedade do dispositivo, comenta Marino Pazzaglini Filho:

É intuitivo, também, que o agente público, ao praticar ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito (art. 9º), ou que causa lesão ao Erário (art. 10), transgride, sempre, o princípio constitucional da legalidade e, em geral, outros princípios constitucionais explícitos ou implícitos, relativos ao conteúdo de sua conduta ímproba.

Daí se conclui que a norma em exame é residual em relação às que tratam das duas outras modalidades de atos de improbidade, pois afronta a legalidade faz parte de sua contextura.

Assim, se do ato violador de princípio constitucional administrativo resultar enriquecimento ilícito do agente público que o praticou, há absorção da regra do art.

⁸⁶ No ponto, esclarece Marcelo Figueiredo: “Preliminarmente, cumpre advertir o leitor quanto à preocupação já manifestada por ocasião dos comentários lançados ao art. 10, *caput* (quinto parágrafo do texto), alusivos ao princípio da proporcionalidade e da proibição de excesso. Deveras, novamente a lei peca por excesso ao equiparar o ato ilegal ao ato de improbidade; ou, por outra, o legislador, invertendo a dicção constitucional, acaba por dizer que ato de improbidade pode ser decodificado como toda e qualquer conduta atentatória à legalidade, lealdade, imparcialidade etc. Como se fosse possível, de uma penada, equiparar coisas, valores e conceitos distintos. O resultado é o arbítrio. Em síntese, não pode o legislador dizer que tudo é improbidade” (Figueiredo, 2000, P. 103-104).

⁸⁷ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 419.

11 (subsidiária), contida no art. 9º (principal), por esta. E, da mesma forma, se da afronta a princípio constitucional decorrer lesão ao Erário, configura-se somente ato ímprobo de lesividade ao patrimônio público que, em face do princípio da subsidiariedade, absorve aquela (*Lex primaria derogat legi subsidiariae*).

Logo, a figura da improbidade administrativa por transgressão a princípio constitucional que rege a Administração Pública está contida nas normas principais que definem tipos mais graves de improbidade (arts. 9º e 10). E, por isso, sua aplicação subordina-se à não-aplicação daquelas.

Em síntese, pode dizer-se que a norma do art. 11 constitui *soldado de reserva* (expressão do saudoso jurista Nelson Hungria), configurando-se pelo resíduo na hipótese da conduta ilegal do agente público não se enquadrar nas duas outras categorias de improbidade.⁸⁸

Outrossim, o legislador ordinário também não ventilou, originalmente, a possibilidade de responsabilização pela tentativa de improbidade administrativa, nos moldes do que se verifica na sistemática do Direito Penal. Todavia, dado o caráter amplo e residual do art. 11 da LIA, acabou o dispositivo assumindo essa posição, ainda que não projetado para tal desiderato.

No ponto, esclarece a doutrina de Emerson Garcia:

Diferentemente da esfera penal, a Lei n. 8.429/1992 não possui uma norma de adequação típica semelhante ao art. 14 do Código Penal, o que inviabiliza a ampliação da tipologia prevista nos arts. 9º, 10 e 11 daquele diploma legal às hipóteses em que seja identificada a incompleta concreção do tipo objetivo, vale dizer, às situações em que resulte clara a vontade do agente mas não seja constatada a efetiva violação do bem jurídico tutelado.

Apesar disso, ainda que não seja divisado o enriquecimento ilícito ou o dano ao patrimônio público, por não ter o agente avançado na utilização dos mecanismos que idealizara, inexistirá óbice à apuração de sua responsabilidade em sendo demonstrado que efetivamente infringira os princípios regentes da atividade estatal antes que fatores externos o impedissem de prosseguir.⁸⁹

Somando-se a isso, assentou o Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, para a configuração do ato de improbidade administrativa disciplinado pelo art. 11 da LIA, não seria necessária a demonstração de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito – como seria de se esperar, dados os contornos dessa forma de improbidade –, mas somente de dolo, o qual, todavia, não necessitava ser específico, bastando o dolo genérico para a constituição do ato ímprobo⁹⁰.

Deste modo, para que um ato fosse considerado ímprobo à luz do art. 11 da LIA, bastava que se demonstrasse a voluntariedade do agente público na conduta – *v.g.*, de assinar

⁸⁸ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 101.

⁸⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 451.

⁹⁰ Este entendimento foi destacado na 40ª edição da publicação “Jurisprudência em Teses”, produzida pelo Superior Tribunal de Justiça, indicando-se uma série de acórdãos nos quais prevaleceu esta corrente. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/jt.jsp>. Acesso em 03 jun 2023.

um contrato administrativo –, ainda que esta voluntariedade decorresse da prática de atos usuais do serviço público e não ostentasse finalidade de obtenção de resultado ilícito⁹¹.

Como resultado da combinação entre (i) o rol exemplificativo do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa; (ii) a inexigibilidade de lesividade relevante da conduta; (iii) o caráter subsidiário do tipo; (iv) a utilização do art. 11 como sucedâneo da inexistência de modalidade tentada de improbidade administrativa; e (v) a suficiência do dolo genérico como elemento subjetivo do ato ímprobo; o que se verificou, na prática, foi uma enorme quantidade de ações de improbidade administrativa assentadas no dispositivo e a aplicação indiferenciada do tipo a quaisquer condutas tidas como ilegalidades, sob o pretexto de combate à corrupção.

Esse desvirtuamento no ajuizamento de ações de improbidade administrativa podia ser observado, de maneira mais intensa, em momentos próximos a períodos eleitorais, quando utilizava-se dessas ações com objetivo de descredibilizar adversários políticos, em razão do valor negativo atribuído àqueles que são réus em ações de improbidade.

Sobre esse contexto, Rodrigo Mudrovitsch e Guilherme Pupe relatam que o caráter amplo do art. 11 resultou em desvirtuamentos e arbitrariedades praticados sob o subterfúgio de proteção da probidade administrativa:

Seja como for – pela abertura das palavras antes presentes na norma, por sua remissão a princípios despidos de densidade normativa ou por seu caráter não taxativo –, a norma originalmente incrustada no artigo 11 acabava perdendo seu estratégico papel de orientador de condutas sociais para se transmutar em ameaça arbitrária e constante; argumento-curinga; cheque em branco. Ela produzia ainda um verdadeiro paradoxo. Por sua vagueza e por sugerir rol não taxativo, acabava, a pretexto de salvaguardar a legalidade, indo contra o próprio princípio da legalidade (e da reserva legal). Essa inconstitucionalidade (por afronta aos artigos 5º, II e XXXIX, e 37, *caput*) foi bem aventada por Flávio Unes e Raphael Maia, que, ao censurar a possibilidade de pretensão sancionadora com base em princípios e condutas não expressamente tipificadas e previstas em lei, invocaram, em caráter ilustrativo, julgado do Supremo

⁹¹ Nesse sentido: “2. Conforme pacífico entendimento do STJ, “não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10” (AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, dje 28/09/2011). De outro lado, o elemento subjetivo necessário à configuração de improbidade administrativa previsto pelo art. 11 da Lei 8.429/1992 é o dolo eventual ou genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de intenção específica, pois a atuação deliberada em desrespeito às normas legais, cujo desconhecimento é inescusável, evidencia a presença do dolo. Nesse sentido, dentre outros: AgRg no AREsp 8.937/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 02/02/2012. 3. O acórdão recorrido, sobre a caracterização do ato ímprobo, está em sintonia com o entendimento jurisprudencial do STJ, porquanto não se exige o dolo específico na prática do ato administrativo para caracterizá-lo como ímprobo. Ademais, não há como afastar o elemento subjetivo daquele que emite laudo médico de sua competência para si mesmo.” (AgRg no AREsp 73.968/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 29/10/2012).

Tribunal Federal (ADPF 46, DJe 26-2-2010) em que se reputou inconstitucional norma punitiva de excessiva amplitude.⁹²

Em 2020, o Grupo de Improbidade Administrativa do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP – realizou pesquisa sob a coordenação do professor Rafael Carneiro, oportunidade na qual foram analisados 721 acórdãos do Superior Tribunal de Justiça relativos ao tema da improbidade administrativa, julgados entre 2005 e 2018. Os dados encontrados pelos pesquisadores revelaram que “menos de 10% das ações de improbidade contra prefeitos que chegam ao STJ têm relação com enriquecimento ilícito. 50% dos casos envolvem ofensa aos princípios da Administração Pública”⁹³.

Os resultados da pesquisa parecem apontar para uma mudança de rumos da tutela da probidade administrativa em relação ao que se verificava antes da Lei de Improbidade Administrativa. Ou seja, o escopo principal do esforço no combate à improbidade administrativa empreendido pela sistemática da Lei nº 8.429/92 pode ter deixado de ser a corrupção administrativa propriamente dita, voltando-se em direção aos atos ofensivos aos princípios da Administração Pública.

Sobre a pesquisa, comenta Gabriela Coelho:

Segundo a pesquisa, atualmente faltam proporcionalidade e critérios objetivos às sanções. Assim, atos de baixa gravidade recebem as mesmas penalidades de condutas altamente reprováveis.

"Com esse abuso indiscriminado e certa banalização das ações de improbidade há uma preocupação das sanções proporcionais. A lei de improbidade traz seis sanções, desde as mais leves a mais graves", diz o professor coordenador da pesquisa, advogado Rafael Araripe Carneiro.⁹⁴

Ademais, a pesquisa indicou que a Lei de Improbidade Administrativa – na redação vigente àquela época – facilitava “que atos administrativos ilegais, praticados sem gravidade ou má-fé, sejam considerados ímprobos e sofram as severas sanções previstas na lei”⁹⁵.

Sendo este o quadro verificado durante o período de vigência da redação original do art. 11 da Lei, entre 03 de junho de 1992 e 26 de outubro de 2021, exigia-se, para a configuração do ato de improbidade administrativa por ofensa aos princípios da Administração Pública: (i) ação ou omissão de agente público – ou equiparado – violadora de princípio regente da Administração Pública, independentemente de demonstração da lesividade da conduta; (ii) a

⁹² MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe. **Lei de improbidade administrativa comentada: de acordo com a reforma pela lei n. 14.230/2021**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 161-162.

⁹³ COELHO, Gabriela. **Pesquisa mostra que sanções por improbidade são muito amplas e geram insegurança**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-20/pesquisa-mostra-sancoes-improbidade-sao-amplas#author>. Acesso em: 02 jun 2023.

⁹⁴ COELHO, *ibid.*

⁹⁵ COELHO, *ibid.*

verificação de dolo, bastando, para tanto, a demonstração de voluntariedade do agente, não se exigindo a intenção específica de obtenção de resultado ilícito; e (iii) que da conduta não resultasse enriquecimento ilícito ou dano ao erário, por se tratar de tipo subsidiário.

2.2. Alterações do artigo 11 promovidas pelas Leis nº 13.019/14, 13.146/15 e 13.650/18

Além das sete hipóteses elencadas na redação original do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, foram incluídas, posteriormente, ao rol, ainda exemplificativo, três outras, com o objetivo de especificar algumas condutas como atos de improbidade. Com isso, o rol do art. 11 passou a contar com dez hipóteses exemplificativas dos atos de improbidade administrativa por ofensa aos princípios da Administração Pública:

VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas. (Vide Medida Provisória nº 2.088-35, de 2000) (Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

X - transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. (Incluído pela Lei nº 13.650, de 2018)

O inciso VIII, com redação dada pela Lei nº 13.019/14, diz respeito ao descumprimento do dever de observância das normas relativas às parcerias firmadas entre a Administração Pública e entidades privadas. Embora a norma contida no inciso se assemelhe àquela observada no art. 10, XIX, da LIA⁹⁶, o ponto central para a distinção entre as duas hipóteses é a presença de dano ao erário. Caso se verifique o dano, configura-se o tipo do art. 10, XIX; não se divisando prejuízo patrimonial à Administração, tem-se a configuração da hipótese do art. 11, VIII.

As hipóteses trazidas pelos incisos IX e X, incluídos pelas Leis nº 13.146/15 e 13.650/18, respectivamente, faziam referência ao descumprimento da “exigência de requisitos

⁹⁶ O referido dispositivo foi incluído pela Lei nº 13.019/14 e sofreu duas alterações posteriores, pela Lei nº 13.146/15 e pela reforma da LIA efetivada pela Lei nº 14.230/21:

~~“XIX - frustrar a licitude de processo seletivo para celebração de parcerias da administração pública com entidades privadas ou dispensá-lo indevidamente; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)~~

~~XIX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014, com a redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)~~

XIX - agir para a configuração de ilícito na celebração, na fiscalização e na análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)” (Brasil, 1992).

de acessibilidade previstos na legislação” e à transferência de recursos “a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congêneres”. Ambos os incisos foram revogados posteriormente pela Lei nº 14.230/21, em virtude de se tratarem de hipóteses de ilegalidades, essencialmente, e não de improbidade, conforme explica Marçal Justen Filho⁹⁷.

2.3. A reforma da Lei de Improbidade Administrativa proporcionada pela Lei nº 14.230/21: questões relacionadas aos atos de improbidade por ofensa aos princípios da Administração Pública

Durante quase três décadas de vigência, a Lei de Improbidade Administrativa foi ajustada e aperfeiçoada por uma série de alterações promovidas por outros diplomas – medidas provisórias e leis ordinárias e complementares – e contou, em muito, na calibração de sua aplicação, com a jurisprudência produzida como resultado da interpretação dessas normas, sobretudo pelo Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, esses esforços não foram suficientes para impedir a prática de abusos e desvirtuamentos na aplicação Lei de Improbidade Administrativa contra agentes públicos. Isso porque, em razão da significação deletéria de se ter atribuída a si a pecha de ímprobo, as ações de improbidade administrativas foram – e ainda são – extensivamente utilizadas por ocupantes de cargos políticos no intento de descredibilizar adversários em corridas eleitorais.

Sobre a necessidade de cautela no manejo das ações de improbidade administrativa, comenta Gilmar Mendes que o mero ajuizamento de ação por improbidade administrativa já é suficiente para ensejar danos à imagem do réu:

Muito embora situações dessa espécie não resultem não imposição de pena privativa de liberdade, é imperiosa a cautela tanto do autor da ação – normalmente o Ministério Público – como do julgador. É sabida a gravidade das sanções aplicáveis a agentes condenados por atos de improbidade administrativa, como a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos. Além disso, a mera abertura do processo muitas já gera grande prejuízo aos réus diante não apenas da severidade das possíveis punições, mas também do forte caráter simbólico e negativo que envolve os atos de improbidade, os quais não se cingem a um mero ilícito, mas, na realidade, representam uma ação de notável gravidade.⁹⁸

⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: lei 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; CARNEIRO, Rafael de A. Araripe (Coord.). **Nova Lei de Improbidade Administrativa: inspirações e desafios**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 41.

Fora isso, verificava-se a utilização indiscriminada de ações de improbidade administrativa em circunstâncias nas quais não havia propriamente atos ímprobos, mas, por exemplo, condutas ilícitas destituídas de má-fé ou desonestidade, que poderiam ser resolvidas administrativamente, ou danos causados ao erário que não decorriam de abuso ou desonestidade no exercício de função pública, que poderiam ensejar simples ações de reparação.

Gilmar Mendes e Rafael Araripe Carneiro⁹⁹ apontam dois aspectos como fundamentais para a compreensão do panorama do combate à improbidade administrativa no regime da Lei 8.429/92 anterior à reforma levada a efeito pela Lei nº 14.230/21: (i) a formulação da LIA se deu em resposta a anseios sociais de punição à corrupção, o que propiciou (ii) o alargamento do potencial punitivo atribuído à improbidade administrativa, mediante a expansão do núcleo conceitual da improbidade – explicado anteriormente.

No ponto, ao comentar sobre o contexto que motivou a reforma de Lei de Improbidade Administrativa, Jorge Hage explica que o modo como as ações de improbidade vinham sendo conduzidas tornou-se insustentável:

O fato é que não era admissível continuar convivendo com um marco normativo que possibilitava, com incrível facilidade e frequência, a persecução desarrazoada de pessoas inocentes; e o fazia com uma espécie de ação cuja simples propositura já é capaz de macular, de forma irremediável, a imagem e a reputação do acusado. Nem era razoável continuar o país a pagar, para combater a corrupção e a improbidade, o preço de afastar das funções públicas, uma parcela cada vez maior dos gestores de melhor qualidade, íntegros e probos. O que ocorria, em grande parte, devido à incapacidade do marco normativo vigente de exigir dos seus operadores e aplicadores a distinção rigorosa e clara entre inocentes e culpados. Mesmo porque, mais fácil e cômodo é, sem sombra de dúvida, acusar e condenar agentes políticos, indistintamente, fossem suas condutas dolosas, culposas ou atípicas, bastando, muitas vezes, encontrarem-se eles no exercício de um cargo ou função a partir do qual pudessem, em tese, ter conhecimento ou controle sobre determinadas condutas de outras pessoas.¹⁰⁰

Para Mendes e Carneiro¹⁰¹, aquele marco normativo inaugurado em 1992 (i) possibilitava a cominação de sanções inadequadas às lesões contra as quais buscava-se proteger a Administração; (ii) não garantia a segurança jurídica necessária para que o agente público tomasse decisões no exercício da função; e (iii) maximizava o ajuizamento de ações de improbidade administrativa¹⁰².

⁹⁹ MENDES; CARNEIRO, *ibid.*

¹⁰⁰ HAGE, Jorge. **Aos 30 anos da Lei de Improbidade, os avanços do Brasil no combate à corrupção**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; CARNEIRO, Rafael de A. Araripe (Coord.). Nova Lei de Improbidade Administrativa: inspirações e desafios. São Paulo: Almedina, 2022, p. 36.

¹⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Supremo Tribunal Federal e Improbidade Administrativa: perspectivas sobre a reforma da lei 8.429/1992**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; CARNEIRO, Rafael de A. Araripe (Coord.). Nova Lei de Improbidade Administrativa: inspirações e desafios. São Paulo: Almedina, 2022.

¹⁰² No ponto: “Nesse urdir, o que surpreendia era a inexistência de uma adequada articulação legal entre as sanções cominadas e a concreta repercussão lesiva que a proibição legislativa tentou evitar. Esse arranjo normativo gerava

Além disso, o sistema de combate à improbidade administrativa regido pela Lei nº 8.429/92 necessitava de modernização para que suas disposições fossem compatibilizadas com a legislação que entrou em vigor desde sua publicação, especialmente no que se refere à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), amplamente complementada desde 1992, ao Código de Processo Civil de 2015 e à Lei nº 12.846/13, conhecida como Lei Anticorrupção, conforme aponta Mauro Campbell Marques¹⁰³.

A legislação também carecia de adequações quanto às convenções internacionais assumidas pelo Brasil em matéria de combate à corrupção desde a publicação do texto original da LIA, notadamente: (i) a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da OCDE, promulgada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Presidencial nº 3.678/00; (ii) a Convenção Interamericana contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410/02; (iii) a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.015/04; e (iv) a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, chamada de Convenção de Mérida, promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.687/06¹⁰⁴.

Nesse cenário, diante da necessidade de atualização da Lei nº 8.429/92, foi criada pela Câmara dos Deputados uma comissão de juristas, sob coordenação do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Mauro Campbell Marques, com a finalidade de elaborar o anteprojeto do que se tornaria a reforma da Lei de Improbidade Administrativa.

um conjunto de óbices que debilitavam a segurança jurídica necessária para a operabilidade e a consecução dos objetivos da Lei nº 8.429/92: situação que, de um lado, maximizava o ajuizamento de pretensões punitivas disformes, e, de outro, afetava não só o Poder Judiciário, na apreciação (*ex post*) dessas demandas, mas – principalmente – o agente público, no processo de tomadas de decisão que concretizavam (*ex ante*) o sentido e o alcance dos seus atos funcionais. A tentativa de correção de rumos apresenta-se com a Lei nº 14.230/2021. A nova legislação visa preservar o poder de decisão do gestor público e focar a repressão nos casos graves que realmente justificam o poder punitivo estatal (Carneiro; Mendes, 2022, p. 12).

¹⁰³ MARQUES, Mauro Campbell. **Breves considerações sobre o anteprojeto de reforma da Lei de Improbidade Administrativa: a proposta da comissão de juristas nomeada pela Câmara dos Deputados**. In: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Doutrina: edição comemorativa, 30 anos do STJ. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019.

¹⁰⁴ Há corrente doutrinária que sustenta que a promulgação destes tratados pelo Brasil fez surgir um “direito fundamental anticorrupção” e que, por este motivo, não se aceitaria qualquer “afrouxamento” ou flexibilização das normas de combate à corrupção, mas somente seu fortalecimento. Nesse sentido, Igor Pereira Pinheiro: “Não bastasse isso, no tocante à proibição de retrocessos legislativos na área anticorrupção, convém destacar há previsão expressa nesse sentido: o artigo 65, nº 2, da Convenção de Mérida (da ONU de combate à corrupção), que foi incorporada ao Direito Brasileiro pelo Decreto nº 5687, de 31/01/2006, *in verbis*: ‘1. Cada Estado Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, as medidas que sejam necessárias, incluídas medidas legislativas e administrativas, para garantir o cumprimento de suas obrigações de acordo com a presente Convenção; 2. Cada Estado Parte poderá adotar medidas mais estritas ou severas que as previstas na presente Convenção a fim de prevenir e combater a corrupção’. Assim, só de admite que haja o reforço legislativo para combater a corrupção, mas nunca um afrouxamento voltado a excluir ou flexibilizar as normas anticorrupção que sejam decorrentes diretamente de imposições constitucionais ou convencionais.” (Pinheiro, 2022, p. 32-33).

Além do alinhamento do texto da Lei de Improbidade Administrativa às novidades do ordenamento jurídico brasileiro e às obrigações internacionais assumidas pelo Brasil no combate à corrupção, os trabalhos da comissão, expõe Mauro Campbell¹⁰⁵, tiveram por objetivo agregar à LIA a jurisprudência construída pelo Superior Tribunal de Justiça ao longo das quase três décadas de vigência da lei.

O anteprojeto produzido pela comissão de juristas se tornou o Projeto de Lei nº 10.887/18 na Câmara dos Deputados – PL nº 2.505/21 no Senado Federal –, que, após sofrer algumas mudanças em ambas as Casas Legislativas, gerou a Lei nº 14.230/21, que efetivou revisão integral da Lei de Improbidade Administrativa.

2.3.1. O elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa na disciplina da Lei nº 14.230/21

Dentre as alterações realizadas pela reforma da Lei de Improbidade Administrativa, assume posição de destaque a reformulação integral do art. 1º, que passou a iluminar a leitura de todo o sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa. Com a nova redação, o dispositivo se tornou um verdadeiro guia para a identificação dos atos de improbidade e para a aplicação da lei, como um todo.

Conforme pormenorizado no capítulo anterior, a redação dada ao art. 1º da LIA pela Lei nº 14.230/21 forneceu diversos elementos que permitem uma melhor delimitação do que se pode considerar improbidade administrativa. Além disso, o dispositivo apresenta novidades quanto ao elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa.

Anteriormente, exigia-se a verificação de dolo para a constituição dos tipos de improbidade previstos nos arts. 9º e 11, admitindo-se dolo ou culpa para as hipóteses do art. 10. Contudo, como já posto, considerava-se dolo o simples comportamento consciente. Tratava-se, portanto, de dolo genérico, que poderia ser materializado na habitual prática de atos inerentes ao exercício da função pública; que não se confunde, em absoluto, com o dolo específico, que pressupõe, para sua verificação, a demonstração da voluntariedade da conduta com o fim de obtenção do resultado proibido pela norma. Nesse entendimento, era firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

¹⁰⁵ MARQUES, Mauro Campbell. **Breves considerações sobre o anteprojeto de reforma da Lei de Improbidade Administrativa: a proposta da comissão de juristas nomeada pela Câmara dos Deputados.** In: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Doutrina: edição comemorativa, 30 anos do STJ. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019.

Ao reformular a LIA, logo no §1º do art. 1º, o legislador deixou clara sua opção pela extinção da modalidade culposa anteriormente admitida para os casos de atos que causam prejuízo ao erário:

§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Além disso, em adição à exigência de verificação de conduta dolosa, a Lei nº 14.230/21 dedicou os §§ 2º e 3º do art. 1º para dar maior detalhamento ao referido dolo, de modo a estabelecer os seus contornos:

§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Extrai-se do §2º que, diferentemente do entendimento que havia sido assentado pelo STJ nos anos anteriores, a partir da nova redação, não mais basta para a configuração do ato de improbidade administrativa – em qualquer dos tipos – a demonstração apenas do dolo genérico do agente público. Deve-se comprovar que a conduta foi praticada com o especial fim de atingir benefício proibido.

No ponto, leciona Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz:

Há de se ter em mente que o dolo, especialmente para fins de caracterização de ato de improbidade, poderá e deverá ser tratado como não apenas a vontade livre e consciente, mas a vontade livre e consciente de praticar os atos de tal maneira, que vão além do ato praticado sem cuidado, sem cautela, e sim com a ausência de cuidado deliberadas de lesarem o erário.

Então o dolo específico, especialmente para fins de caracterização de ato de improbidade, é o ato eivado de má-fé. O erro grosseiro, a falta de zelo com a coisa pública, a negligência, podem até ser punidos em outra esfera, de modo que não ficarão necessariamente impunes, mas não mais caracterizarão atos de improbidade. Será considerado, portanto, dolo específico não aquela ausência de diligência em se praticar o ato, mas de não atuar com a diligência necessária e assim possibilitar o ato. O dolo não é de atingir, mas equivalente a atingir de modo a ser considerado desdém ao exercício da função.¹⁰⁶

Ao dispor dessa maneira, parece-nos que a LIA se alinhou com a própria concepção doutrinária do ato ímprobo: se a improbidade administrativa é a ilegalidade qualificada pela desonestidade funcional, pela má-fé, nada mais adequado do que marcar com o signo da

¹⁰⁶ In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* **Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/1992, com as alterações da Lei 14.230/21.** 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 46.

improbidade administrativa apenas as condutas praticadas especificamente com o intuito de obtenção de resultado ilícito – as condutas evadidas de desonestidade funcional –, sem impedimento de que as demais ilegalidades sejam objeto de apuração por instrumentos jurídicos diversos. Se não há dolo específico, não há improbidade administrativa.

Não há, todavia, consenso quanto ao acerto da alteração da Lei de Improbidade Administrativa quanto ao elemento subjetivo. Nesse sentido, aponta Juliana Magalhães Fernandes Oliveira:

Lembre-se também do que se afirmou acima, que à teoria do dolo pouco importa se o agente sabia que o resultado que ele produziu estava ou não tipificado em lei. Esse campo do conhecimento ou não da lei pertence à culpabilidade, e não à tipicidade. Se o agente não sabia que o resultado produzido era ou não crime, um ato tipificado em lei, passa-se a perquirir se ele tinha ou não condições de saber dessa tipificação. Se sim, se ele tinha condições de saber da ilicitude, responde pelo crime, podendo ter, se o juiz assim entender justo, a pena um pouco diminuída (o tal do erro de proibição vencível).

Ora, ao exigir, para a punição, que haja vontade livre e consciente de praticar o resultado ilícito tipificado na Lei de Improbidade e, mais, não bastando a voluntariedade do agente em praticar o ilícito, mas, novamente, sua intenção deliberada de cometer uma das ações que saiba estar previstas num dos incisos dos arts. 9º, 10 e 11, aparentemente, o legislador confundiu os conceitos de dolo, atos voluntários e consciência sobre a ilicitude do fato.

Não se olvida aqui que referidos conceitos já foram utilizados erroneamente pela jurisprudência pátria, especialmente pelo STJ, órgão vocacionado para interpretar e uniformizar a legislação infraconstitucional no País. Embora, há mais de uma década, o Tribunal tenha firmado entendimento de que é imprescindível a existência de dolo para a caracterização das condutas ímprobadas previstas nos arts. 9º e 11 da LIA, afastando a responsabilização objetiva de atos de improbidade administrativa, a Corte não conseguiu sedimentar um conceito de dolo apto a orientar efetivamente a atuação dos agentes públicos.¹⁰⁷

Embora respeitáveis as posições em sentido contrário, não se mostra adequada a equiparação do regime dado ao elemento subjetivo da improbidade administrativa pela Lei nº 14.230/21 ao que se convencionou no Direito Penal, sem que se leve em consideração as peculiaridades de cada sistemática. No caso do ato de improbidade administrativa, a má-fé – ou a desonestidade funcional –, o desvalor da conduta em relação à proibição, é elemento inerente do próprio instituto.

O que se busca, por intermédio da Lei de Improbidade Administrativa, não é prevenir e punir apenas o enriquecimento ilícito, os resultados economicamente danosos ao erário e a violação a princípios administrativos, em si, mas também o abuso do exercício de função

¹⁰⁷ OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. **O elemento subjetivo do dolo na “nova” LIA.** In: CAVALCANTE FILHO, João Trindade *et al.* Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa (lei nº 14.230/2021). Brasília: Unyleya, 2021, p. 25.

pública em benefício de interesses estranhos à Administração Pública. Nas palavras de José Afonso da Silva, “o ímprobo administrativo é o devasso da Administração Pública”¹⁰⁸.

Por este motivo, existem outros instrumentos jurídicos aptos a lidar com as condutas, que, embora ilegais, não ostentam a cifra da improbidade administrativa. Reforçando essa visão, dispõe o art. 17-C, §1º, da LIA, também incluído pela reforma: “a ilegalidade sem a presença de dolo que a qualifique não configura ato de improbidade”.

Já o §3º busca salvaguardar a discricionariedade dos agentes públicos nas tomadas de decisão, ao afastar a possibilidade de serem considerados dolosos seus atos sem a devida demonstração de propósito ilícito, reforçando que somente o dolo específico tem aptidão para a configuração do ato ímprobo.

Nesse mesmo sentido, também no intento de conferir maior segurança jurídica ao agente público, o §8º descarta a possibilidade de que atos decorrentes de divergência na interpretação da lei sejam considerados ímprobos, ainda que a posição adotada não prevaleça posteriormente¹⁰⁹.

A reforma da LIA, neste ponto, teve por objetivo corrigir um dos principais desvirtuamentos verificados nos anos anteriores: a indevida equiparação dada pela lei no tratamento de ilegalidade e improbidade, ao se admitir o dolo genérico.

Ao se estabelecer a necessidade de maior aprofundamento da investigação sobre o elemento subjetivo da conduta investigada, evita-se condenações – desproporcionais – de meras ilegalidades como improbidade administrativa sob o pretexto de tutela da probidade, sem significar, todavia, afrouxamento do combate à improbidade, mas tão somente o ajuste dos instrumentos jurídicos a serem utilizados no sancionamento de cada ilícito, conforme os ditames do princípio da proporcionalidade.

2.3.2. Nova redação do *caput* do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa

No que tange propriamente aos atos de improbidade administrativa por ofensa aos princípios da Administração Pública, as mais relevantes alterações da LIA foram a exigência

¹⁰⁸ ALVARENGA, Aristides Junqueira. **Reflexões sobre Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro**. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. *Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 88.

¹⁰⁹ “§ 8º Não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) (Vide ADI 7236)” (Brasil, 1992).

de dolo específico para a configuração do ato ímprobo – detalhada acima – e a nova redação dada ao *caput* do art. 11, que deixou de apresentar o rol elencado pelos incisos seguintes como exemplificativo, tornando-o taxativo.

Conforme se constata pela análise da redação original do art. 11, especialmente em função do trecho “e notadamente”, as hipóteses de improbidade apresentadas nos incisos possuíam caráter meramente exemplificativo:

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:

Deste modo, não apenas aquelas condutas descritas nos incisos poderiam ser consideradas atos de improbidade administrativa, mas qualquer outra que se considerasse equivalente. Ocorre que, dentre os deveres impostos aos agentes públicos que são elencados no *caput* do art. 11, encontra-se o dever de legalidade, de modo que, sendo possível, à época, a aplicação isolada do *caput* do art. 11 a qualquer ato ilegal, o ajuizamento de ações de improbidade com este fundamento se tornou carta-coringa para o cometimento de abusos.

Diante desse contexto, no propósito de reduzir a – descomedida – amplitude das condutas possivelmente abarcadas como atos ímprobos por ofensa a princípios, a Lei nº 14.230/21 mudou a redação do *caput* do art. 11, acrescentando o fragmento “caracterizada por uma das seguintes condutas”, para tornar o rol taxativo:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

Gilmar Mendes¹¹⁰ explica que as alterações realizadas no art. 11 reduziram significativamente o âmbito de incidência do dispositivo, em virtude da melhor delimitação das condutas proibidas, seja pela nova redação do *caput*, que tornou taxativo o rol de hipóteses, seja em razão da nova redação dada a alguns incisos para melhor descrição das condutas, no que chama de “fechamento do tipo”.

Durante a tramitação do Projeto de Lei nº 10.887/18 na Câmara dos Deputados, chegou-se a apresentar substitutivo que extinguia todo o art. 11 da LIA. Mas, consoante relatam

¹¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Supremo Tribunal Federal e Improbidade Administrativa: perspectivas sobre a reforma da lei 8.429/1992**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; CARNEIRO, Rafael de A. Araripe (Coord.). Nova Lei de Improbidade Administrativa: inspirações e desafios. São Paulo: Almedina, 2022.

Mudrovitsch e Nóbrega¹¹¹, um texto substitutivo apresentado posteriormente reestabeleceu o art. 11, acrescentando-lhe a taxatividade do rol de condutas¹¹².

Deste modo, o tipo de improbidade administrativa referente aos atos que atentam contra os princípios da Administração Pública deixou de ser um “cheque em branco”, aplicável livremente contra quaisquer ilegalidades, passando a coibir somente aquelas condutas enumeradas nos incisos.

2.3.3. Indicação das normas violadas e demonstração de lesividade da conduta

Mostra-se relevante, também, no que se refere ao empenho do legislador de evitar a aplicação desvirtuada do dispositivo, a inclusão dos parágrafos 3º e 4º, que tratam, respectivamente, da exigência de indicação específica das normas violadas e da demonstração de lesividade da conduta ao bem jurídico para a configuração do ato de improbidade administrativa:

§ 3º O enquadramento de conduta funcional na categoria de que trata este artigo pressupõe a demonstração objetiva da prática de ilegalidade no exercício da função pública, com a indicação das normas constitucionais, legais ou infralegais violadas. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 4º Os atos de improbidade de que trata este artigo exigem lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento e independem do reconhecimento da produção de danos ao erário e de enriquecimento ilícito dos agentes públicos. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Verifica-se que o legislador, ao incluir as disposições do §3º, optou por restringir a aplicação do art. 11 àquelas condutas que efetivamente possuem alguma significância e podem lesar o bem jurídico tutelado, que, nos casos do art. 11, é a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções.

¹¹¹ MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe. **Lei de improbidade administrativa comentada: de acordo com a reforma pela lei n. 14.230/2021**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

¹¹² No ponto, Mudrovitsch e Nóbrega: “Sem embargo, num segundo Substitutivo posteriormente apresentado, e que tornaria texto base da versão final aprovada pela Câmara dos Deputados, o artigo foi restaurado com justificativas autoexplicativas constantes do parecer lavrado pelo relator: ‘a principal alteração em relação ao primeiro relatório que deve ser ressaltada diz respeito aos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública (Art. 11). Após um longo debate com a comunidade especializada, chegou-se ao entendimento que a exclusão por completo deste tipo de improbidade não seria a melhor opção legislativa, haja vista a necessidade de se imporem sanções mais severas aos agentes públicos que pratiquem atos que causem inequívoca ofensa aos princípios administrativos. A solução pretende, ao mesmo tempo, prestigiar a proteção aos predicados constitucionais e garantir a necessária segurança jurídica ao gestor público’. Foi essa alternativa que acabou prevalecendo também no Senado Federal, culminando na Lei n. 14.230/2021, suprimindo-se o rol exemplificativo (‘notadamente’), e enunciando-se relação de tipos mais fechados como ilustrativos concretos de violação a princípios (Mudrovitsch; Nóbrega, 2022, p. 163).

Em seguida, o §4º atribui ao Ministério Público – com a reforma da LIA, legitimado exclusivo para a proposição de ações de improbidade – maior dever de fundamentação da petição inicial da ação de improbidade administrativa, eis que não mais se admite a indicação genérica do princípio que se entenda violado.

Por meio dessa nova disposição, busca-se evitar o manejo irresponsável dessas ações contra agentes públicos, tendo em vista que, conforme já exposto, o simples ajuizamento de ação de improbidade, ainda que desprovido de lastro fático e jurídico, possui potencialidade de causar prejuízos irreparáveis à imagem e à reputação do réu.

Deste modo, pode-se dizer que, juntamente com a exigência de dolo específico para a constituição do ato de improbidade administrativa, passou-se a punir apenas a improbidade administrativa material, assim entendida a conduta deliberada, com objetivo de obtenção de resultado proibido e que possui efetivo potencial de lesar o bem jurídico protegido pelo sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa.

2.3.4. As penas aplicáveis às hipóteses do artigo 11 na disciplina da Lei nº 14.230/21

Também foram alteradas as disposições do art. 12 quanto às sanções aplicáveis aos agentes ímprobos pela prática dos atos descritos no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa:

Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021) [...]

III - na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

Com a nova redação, o limite máximo da multa civil pelo cometimento dos atos do art. 11 passou a ser de 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração do agente público, reduzindo-se substancialmente o limite anterior de 100 (cem) vezes a remuneração do agente.

O §2º do art. 12, por sua vez, estabeleceu a possibilidade de aumento da multa, até o dobro do valor previsto no inciso III, para os casos nos quais a aplicação da multa no valor limite não se mostrar eficaz, considerada a situação econômica do réu:

§ 2º A multa pode ser aumentada até o dobro, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, o valor calculado na forma dos incisos I, II e III do caput deste artigo é ineficaz para reprovação e prevenção do ato de improbidade. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

No tocante à proibição de contratar com o poder público, verificou-se aumento do limite anterior de 3 (três) anos para 4 (quatro) anos.

Gilmar Mendes explica que a reforma da LIA conferiu maior adequação das sanções previstas no art. 12 para os casos do art. 11 em relação ao princípio da proporcionalidade ao extinguir a possibilidade de condenação à perda da função pública e à suspensão dos direitos políticos:

Com efeito, as sanções relativas às condutas previstas no art. 11 foram adequadas ao postulado da proporcionalidade. Retirou-se do acervo de penalidades à disposição do magistrado a perda da função pública e a suspensão de direitos políticos, tendo em vista justamente a gravidade potencial desses atos de improbidade.¹¹³

De modo geral, a Lei nº 14.230/21 estabeleceu sanções mais brandas a serem aplicadas aos casos de responsabilização por atos de improbidade administrativa por ofensa aos princípios da Administração Pública, sendo o aumento do período máximo de proibição de contratação com o Poder Público o único aspecto mais severo do novo regime em relação ao anterior.

As referidas alterações apresentam-se alinhadas com as críticas doutrinárias feitas às sanções previstas originalmente para as condutas do art. 11. Ao restringir o escopo de incidência e reduzir a amplitude e a magnitude das sanções aplicáveis para os casos dos atos de improbidade atentatórios aos princípios da Administração Pública, o regime das punições se voltou para o exato sentido apontado pelas demais alterações no tratamento legal dado ao art. 11 da LIA: tratar como improbidade administrativa o que realmente é improbidade administrativa, dentro dos ditames da proporcionalidade.

2.3.5. Hipóteses alteradas do artigo 11

Em sintonia com a alteração promovida no *caput* do art. 11 da LIA, que tornou o rol taxativo, promoveu-se alterações na redação dos incisos III, IV, V e VI do mesmo artigo,

¹¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Supremo Tribunal Federal e Improbidade Administrativa: perspectivas sobre a reforma da lei 8.429/1992**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; CARNEIRO, Rafael de A. Araripe (Coord.). Nova Lei de Improbidade Administrativa: inspirações e desafios. São Paulo: Almedina, 2022, p. 53.

visando tornar mais específicas as hipóteses abarcadas como improbidade por ofensa aos princípios administrativos, no que Gilmar Mendes¹¹⁴ chama de “fechamento do tipo”.

O inciso III sofreu a seguinte alteração:

~~III—revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;~~

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo, propiciando beneficiamento por informação privilegiada ou colocando em risco a segurança da sociedade e do Estado; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

Conforme se extrai do novo texto, passou-se a exigir, para a caracterização da hipótese apresentada no inciso III, a verificação de que a conduta tenha dado causa a beneficiamento por informação privilegiada ou colocado em risco a sociedade ou o Estado. Deste modo, deixou de ser reprimido, a título de improbidade, a simples divulgação de informação que deveria ser mantida em segredo.

O inciso IV foi alterado nos seguintes termos:

~~IV—negar publicidade aos atos oficiais;~~

IV - negar publicidade aos atos oficiais, exceto em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado ou de outras hipóteses instituídas em lei (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

Por meio da nova redação, a regra de publicidade dos atos oficiais – decorrente do princípio da publicidade, gravado no *caput* do art. 37 da Constituição Federal e essencial ao controle do Estado –, passou a ser excepcionada nos casos em que os atos devem permanecer sigilosos por motivos de segurança da sociedade e do Estado. Trata-se de exceção que já poderia ser presumida na redação original do dispositivo, mas que foi tornada expressa com a reforma da LIA.

O inciso V passou a contar com a redação a seguir:

~~V—frustrar a licitude de concurso público;~~

V - frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

¹¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Supremo Tribunal Federal e Improbidade Administrativa: perspectivas sobre a reforma da lei 8.429/1992**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; CARNEIRO, Rafael de A. Araripe (Coord.). Nova Lei de Improbidade Administrativa: inspirações e desafios. São Paulo: Almedina, 2022.

A mudança do dispositivo reside na ampliação da hipótese, que versava sobre concurso público, para tratar, também, de procedimentos de chamamento e licitatórios, além da exigência de ofensa específica à imparcialidade¹¹⁵ que viole o caráter concorrencial do procedimento.

Desta feita, a hipótese deixou de abranger qualquer frustração à licitude em procedimentos de concorrência para atingir somente os casos nos quais restar comprovado que a ilicitude tem por objetivo favorecimento entre os concorrentes. A nova redação do dispositivo reforça a ideia trazida com a exigência de dolo específico na configuração do ato ímprobo.

Por fim, o inciso VI foi recebu nova redação para, assim como no caso do inciso V, exigir a demonstração da finalidade específica intentada pelo agente público:

~~VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;~~

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

Conforme se vê, a incidência da hipótese foi restringida para os casos em que a conduta for praticada com o objetivo específico de ocultar irregularidades. Além disso, acrescentou-se a exigência de que se comprove que o agente teria condições para prestar contas, de modo a evitar a desproporcional condenação por improbidade administrativa do agente que deixa de prestar contas por não dispor de condições para tal.

Nesse quadro, tem-se que as modificações feitas nos incisos III, IV, V e VI do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa seguiram a mesma lógica de restrição da abrangência dos atos ofensivos aos princípios da Administração que motivou a alteração do *caput* do dispositivo.

2.3.6. Hipóteses revogadas do artigo 11

Foram revogados pela Lei nº 14.230/21 os incisos I, II, IX e X do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

¹¹⁵ Sobre a imparcialidade no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, ensina Tarcisio Vieira de Carvalho Neto: “No art. 11 da mesma lei, inserido em seção intitulada ‘dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública’, esclareceu o legislador, em linguagem clara e direta, que ‘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 (...)’. A imparcialidade referida no dispositivo é aquela relativa à proibição de não tomar partido, de agir com subjetivismos prejudiciais ao interesse público primário. É englobada, pois, pelo conceito maior de impessoalidade.” (Carvalho Neto, 2015, p. 124).

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; [...]

IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

X - transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congêneres, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. (Incluído pela Lei nº 13.650, de 2018)

As duas primeiras hipóteses extintas com a revogação dos incisos I e II, constantes da redação original da LIA, diziam respeito, respectivamente, à prática de ato com desvio de finalidade e à omissão de ato de ofício. As demais – IX e X –, referentes ao descumprimento de requisitos legais de acessibilidade e à transferência indevida de recursos a entidades privadas por serviços de saúde sem a celebração de contrato, haviam sido incluídas pelas Leis nº 13.146/15 e 13.650/18. Com a revogação dos referidos incisos, as condutas neles elencadas tornaram-se atípicas para as finalidades da lei.

2.3.7. Hipóteses incluídas no artigo 11

Por ocasião da Lei nº 14.230/21, foram incluídos, ainda, dois novos incisos no rol do art. 11:

XI - nomear cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

XII - praticar, no âmbito da administração pública e com recursos do erário, ato de publicidade que contrarie o disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, de forma a promover inequívoco enaltecimento do agente público e personalização de atos, de programas, de obras, de serviços ou de campanhas dos órgãos públicos. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

O inciso XI veda o nepotismo, tanto na forma direta quanto na forma cruzada. Trata-se de positivação do conteúdo da Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal¹¹⁶. Buscou-se, com a inclusão deste inciso, tutelar o princípio da impessoalidade, constante do *caput* do art. 37 da Constituição Federal. Embora não conste do texto do inciso XI, para que

¹¹⁶ Súmula Vinculante nº 13/STF: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1227>. Acesso em 07 jun 2023.

seja concretizado o nepotismo, não basta a nomeação de uma das pessoas referidas no dispositivo, devendo-se demonstrar o dolo específico do agente público de auferir benefício a si mesmo ou a outrem.

Já o inciso XII traz consigo vedação à utilização de publicidade institucional como meio de promoção de agente público. Desde 1997, a promoção pessoal mediante utilização de publicidade institucional é proibida aos candidatos a cargos eletivos pelo art. 74 da Lei nº 9.504/97¹¹⁷ (Lei das Eleições), podendo ocasionar a cassação de mandato eletivo por abuso do poder de autoridade. Contudo, a Lei nº 9.504/97 não indica a conduta como improbidade administrativa, o que se efetivou com a criação do inciso XII do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

¹¹⁷ “Art. 74. Configura abuso de autoridade, para os fins do disposto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, a infringência do disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, ficando o responsável, se candidato, sujeito ao cancelamento do registro ou do diploma. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)” (Brasil, 1997).

3. O TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL Nº 1.199 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A IRRETROATIVIDADE DAS NORMAS DA LEI Nº 14.230/21

Com a entrada em vigor da Lei nº 14.230/21, em 26 de outubro de 2021, marco da materialização da reforma da Lei de Improbidade Administrativa, diversas foram as questões trazidas à baila pela doutrina, mediante publicações, e pelos operadores do direito, em sede judicial, no que se refere à aplicação das alterações promovidas pela reforma.

À vista disso, vários artigos foram publicados, nos quais foram abordados diversos temas, como, por exemplo, a legitimidade exclusiva do Ministério Público para a proposição de ações de improbidade administrativa, as novas disposições relativas ao elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa, além de dezenas de outros assuntos que sofreram alterações – algumas diametrais – pela Lei nº 14.230/21.

Também foram ajuizadas algumas ações de controle concentrado de constitucionalidade, a exemplo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 7.236/DF – por meio da qual discute-se a constitucionalidade de várias disposições da Lei de Improbidade Administrativas alteradas ou incluídas pela Lei nº 14.230/21 –, protocoladas petições e interpostos centenas de recursos relativos à aplicação da Lei nº 14.230/21 às ações em curso.

Dentre os numerosos recursos concernentes ao tema, assumiu posição de especial destaque o Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) nº 843.989/PR, afetado sob a sistemática da Repercussão Geral, no Supremo Tribunal Federal, para discutir sobre eventual retroatividade das normas da Lei nº 14.230/21 quanto ao novo regime do elemento subjetivo e aos novos prazos prescricionais.

Ao tratar sobre o tema da retroatividade, o entendimento adotado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal trouxe, para muito além de resposta positiva ou negativa, muitas – e importantes – conclusões acerca de diversos assuntos relacionados à discussão, como, por exemplo, considerações da Corte Suprema quanto à natureza das ações de improbidade administrativa e à principiologia aplicável no âmbito do direito administrativo sancionador, dentre outros.

Neste trabalho, serão analisados os fundamentos condutores da concepção adotada pelo STF, a fim de examinar se a *ratio decidendi* adotada pela maioria do Plenário, no julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 1.199/STF, é aplicável – e em qual medida – às ações de improbidade administrativa fundadas na redação original da LIA que versam sobre atos atentatórios aos princípios da Administração Pública.

Embora não se desconheça que a posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal ao assentar a irretroatividade das normas mais benéficas da Lei nº 14.230/21 seja objeto de críticas doutrinárias e vá de encontro a entendimentos firmados anteriormente pelo Superior Tribunal de Justiça, este trabalho não adentrará na avaliação da decisão, no sentido de apontar eventual desacerto da Corte, mantendo-se no exame do que foi decidido no Tema de Repercussão Geral nº 1.199/STF.

3.1. Objeto do Tema nº 1.199/STF

No julgamento em que se analisava a pertinência da tese discutida no ARE 843.989/PR à sistemática da Repercussão Geral, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, seguiu o voto Relator do processo, Ministro Alexandre de Moraes, que reconheceu a repercussão geral da questão constitucional, atribuindo o seguinte título ao tema:

Título do tema: Definição de eventual (IR)RETROATIVIDADE das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente.¹¹⁸

Do título do Tema nº 1.199/STF, pode-se extrair duas informações essenciais: (i) seria levada ao exame do Plenário discussão quanto à possibilidade de retroação – ou seja, de aplicação de norma a fatos ocorridos anteriormente à sua vigência – de dispositivos da Lei nº 14.230/21; e (ii) a análise da possibilidade de retroação recairia especialmente sobre os dispositivos referentes à exigência de dolo específico para a caracterização do ato ímprobo e aos novos prazos prescricionais estabelecidos pela Lei nº 14.230/21.

A delimitação da discussão apresentada no título dado ao Tema de Repercussão Geral nº 1.199/STF pode ser complementada pela análise das razões do voto pelo reconhecimento da repercussão geral da matéria proferido pelo Ministro Alexandre de Moraes. Conforme é possível colher do voto, ao fazer referência a “retroatividade” no título do Tema, fala-se do princípio da retroatividade da norma mais benéfica ao réu:

Cumprindo esclarecer que, no caso sob exame, os fatos e a ação de improbidade são muito anteriores à recentíssima Lei 14.230/2021, de 25 de outubro passado, que trouxe extensas alterações na Lei de Improbidade Administrativa, para dispor que a configuração da responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa **sempre**

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR**. Agravante: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 03 de março de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349939755&ext=.pdf>. Acesso em 23 jun. 2023.

exige a plena comprovação da responsabilidade subjetiva dolosa. Assim, os dispositivos da LIA passaram a exhibir a seguinte redação:

[...]

A Lei 14.230/2021 também passou a estabelecer o prazo de prescrição em 8 anos contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência (art. 23). Traz também marcos interruptivos da prescrição (artigo 23, §4º), bem como prevê, a prescrição intercorrente; assim verificada uma das causas interruptivas, "o prazo recomeça a correr do dia da interrupção", mas "pela metade do prazo previsto no caput deste artigo" (artigo 23, § 5º).

Como se vê, as novas disposições normativas são mais benéficas aos agentes públicos e aos que concorrem para o ato de improbidade.

A doutrina brasileira se divide quanto à retroatividade da lei mais benéfica no Direito administrativo sancionador.

Os que defendem a retroatividade invocam, em geral, a norma do art. 5º, XL, da Constituição Federal que dispõe: "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".¹¹⁹

Ao destacar que as normas discutidas nos autos são "mais benéficas aos agentes públicos e aos que concorrem para o ato de improbidade" e que não há consenso na doutrina brasileira acerca da "retroatividade da lei mais benéfica no Direito administrativo sancionador" e, em seguida, fazer referência ao art. 5º, XL¹²⁰, da Constituição Federal, o Relator do ARE 843.989/PR deixou claro se tratar de discussão quanto à aplicabilidade do princípio da retroatividade da norma penal mais benéfica – de natureza eminentemente penal – àqueles casos de improbidade administrativa cujo fundamento normativo foi alterado posteriormente por outro mais benéfico ao réu por ocasião da Lei nº 14.230/21. Ou seja, a análise do Plenário do Supremo Tribunal Federal giraria em torno de definir sobre a possibilidade – ou não – de aplicação da lógica contida na norma constitucional que estabelece a retroatividade da norma mais benéfica no direito penal às ações de improbidade administrativa.

Posteriormente, já no julgamento do mérito da Repercussão Geral, o Ministro Alexandre de Moraes fez importante observação sobre o recorte do Tema nº 1.199/STF, informando que a análise do Tribunal recairia tão somente sobre a extinção da modalidade culposa da improbidade administrativa e os novos prazos prescricionais, não estando abrangidas pela discussão do Plenário quaisquer outras normas da Lei de Improbidade Administrativa:

Presidente, faço questão de salientar, porque, da tribuna, em algumas sustentações se abriu um pouco a análise da Lei de Improbidade Administrativa, que aqui estamos

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR**. Agravante: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 03 de março de 2022, p. 24.

¹²⁰ "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;" (Brasil, 1988).

analisando e iremos analisar esses dois pontos. O caso concreto traz isso e sabemos que a repercussão geral é a objetivação de um caso subjetivo. Não podemos abrir o que está sendo discutido no caso específico.

Não estamos e não vamos discutir, Presidente, nesta questão, eventuais inconstitucionalidades de mudanças procedimentais, a questão da autonomia das instâncias que a nova modificação da Lei de Improbidade alterou, a questão do art. 11 que era exemplificativo e agora é taxativo. Esses assuntos serão discutidos em outras ações, já há outras ações, como há a questão da legitimidade concorrente. Aqui, ficaremos exatamente nessas duas questões.¹²¹

Mais adiante, já no voto propriamente dito, o Ministro Alexandre de Moraes dedicou um capítulo exclusivamente à “delimitação da repercussão geral”. Novamente, o Eminentíssimo Relator do ARE 843.989/PR reforça tratar-se de discussão contida exclusivamente sobre a revogação da modalidade culposa da improbidade administrativa e sobre os novos prazos prescricionais:

Dessa forma, o objeto da presente repercussão geral circunscreve-se a definir eventual (ir)retroatividade das novas alterações realizadas na LIA pela Lei 14.230/2021, no tocante à exigência da caracterização do elemento subjetivo do tipo – dolo – para configuração dos atos de improbidade administrativa praticados antes da alteração normativa; bem como, sobre a aplicação dos novos prazos prescricionais e a recém-criada prescrição intercorrente.

Não cabe, neste precedente de repercussão geral, analisar a compatibilidade de todas as inovações com a Constituição de 1988.

O ponto essencial é: aceitando-se a premissa de que tais normas são mais benéficas ao réu, se comparadas com as da Lei 8.429/1992, definir se as regras da Lei 14.230/2021 atinentes ao dolo e à prescrição incidem quanto a fatos e a ações a ela anteriores.

Os demais e importantes assuntos trazidos em memoriais e nas sustentações orais, tais como as alterações do artigo 11, mudanças procedimentais, autonomia de instâncias serão debatidos e decididos em ações próprias, várias delas já ajuizadas perante esse SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.¹²²

Portanto, pode-se dizer que o julgamento do Tema nº 1.199/STF teve por objeto analisar se a norma contida no art. 5º, XL, da Constituição Federal, que estabelece a retroatividade da norma mais benéfica ao réu na esfera penal, possui aplicabilidade no âmbito da improbidade administrativa, especificamente nos casos em que se discute ato ímprobo na modalidade culposa ou o novo regime prescricional, para que as novas normas incluídas pela Lei nº 14.230/21, mais favoráveis ao réu, sejam aplicadas.

Justamente daí surgem os questionamentos que motivam este trabalho. O Supremo Tribunal Federal entendeu que as normas referentes aos pontos discutidos no Tema nº 1.199/STF são irretroativas. Todavia, foram expressamente excluídas da apreciação do Plenário

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR**. Agravante: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 12 de dezembro de 2022, p. 33.

¹²² BRASIL, *ibid.*, p. 41.

situações jurídicas que guardam bastante semelhança – ou até mesmo são idênticas – à da extinção da modalidade culposa e à do novo regime prescricional. Por exemplo: foram revogados alguns incisos do art. 11 – I, II, IX e X –, que, por óbvio, fundamentam diversas ações que se encontram em tramitação. Parece-nos, conforme será esmiuçado adiante, que tanto as ações assentadas em conduta culposa, tornada atípica, quanto as ações que tratam de condutas descritas nos incisos revogados têm como pano de fundo a mesma discussão, que é a atipicidade superveniente da conduta.

Deste modo, embora o Supremo Tribunal Federal tenha ambicionado afastar a extrapolação da tese fixada para o Tema nº 1.199/STF em relação aos demais dispositivos da LIA, cumpre analisar se as conclusões alcançadas por meio análise da controvérsia levada a efeito pelo Plenário do STF fornecem soluções para as ações em curso que versam sobre atos atentatórios aos princípios da Administração Pública e cujos fundamentos legais sofreram modificações pela Lei nº 14.230/21.

3.2. Tese fixada no Tema nº 1.199/STF

Após longo julgamento, que se estendeu por várias sessões, o Plenário do Supremo Tribunal Federal encampou, por maioria, os fundamentos do voto lançado pelo Ministro Alexandre de Moraes, assentando a irretroatividade das normas mais benéficas da Lei nº 14.230/21. O Plenário do STF entendeu que as normas mais salutares ao réu da Lei nº 14.230/21 são irretroativas, e acordou, por unanimidade, em fixar tese dividida em quatro tópicos:

- 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.¹²³

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR**. Agravante: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 12 de dezembro de 2022, p. 5-6.

O primeiro item da tese fixada no Tema nº 1.199/STF diz respeito ao elemento subjetivo da tipificação da improbidade administrativa. Não há necessidade de incursão mais profunda neste ponto, pois, conforme já abordado em outros capítulos deste trabalho, a própria reforma da Lei de Improbidade Administrativa trouxe a exigência expressa de verificação de dolo para a caracterização do ato de improbidade administrativa, em todas as suas formas (arts. 9º, 10 e 11). Cuida-se, portanto, de mera reafirmação do conteúdo do dispositivo legal.

O item 2 refere-se especificamente à possibilidade de incidência da novidade legislativa que trata da revogação da modalidade culposa de improbidade às ações de improbidade administrativa já existentes. Restou definido, no ponto, que as disposições da Lei nº 14.230/21 encontram o limite de sua aplicação na eficácia da coisa julgada, não incidindo sequer aos casos em fase de execução das penas, em virtude do preceituado no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que estabelece que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Deste modo, a resposta para o questionamento principal contido no título do Tema nº 1.199/STF foi negativa: não é possível a aplicação retroativa da norma do art. 1º, §1º, da LIA – exigência de dolo para a tipificação do ato ímprobo –, incluído pela Lei nº 14.230/21, nos moldes da retroatividade da norma penal mais benéfica do art. 5º, XL, da Constituição, aos casos de improbidade já julgados, em virtude do limite imposto pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição aos efeitos da lei, protegendo a eficácia da coisa julgada.

O item 3, em seu tempo, complementa a conclusão exposta no item 2. No entendimento da corrente prevalecente do Plenário, as normas da Lei nº 14.230/21 aplicam-se aos processos referentes a atos de improbidade administrativa culposas assentados na redação original da LIA, desde que não tenham condenação transitada em julgado.

Conforme será melhor explorado mais à frente, a conclusão gravada no item 3 da tese fixada decorre do entendimento do Ministro Relator do processo de que não se trata, na realidade, de hipótese na qual se fala em retroação da norma mais benéfica, mas tão somente da aplicação do princípio do *tempus regit actum*, segundo o qual deve-se aplicar, no momento da decisão, a norma vigente à época. Outro ponto do item 3 que merece análise mais minuciosa é o trecho que determina que deverá “o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente”.

Ambas as questões – a aplicação do princípio do *tempus regit actum* e a análise do dolo pelo juízo competente –, cuja adequada compreensão depende de análise das razões adotadas pelo voto condutor do acórdão, serão pormenorizadas adiante.

Por fim, o item 4 da tese estabelece a irretroatividade do novo regime prescricional trazido pela reforma da LIA, em razão da necessária “observância dos princípios da segurança jurídica, do acesso à Justiça e da proteção da confiança”, de modo a garantir “a plena eficácia dos atos praticados validamente antes da alteração legislativa”¹²⁴. Dada a maior distinção entre a natureza do regime prescricional e a natureza das hipóteses de improbidade administrativa tornadas atípicas – que possuem maior correspondência com a discussão quanto à extinção da modalidade culposa –, este ponto não será abordado com maior aprofundamento.

Tendo em vista que o conteúdo dos itens 2 e 3 diz respeito especificamente à discussão da retroatividade das alterações relativas à tipificação da improbidade administrativa, somente serão detalhados, a seguir, os fundamentos adotados pela corrente vencedora do julgamento do Tema nº 1.199/STF relativos a estes pontos. Isso porque os itens 2 e 3 possuem pertinência lógica com o exame que faremos sobre a possibilidade de se transpor as conclusões alcançadas pelo Plenário do STF neste julgamento às alterações promovidas no art. 11 da LIA pela Lei nº 14.230/21.

3.3. Fundamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 1.199

Da análise do acórdão do Agravo em Recurso Extraordinário nº 843.989/PR, representativo da discussão acerca da retroatividade das normas da Lei nº 14.230/21, verifica-se que a corrente inaugurada pelo Relator, Ministro Alexandre de Moraes, sagrada vencedora após ser seguida pela maioria do Plenário, adotou três fundamentos principais para assentar a irretroatividade das normas mais benéficas trazidas pela reforma da LIA: (i) a improbidade administrativa possui natureza civil, decorrente diretamente do texto constitucional; (ii) não há previsão constitucional ou legal expressa para a retroação de normas mais benéficas ao investigado por ilícitos civis; e (iii) em razão da distinção entre a natureza civil da improbidade administrativa e o direito penal, são adotadas lógicas operativas distintas em cada uma das esferas, não sendo aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador, automaticamente, os princípios do Direito Penal.

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR**. Agravante: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 12 de dezembro de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355258369&ext=.pdf>. Acesso em 23 jun. 2023.

3.3.1. Natureza civil das ações de improbidade administrativa

O primeiro fundamento adotado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do qual decorrem os demais, diz respeito à natureza civil das ações de improbidade. No entendimento prevalescente, a improbidade administrativa possui natureza civil em decorrência direta do art. 37, §4º, da Constituição Federal, embora o art. 17-D da LIA¹²⁵, incluído pela Lei nº 14.230/21, tenha tentado afastar esta natureza.

Nesse sentido, foi apontado na ementa dada ao acórdão:

6. A Lei 14.230/2021 não excluiu a natureza civil dos atos de improbidade administrativa e suas sanções, pois essa “*natureza civil*” retira seu substrato normativo diretamente do texto constitucional, conforme reconhecido pacificamente por essa SUPREMA CORTE (TEMA 576 de Repercussão Geral, de minha relatoria, RE nº 976.566/PA).

7. O ato de improbidade administrativa é um ato ilícito civil qualificado – “*ilegalidade qualificada pela prática de corrupção*” – e exige, para a sua consumação, um desvio de conduta do agente público, devidamente tipificado em lei, e que, no exercício indevido de suas funções, afaste-se dos padrões éticos e morais da sociedade, pretendendo obter vantagens materiais indevidas (artigo 9º da LIA) ou gerar prejuízos ao patrimônio público (artigo 10 da LIA), mesmo que não obtenha sucesso em suas intenções, apesar de ferir os princípios e preceitos básicos da administração pública (artigo 11 da LIA).¹²⁶

Mais adiante, já em seu voto, o Relator do ARE 843.989/PR aponta que o art. 37, §4º, da Constituição Federal surgiu para punir os agentes ímprobos na esfera civil, bem como que a Lei nº 8.429/92 disciplinou a aplicação das penas previstas no art. 37, §4º, da Constituição de modo a assegurar ampla defesa, contraditório e respeito ao devido processo legal:

A Constituição Federal, portanto, no campo civil, pretendeu punir mais severamente o agente público corrupto, que se utiliza do cargo ou de funções públicas para enriquecer ou causar prejuízo ao erário, desrespeitando a legalidade e moralidade administrativas, mas, para tanto, exigiu a tipificação legal das condutas denominadas “atos de improbidade” e geradoras das graves sanções previstas no § 4º do art. 37 e disciplinadas no art. 12 da Lei 8.429/1992, de maneira a possibilitar a ampla defesa e o contraditório, com absoluto respeito ao devido processo legal.¹²⁷

¹²⁵ “Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)”

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR**. Agravante: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 12 de dezembro de 2022, p. 3.

¹²⁷ BRASIL, *ibid.*, p. 43.

Complementa o Ministro Alexandre de Moraes que a natureza civil dos atos de improbidade administrativa decorre da redação dada ao §4º do art. 37 da Constituição pelo Constituinte Originário:

A natureza civil dos atos de improbidade administrativa é essencial para a análise da possibilidade ou não de aplicação retroativa das previsões da nova lei e decorre – diretamente – do comando constitucional, que é bastante claro ao consagrar a independência da responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa e a possível responsabilidade penal, derivadas da mesma conduta, ao utilizar a fórmula "sem prejuízo da ação penal cabível".¹²⁸

Em seguida, o Relator do ARE 843.989/PR faz referência a doutrinadores – Fábio Konder Comparato, Gianpaolo Poggio Smanio e Damásio de Jesus – que lecionam no sentido de que a improbidade administrativa tem natureza civil, distinta do que se verifica em relação às sanções penais previstas no ordenamento jurídico brasileiro¹²⁹. Salienta, ainda, que a Lei nº 14.230/21 incluiu ao texto da Lei de Improbidade Administrativa o art. 17-D, que, segundo o Ministro, tentou afastar a natureza civil da improbidade administrativa de forma “inexplicável”, mas que, apesar disso, o referido dispositivo não teria o condão de alterar a natureza da improbidade administrativa, pois este caráter decorre de previsão constitucional:

A Lei 14.230/21, de maneira inexplicável, pretendeu, em seu artigo 17-D, **excluir a natureza civil da ação de improbidade**, em que pese, esse substrato partir da própria Constituição Federal, ao prever:

*“A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e **não constitui ação civil**, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021).*

Ora, ao errônea e fictamente tentar excluir a natureza civil da ação de improbidade, a lei não teve a força de excluir a natureza civil do ato de improbidade e suas sanções, pois essa “natureza civil” tem substrato diretamente do texto constitucional, conforme reconhecido pacificamente por essa CORTE.¹³⁰

Adiante, faz-se referência a dois julgados do Supremo Tribunal Federal nos quais entendeu-se que, diferentemente das sanções de cunho político-administrativa e penais aplicáveis aos agentes públicos, a improbidade administrativa tem por objetivo a responsabilização civil do agente: RE nº 976.566/PA (afetado ao regime da Repercussão Geral

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR**. Agravante: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 12 de dezembro de 2022, p. 44.

¹²⁹ BRASIL, *ibid.*, p. 44.

¹³⁰ BRASIL, *ibid.*, p. 44-45, grifos no original.

sob o nº 576), de relatoria do próprio Ministro Alexandre de Moraes, e Pet 3.240/DF, cujo Relator foi o Ministro Luís Roberto Barroso.

Corroborando com seu entendimento quanto à natureza civil da improbidade, o Ministro Relator faz alusão à opção feita pela Lei nº 14.230/21 de filiar a ação de improbidade administrativa ao procedimento comum do Código de Processo Civil:

Ressalte-se, ainda, que o próprio legislador, ao editar a nova lei e alterar o artigo 17 da LIA, determinou que se seguisse o procedimento comum estabelecido no Código de Processo Civil, deixando óbvia sua natureza civil. Não há, portanto, qualquer dúvida sobre a previsão constitucional da natureza civil dos atos de improbidade administrativa.¹³¹

Este entendimento pode ser complementado pelo voto do Ministro Edson Fachin, adepto da corrente inaugurada pelo Ministro Alexandre de Moraes, que distingue a improbidade administrativa do direito penal em função das sanções aplicáveis em cada ramo:

A lei **penal** recebe especial atenção da Constituição porque as consequências previstas no preceito secundário dos tipos penais envolvem, salvo no caso do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (porte de drogas para uso pessoal), **pena privativa de liberdade**, sanção típica do Direito Penal de natureza gravíssima, mesmo que possam eventualmente ser substituídas por penas restritivas de direitos ou objeto de transação penal, suspensão condicional do processo ou acordo de não persecução penal, caso presentes os pressupostos e requisitos próprios previstos na legislação infraconstitucional. Noutras palavras, como o Direito Penal trabalha com punições e consequências extremas, qualquer benefício posterior retroage, por maximizar as liberdades públicas, em especial e sobremaneira a liberdade ambulatoria – o direito de ir, vir e permanecer ou ficar.

Diferente é o tratamento dado pela Constituição às violações à improbidade administrativa, quando estabelece de forma peremptória no art. 37, § 4º, em verdadeiro mandado de sanção cível e administrativa, 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. Em que, ao meu ver, a Constituição é cirúrgica ao distinguir a natureza cível da improbidade administrativa dos princípios aplicados ao Direito Penal.¹³²

Extrai-se dos trechos destacados, portanto, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que a improbidade administrativa tem natureza civil, pois: (i) o art. 37, §4º, da Constituição Federal determina a aplicação de sanções pela prática de atos de improbidade administrativa separadamente da ação penal cabível; (ii) as sanções aplicáveis no âmbito da improbidade administrativa são diversas daquelas existentes no Direito Penal; e (iii) ao reformar

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR**. Agravante: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 12 de dezembro de 2022, p. 46.

¹³² BRASIL, *ibid.*, p. 179, grifos no original.

a Lei de Improbidade Administrativa, optou-se por adotar o procedimento comum do Código de Processo Civil.

Além disso, entendeu-se que, ao regulamentar o art. 37, §4º, da Constituição, a Lei nº 8.429/92 assegurou o exercício do contraditório e da ampla defesa, com respeito ao devido processo legal; além de que a responsabilização por atos de improbidade administrativa não se confunde com as responsabilidades político-administrativas – crimes de responsabilidade – e penais imputáveis aos agentes públicos, conforme decidido no RE 976.566/PA (Tema nº 576/STF) e no Pet 3.240/DF.

3.3.2. Ausência de previsão expressa de aplicação retroativa das novas disposições

Uma vez definida a natureza civil da improbidade administrativa, entendeu o Plenário do STF que não seria possível a aplicação automática, às ações de improbidade, do princípio da retroatividade da norma penal mais benéfica ao réu, sem que houvesse previsão legal expressa de “anistia geral” ou de retroação.

Para o Relator, a reforma da LIA estabeleceu apenas, genericamente, a aplicação dos princípios do Direito Administrativo Sancionador na ambiência das ações de improbidade administrativa. Nesse sentido, consignou Alexandre de Moraes em seu voto:

Ao revogar a modalidade culposa do ato de improbidade administrativa, entretanto, a Lei 14.230/2021, não trouxe qualquer previsão de “anistia” geral para todos aqueles que, nesses mais de 30 anos de aplicação da LIA, foram condenados pela forma culposa de artigo 10; nem tampouco determinou, expressamente, sua retroatividade ou mesmo estabeleceu uma regra de transição que pudesse auxiliar o intérprete na aplicação dessa norma – *revogação do ato de improbidade administrativa culposa* – em situações diversas como ações em andamento, condenações não transitadas em julgado e condenações transitadas em julgado.

A Lei 14.230/2021, somente, estabeleceu uma genérica aplicação “ao sistema de improbidade administrativa os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador”, que precisa ser compreendida.¹³³

Deste modo, para o Ministro Relator, a aplicação do referido princípio contido no art. 5º, XL, da Constituição Federal às ações de improbidade sem a devida previsão legal desrespeitaria as normas regentes da Administração Pública constantes do texto constitucional e a responsabilização por atos de improbidade administrativa:

A análise conjunta desses vetores interpretativos nos conduz à conclusão de que o princípio da retroatividade da lei penal, consagrado no inciso XL do artigo 5º da

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR**. Agravante: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 12 de dezembro de 2022, p. 62.

Constituição Federal (“*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*”) não tem aplicação automática para a responsabilidade por atos ilícitos civis de improbidade administrativa, por ausência de expressa previsão legal e sob pena de desrespeito à constitucionalização das regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos com flagrante desrespeito e enfraquecimento do Direito Administrativo Sancionador.¹³⁴

Assim, para o entendimento vencedor, em se tratando de normas de natureza civil, não seria possível a aplicação retroativa das normas mais benéficas da Lei nº 14.230/21 sem previsão legal específica para tanto, eis que a regra seria a irretroatividade das normas de natureza civil. Além disso, deveriam ser observadas, no exame da matéria, as disposições do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal e do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB):

O inciso XL deve ser interpretado em conjunto com o inciso XXXVI, ambos do artigo 5º da Constituição Federal.

Em regra, a lei não deve retroagir, pois “*não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”, inclusive no campo penal, salvo, excepcionalmente, quando se tratar de lei penal mais benéfica, quando então “*retroagirá para beneficiar o réu*”. Trata-se, portanto, de expressa e excepcional previsão constitucional de retroatividade.

O art. 6º da LINDB também estatui a irretroatividade das leis, ao estabelecer que:

“A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

Portanto, a retroatividade das leis é hipóteses excepcional no ordenamento jurídico, sob pena de ferimento à segurança e estabilidade jurídicas; e, dessa maneira, inexistindo disposição expressa na Lei 14.230/2021, não há como afastar o princípio do *tempus regit actum*.¹³⁵

No mesmo sentido, o voto do Ministro Edson Fachin aponta para a ausência de previsão expressa de retroatividade das normas não penais:

A incidência retroativa da lei mais benéfica é prevista no Art. 5º, XL, da CRFB que dispõe: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. A tempo e modo, observa-se que a Constituição estabeleceu expressamente que a lei nova poderá retroagir para beneficiar o réu, desde que se trate de lei de natureza penal, silenciando quanto a leis de outra natureza.¹³⁶

Tem-se, dessa maneira, que, por entender que a natureza da improbidade administrativa é civil, o Supremo Tribunal Federal adotou a linha decisória de que, por inexistir disposição expressa que estabeleça a retroatividade das normas mais benéficas no campo civil

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR**. Agravante: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 12 de dezembro de 2022, p. 67.

¹³⁵ BRASIL, *ibid.*, p. 67-68.

¹³⁶ BRASIL, *ibid.*, p. 180.

– apenas no penal –, não seria possível transpor a aplicação do art. 5º, XL, da Constituição Federal para as ações de improbidade administrativa.

3.3.3. Distinção entre a principiologia do Direito Penal e a do Direito Administrativo Sancionador

O terceiro fundamento apresentado pelo Ministro Alexandre de Moraes para a irretroatividade das normas mais benéficas da Lei nº 14.230/21, e posteriormente acolhido pela maioria do Plenário, diz respeito à divergência entre os princípios aplicáveis nos campos do Direito Administrativo Sancionador e do Direito Penal.

Ao destacar que a reforma da Lei de Improbidade Administrativa estabeleceu “uma genérica aplicação ‘*ao sistema de improbidade administrativa os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador*’”¹³⁷, o Ministro Relator salienta que a Constituição Federal promulgada em 1988 foi inovadora, no que se refere à Administração Pública, pois constitucionalizou os princípios e preceitos regentes do Direito Administrativo, essencialmente não codificado, com detalhamento nunca antes visto no ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa perspectiva, destaca o papel central da constitucionalização das normas do Direito Administrativo como instrumentos de controle, responsabilização e combate à corrupção:

A codificação constitucional das normas administrativas possibilitou a consagração de uma Teoria Geral do Direito Constitucional Administrativo, voltada para a observância dos princípios constitucionais básicos e tendo por finalidade limitar o poder estatal, prevendo instrumentos de controle e meios de responsabilização dos agentes públicos, para garantia de transparência e probidade na administração e voltados para o combate à corrupção. [...]

Dessa forma, em face da modernização e do agigantamento do Estado, a constitucionalização do Direito Administrativo representou verdadeiro instrumento de combate à corrupção em todos os níveis da Administração Pública, em defesa da legitimidade do regime democrático.¹³⁸

À vista disso, explica que a Constituição Federal deu novos contornos ao Direito Administrativo Sancionador, conferindo-lhe principiologia própria. Neste ponto, faz referência à lição de Pimenta Oliveira e Musetti Grotti:

A Constituição de 1988, portanto, constitucionalizou regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos, dando

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR**. Agravante: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 12 de dezembro de 2022, p. 62, itálico no original.

¹³⁸ BRASIL, *ibid.*, 62-63.

novos contornos ao Direito Administrativo Sancionador (DAS), que deixou de somente regular a relação administrado/administração, passando a ter princípios e valores próprios de regência da legalidade e moralidade na atuação do Poder Público.

Essa concepção, como anteriormente citado, foi consagrada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, como esclarecem PIMENTA OLIVEIRA e MUSETTI GROTTI:

‘A Constituição reconhece o valor jurídico diferenciado do interesse público como categoria própria e não assimilável aos meros interesses pronunciados por administradores públicos ou meramente associados aos órgãos e entes públicos e governamentais, por lei ou atos infralegais. Não se trata de mero conceito jurídico indeterminado que a teoria da linguagem possa esgotar como operacionalizá-lo. O interesse público é um conceito recepcionado na Constituição. Isto se faz no capítulo próprio dos Direitos e Garantias Fundamentais (artigo 19, inciso I), no capítulo dedicado à Administração Pública, em seu significado funcional (artigo 37, inciso LX, na disciplina das leis (artigo 66, parágrafo 1º), na atividade de gestão da função pública na Magistratura (artigo 93, inciso VIII e artigo 95, inciso II) e no Ministério Público (artigo 128, parágrafo 5º, inciso I, alínea b), e na distinção do campo da legalidade (tal como cristalizado na própria Constituição) do preceituado como próprio ao interesse público, em seu ADCT (artigo 51 ADCT). Esta presença constitucional significa que aos intérpretes não é dado ignorar ou reduzir sua relevância no sistema jurídico, devendo cumprir a função de demonstrar as suas projeções normativas no processo de concretização constitucional’ (*Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 22, nº 120, p. 83-126, març./abr. 2020, p. 90).¹³⁹

Ou seja, na visão de Alexandre de Moraes, a constitucionalização do Direito Administrativo importou não só a atribuição de posição de destaque ao interesse público, mas, também, a imposição de deveres aos agentes públicos no sentido de concretizá-lo e sanções para os casos de inobservância destes deveres. Para o Relator, este é o quadro no qual deve-se interpretar o Direito Administrativo Sancionador.

Faz-se, então, referência à doutrina de Benedito Gonçalves e Renato César Guedes para definir o Direito Administrativo Sancionador como “sub-ramo do Direito Administrativo e consiste na ‘expressão do efetivo poder de punir estatal, que se direciona a movimentar a prerrogativa punitiva do Estado, efetivada por meio da Administração Pública e em face do particular ou administrado’”¹⁴⁰.

Em seguida, o Ministro Relator diferencia o Direito Administrativo Sancionador em relação ao Direito Penal, ambos expressões do *ius puniendi* estatal, sob a perspectiva do âmbito de exercício de cada um. Na concepção adotada pelo Relator, não coincidem as lógicas de operação dos sistemas:

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR**. Agravante: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 12 de dezembro de 2022, p. 64-65.

¹⁴⁰ BRASIL, *ibid.*, p. 65.

Diferentemente do Direito Penal, que materializa o *ius puniendi* na seara judicial, mais precisamente no juízo criminal; o Direito Administrativo Sancionador tem aplicação no exercício do *ius puniendi* administrativo; sendo ambos expressões do poder punitivo estatal, porém representando sistemas sancionatórios que “*não guardam similitude de lógica operativa*” (JOSÉ ROBERTO PIMENTA OLIVEIRA; DINORÁ ADELAIDE MUNETTI GROSSI. Direito Administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 22, nº 120, p. 83-126, mar./abr., 2020, p. 90).

Na impossibilidade de aplicação do Direito Penal ao sistema de improbidade, por expressa determinação constitucional que prevê responsabilidades diversas (CF, art. 37, §4º), a nova lei optou, expressamente, por estabelecer a aplicação do Direito Administrativo Sancionador no âmbito do sistema de improbidade administrativa, reforçando a natureza civil do ato de improbidade.¹⁴¹

Em razão desta distinção entre os dois ramos do Direito, somando-se à compreensão da natureza civil da improbidade administrativa, esmiuçada em tópicos anteriores, o Relator conclui que o princípio da retroatividade da norma mais benéfica constante do art. 5º, XL, da Constituição Federal possui fundamento nas particularidades características do Direito Penal, motivo pelo qual não se aplicaria à lógica do Direito Administrativo Sancionador.

Por estas razões, no entendimento do Ministro, dados os contornos jurídicos da controvérsia, seria o caso de aplicação do princípio do *tempus regit actum*, consagrado no campo da jurisdição civil:

A norma constitucional que estabelece a retroatividade da lei penal mais benéfica funda-se em peculiaridades únicas desse ramo do direito, o qual está vinculado à liberdade do criminoso (princípio do *favor libertatis*), fundamento inexistente no Direito administrativo sancionador; sendo, portanto, regra de exceção, que deve ser interpretada restritivamente, prestigiando-se a regra geral da irretroatividade da lei e a preservação dos atos jurídicos perfeitos; principalmente porque no âmbito da jurisdição civil, impera o princípio *tempus regit actum*.¹⁴²

Nessa linha intelectual, o voto traz lições doutrinárias de Rafael Munhoz de Mello e de Ricardo Bastos Leonel no sentido de que não há, no Direito Administrativo Sancionador, princípio equivalente àquele do Direito Penal, por se tratarem de sistemas cujos fundamentos são diversos¹⁴³.

Além disso, faz-se menção ao acórdão do Agravo Regimental em Agravo de Recurso Extraordinário nº 1.019.161/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no qual assentou-se o entendimento de que o princípio da retroatividade da norma mais benéfica ao réu aplica-se exclusivamente ao Direito Penal:

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR**. Agravante: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 12 de dezembro de 2022, p. 66.

¹⁴² BRASIL, *ibid.*, p. 68.

¹⁴³ BRASIL, *ibid.*, p. 68.

Nesse sentido da irretroatividade, a Segunda Turma desta CORTE já decidiu no ARE 1019161 AgR, Rel. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 12/5/2017, no qual o Relator consignou que:

“Verifica-se, portanto, que a retroatividade da norma mais benéfica em favor do réu é um princípio exclusivo do Direito Penal, onde está em jogo a liberdade da pessoa, admitindo, até mesmo, o ajuizamento de revisão criminal após o trânsito em julgado da sentença condenatória, há qualquer tempo”.¹⁴⁴

A concepção exposta no voto do Relator pode ser complementada pelo voto do Ministro Edson Fachin, que sustenta que os princípios aplicáveis em cada ramo são diversos, partindo da premissa de que a “natureza gravíssima” da restrição de liberdade imposta no Direito Penal não se verifica no âmbito do Direito Administrativo Sancionador:

A lei **penal** recebe especial atenção da Constituição porque as consequências previstas no preceito secundário dos tipos penais envolvem, salvo no caso do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (porte de drogas para uso pessoal), **pena privativa de liberdade**, sanção típica do Direito Penal de natureza gravíssima, mesmo que possam eventualmente ser substituídas por penas restritivas de direitos ou objeto de transação penal, suspensão condicional do processo ou acordo de não persecução penal, caso presentes os pressupostos e requisitos próprios previstos na legislação infraconstitucional. Noutras palavras, como o Direito Penal trabalha com punições e consequências extremas, qualquer benefício posterior retroage, por maximizar as liberdades públicas, em especial e sobremaneira a liberdade ambulatoria – o direito de ir, vir e permanecer ou ficar.

Diferente é o tratamento dado pela Constituição às violações à improbidade administrativa, quando estabelece de forma peremptória no art. 37, § 4º, em verdadeiro mandado de sanção cível e administrativa, 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. Em que, ao meu ver, a Constituição é cirúrgica ao distinguir a natureza cível da improbidade administrativa dos princípios aplicados ao Direito Penal.¹⁴⁵

No mesmo sentido, aponta a Ministra Cármen Lúcia que somente as penalidades do Direito Penal atingem a esfera da liberdade do réu:

As penalidades impostas aos atos de improbidade administrativa, conquanto severas, restringem-se ao aspecto político (suspensão dos direitos políticos), funcional (perda da função pública) e patrimonial (ressarcimento ao erário e multa), não atingindo a esfera da liberdade do indivíduo como ocorre com as penas criminais. As finalidades precípuas das sanções por ato de improbidade administrativa são: afastar o agente desonesto da administração pública e recompor o patrimônio público, assegurando a probidade administrativa. Já na esfera criminal o condenado é alijado da convivência social com a privação da liberdade.¹⁴⁶

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR**. Agravante: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 12 de dezembro de 2022, p. 69.

¹⁴⁵ BRASIL, *ibid.*, p. 179, grifos no original.

¹⁴⁶ BRASIL, *ibid.*, p. 305.

Também é esclarecedor o voto lançado pela Ministra Cármen Lúcia no ponto em que, reforçando a diferenciação feita pelos Ministros Alexandre de Moraes e Edson Fachin, assinala as diferentes finalidades assumidas por cada um dos ramos do Direito. Explica a Ministra que, enquanto o Direito Penal tem caráter eminentemente “retributivista”, o Direito Administrativo Sancionador tenciona proteger o adequado funcionamento da Administração Pública:

O direito penal é usualmente apontado como *ultima ratio*, instância mais gravosa e protetora dos bens jurídicos mais caros à sociedade, incidente quando não se mostram suficientes as repressões dos outros ramos do direito. A sanção penal atinge a liberdade individual e possui um caráter inegavelmente retributivista, de “*pagar com mal o mal causado*”. Ainda que se afirme não haver diferença ontológica entre os ilícitos penais e administrativos, ficando essa definição a cargo do legislador, inegável a existência de uma gradação de gravidade entre as sanções penais e administrativas.

O direito sancionatório administrativo possui finalidade distinta da atribuída ao direito penal. José Cretella Júnior afirma que “*não são as penas disciplinares castigos, no sentido do direito penal, mas meios que dispõe o Estado para assegurar a boa ordem no serviço e a observância dos deveres prescritos*” (Direito administrativo do Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962, p. 131). No mesmo sentido, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello reconhece que o direito administrativo sancionador visa punir atos contrários ao interesse da administração pública, ao passo que a pena se voltaria a atos contrários aos interesses sociais (Princípios gerais do direito administrativo. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 501).

Alice Voronoff conclui que “*no campo penal, o monopólio do Poder Judiciário tem fundamento na proteção da liberdade humana. Já no direito administrativo sancionador, a reserva jurisdicional para a demissão de servidores ocupantes de cargos de provimento vitalício não se justifica como garantia do indivíduo, mas como prerrogativa do cargo público. Ela atua como instrumento de proteção de funções que, ao ver do constituinte, são essenciais ao funcionamento saudável do Estado Democrático de Direito. Também aqui, o foco imediato não é o indivíduo nem a proteção de suas liberdades, mas a preservação da função pública e das condições institucionais para que ela seja exercida adequadamente*” (Op. Cit. p. 127).¹⁴⁷

Acrescenta a Ministra que:

15. A norma constitucional que prevê a retroatividade da norma penal mais benéfica é expressa ao restringir sua incidência à esfera criminal: “Art. 5º. (...) *XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*”. Trata-se de uma exceção à irretroatividade das leis. A máxima “*tempus regit actum*” é a regra do sistema jurídico e funda-se no princípio da segurança jurídica, estabilizando as relações segundo as normas vigentes à época em que estabelecidas.

Ainda que haja princípios comuns aplicáveis ao direito penal e ao direito administrativo sancionador – como o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, a que os incs. LIV e LV do art. 5º da Constituição da República fazem referência - a extensão automática de normas de exceção e de incidência restrita ao direito penal não se justifica diante da finalidade protetiva distinta desses dois ramos do direito e da diversidade da gravidade das sanções por eles instituída.¹⁴⁸

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR**. Agravante: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 12 de dezembro de 2022, p. 299-300.

¹⁴⁸ BRASIL, *ibid.*, p. 303-304.

Tem-se, portanto, que a vertente vitoriosa do Plenário perfilhou o entendimento de que os princípios aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador não se confundem com aqueles característicos do Direito Penal, embora sejam ambas manifestações do *ius puniendi* do Estado. Deste modo, reforçou-se a inaplicabilidade do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica no bojo do Direito Administrativo Sancionador. Isso porque: (i) a Constituição Federal de 1988, elaborada à luz dos ideais pós-positivistas, instituiu uma série de princípios regentes da Administração Pública, na forma de codificação constitucional do Direito Administrativo, conferindo ao sub-ramo do Direito Administrativo Sancionador principiologia própria; (ii) por seguirem principiologias distintas, Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador possuem lógicas operativas diversas; (iii) o Direito Penal, ao possibilitar a aplicação de penas restritivas de liberdade, alcança patamares de gravidade das sanções mais altos do que aqueles atingidos pelo Direito Administrativo Sancionador; e (iv) enquanto o Direito Penal segue uma finalidade “retributiva”, o Direito Administrativo Sancionador tem por objetivo garantir o adequado funcionamento do Estado.

3.4. Conclusões alcançadas pela corrente prevalecente do Plenário no julgamento do Tema nº 1.199/STF

Conforme exposto, foram adotadas pelo entendimento prevalecente do Plenário do STF, no julgamento do Tema nº 1.199/STF, três premissas principais para assentar a irretroatividade das normas mais benéficas da Lei nº 14.230/21 referentes à necessidade da presença do dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa: (i) a natureza civil da improbidade administrativa; (ii) a inexistência de previsão expressa de retroatividade, de “anistia geral” ou de regra de transição para as novas normas da Lei nº 14.230/21; e (iii) a autonomia dos princípios do Direito Administrativo Sancionador, codificados pela Constituição Federal de 1988 e aplicáveis ao sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa, em relação ao Direito Penal.

Insta informar que, embora tenhamos apontado três fundamentos, o voto do Ministro Alexandre de Moraes elenca cinco “vetores” a serem observados na análise da retroatividade das normas da Lei nº 14.230/21 (para fins didáticos, os vetores 2 e 3 foram reunidos como “autonomia dos princípios do Direito Administrativo Sancionador, codificados pela Constituição Federal de 1988 e aplicáveis ao sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa, em relação ao Direito Penal” e os vetores 4 e 5 foram agrupados

no fundamento “inexistência de previsão expressa de retroatividade, de “anistia geral” ou de regra de transição das novas normas da Lei nº 14.230/21”):

Na presente hipótese, portanto, para a análise da retroatividade ou irretroatividade não da norma mais benéfica trazida pela Lei 14.230/2021 – revogação do ato de improbidade administrativa culposo – o intérprete deverá, obrigatoriamente, conciliar os seguintes vetores:

- (1) A natureza civil do ato de improbidade administrativa definida diretamente pela Constituição Federal;
- (2) A constitucionalização, em 1988, dos princípios e preceitos básicos, regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos, dando novos contornos ao Direito Administrativo Sancionador (DAS);
- (3) A aplicação dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador ao sistema de improbidade administrativa por determinação legal;
- (4) Ausência de expressa previsão de “anistia geral” aos condenados por ato de improbidade administrativa culposo ou de “retroatividade da lei civil mais benéfica”;
- (5) Ausência de regra de transição.¹⁴⁹

Diante desses apontamentos, entendeu-se que não seria possível a aplicação do princípio da retroatividade da norma penal mais benéfica às normas civis – conquanto sancionatórias – da Lei nº 14.230/21. Isso porque, conforme posto no voto do Ministro Relator do ARE 843.989/PR, as leis, via de regra, não retroagem no ordenamento jurídico brasileiro, em proteção à segurança e à estabilidade jurídicas.

Neste quadro, ao ver do Plenário, pela voz da ilustrada maioria, a solução jurídica da controvérsia deveria estar pautada na aplicação do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal juntamente com o art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Nessa linha, o voto condutor do Ministro Alexandre de Moraes:

Em regra, a lei não deve retroagir, pois “*não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”, inclusive no campo penal, salvo, excepcionalmente, quando se tratar de lei penal mais benéfica, quando então “*retroagirá para beneficiar o réu*”. Trata-se, portanto, de expressa e excepcional previsão constitucional de retroatividade. [...]

Portanto, a retroatividade das leis é hipóteses excepcional no ordenamento jurídico, sob pena de ferimento à segurança e estabilidade jurídicas; e, dessa maneira, inexistindo disposição expressa na Lei 14.230/2021, não há como afastar o princípio do *tempus regit actum*.¹⁵⁰

À luz de todas as considerações externadas, o Relator do ARE 843.989/PR, então, apresenta suas conclusões quanto à irretroatividade da extinção da modalidade culposa da

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR**. Agravante: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 12 de dezembro de 2022, p. 66-67.

¹⁵⁰ BRASIL, *ibid.*, p. 67-68.

improbidade administrativa, em função do princípio do *tempus regit actum*, juntamente com o princípio da não ultratividade:

Ressalte-se, entretanto, que apesar da irretroatividade, em relação a redação anterior da LIA, mais severa por estabelecer a modalidade culposa do ato de improbidade administrativa em seu artigo 10, vige o **princípio da não ultra-atividade**, uma vez que não retroagirá para aplicar-se a fatos pretéritos com a respectiva condenação transitada em julgado, mas tampouco será permitida sua aplicação a fatos praticados durante sua vigência mas cuja responsabilização judicial ainda não foi finalizada.

Isso ocorre pelo mesmo princípio do *tempus regit actum*, ou seja, tendo sido revogado o ato de improbidade administrativa culposo antes do trânsito em julgado da decisão condenatória; não é possível a continuidade de uma investigação, de uma ação de improbidade ou mesmo de uma sentença condenatória com base em uma conduta não mais tipificada legalmente, por ter sido revogada.

Não se trata de retroatividade da lei, uma vez que todos os atos processuais praticados serão válidos, inclusive as provas produzidas – que poderão ser compartilhadas no âmbito disciplinar e penal –; bem como a ação poderá ser utilizada para fins de ressarcimento ao erário.

Entretanto, em virtude ao princípio do *tempus regit actum*, não será possível uma futura sentença condenatória com base em norma legal revogada expressamente.¹⁵¹

Deste trecho, extraem-se as conclusões mais importantes do acórdão: (i) apesar de irretroativas as normas novas da Lei nº 14.230/21, o princípio da não ultratividade – segundo o qual a norma, uma vez revogada, não produz efeitos em relação aos fatos ainda não julgados definitivamente ocorridos durante sua vigência – impede novas condenações com base na modalidade culposa; (ii) em virtude do princípio do *tempus regit actum*, não seria possível a condenação por ato de improbidade administrativa culposo praticado anteriormente à reforma da LIA, mas ainda pendente de decisão condenatória definitiva, por inexistência de dispositivo vigente no momento da decisão, devendo-se extinguir as ações fundadas em improbidade culposa em curso, independentemente do momento processual¹⁵²; e (iii) a aplicação das novas

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR**. Agravante: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 12 de dezembro de 2022, p. 72.

¹⁵² Neste ponto, ficaram vencidos os Ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, que votaram pela inaplicabilidade total das disposições da Lei nº 14.230/21, inclusive nas ações que não possuem decisão condenatória transitada em julgado. Nos termos do voto do Ministro Edson Fachin: “Peço vênias ao eminente Relator para apresentar divergência ao voto de V. Excelência em um único ponto. No voto apresentado, no que diz respeito à improbidade culposa, Vossa Excelência interpreta a irretroatividade como a preservação das condenações por improbidade administrativa culposa transitadas em julgado. Explícito meu entendimento, com todas as vênias para as compreensões no sentido oposto, que em um regime democrático a lei de natureza não estritamente penal não pode retroagir, ante o risco de se violar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (CRFB, art. 5º, XXXVI), cânones do conceito maior que é a segurança jurídica. [...] Reconhecida a natureza civil das ações de improbidade administrativa, aplica-se a este sistema o postulado *tempus regit actum*: a lei vigente à época dos fatos regulamenta sua entrada no mundo jurídico e seus efeitos nesse mundo. Ao meu ver, reconhecer a irretroatividade da nova lei de improbidade administrativa significa reconhecer que ela não se aplica às condutas culposas praticadas antes de sua vigência, não havendo importância a existência de investigação, processo, sentença ou trânsito em julgado” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR**. Agravante: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 12 de dezembro de 2022, p. 186-187).

normas aos processos que não possuem condenação transitada em julgado não seria hipótese de retroatividade, tendo em vista que todos os atos processuais praticados na vigência do regime anterior da LIA permanecem válidos.

Quanto à primeira conclusão, o que se verifica é o encontro de dois princípios: o da irretroatividade e o da não ultratividade. Pelo primeiro, já abordado, tem-se que as normas jurídicas somente produzem efeitos aos fatos posteriores à sua entrada em vigor. Já pelo princípio da não ultratividade, conforme explicado pelo Ministro Alexandre de Moraes em seu voto, a norma sancionatória somente produz efeitos aos atos praticados em durante seu período de vigência se não for revogada.

No sopesamento dos princípios, deu-se maior peso ao da não ultratividade, assentando a aplicabilidade das disposições da Lei nº 14.230/21 referentes ao elemento subjetivo da improbidade administrativa aos casos em que se discute atos de improbidade administrativa culposos e ainda não possuem decisão condenatória transitada em julgado. Isso porque, na concepção subscrita pela maioria do Plenário, a modalidade de improbidade culposa, ao ser revogada, deixou de possuir base legal para sua aplicação.

No que tange à segunda conclusão, alusiva ao princípio do *tempus regit actum*, tem-se que, em virtude da atipicidade superveniente da modalidade culposa de improbidade administrativa, os feitos que versam sobre atos de improbidade administrativas culposos devem ser encerrados, independentemente do momento processual.

O Ministro Luís Roberto Barroso, por sua vez, fazendo alusão ao período no qual compôs o Plenário do Tribunal Superior Eleitoral, expõe em seu voto que: “Nesse caso específico, no entanto, não havendo um mandamento constitucional, eu acho que não é o caso de se dar a retroatividade benéfica plena. E passo aqui a explicar a razão brevemente: na legislação anterior, punia-se a improbidade fosse por culpa, fosse por dolo – por culpa em alguns casos, por dolo em outros casos. Acontecia que, muitas vezes, os inquiridos civis e a propositura das ações não distinguiam entre dolo ou culpa pelo simples fato de que isso não fazia diferença, porque você poderia condenar por dolo ou por culpa. Portanto, a apuração não cuidava de distinguir, e a ação ajuizada também não imputava nem dolo nem culpa, imputava apenas a improbidade. E nós, no TSE, em muitas hipóteses, tínhamos que dizer se tinha havido dolo ou culpa, porque a legislação funciona assim: no caso de condenação e improbidade transitada em julgado, o condenado perde os direitos políticos e, conseqüentemente, fica inelegível. Portanto, não faria nenhuma diferença se era dolo ou culpa. Mas, antes do trânsito em julgado, quando era condenação apenas em segundo grau, o TSE tinha – e tem – uma jurisprudência, com base na Lei da Ficha Limpa, no sentido de que só fica inelegível se tiver havido dolo. E em muitos casos que chegavam no TSE, a decisão condenatória não dizia se havia dolo ou culpa e, portanto, nós tínhamos que estudar o caso para dizer se era dolo e, conseqüentemente, estava inelegível, ou se era culpa e, conseqüentemente, podia ser registrada a candidatura. Desse modo, a razão pela qual eu estou votando pela não retroatividade é que, nos casos pretéritos, em muitas situações, não se fazia essa distinção. De modo que penso que se deve seguir, no caso específico, não a retroatividade benéfica, mas o *tempus regit actum*. Eu nem acho que seja propriamente uma ultra-atividade - embora se alguém preferir pode chamar assim -, eu acho que é *tempus regit actum*: este fato vai ser julgado à luz da lei vigente naquele momento, porque pela lei vigente naquele momento os juízes, com muita frequência, não distinguiam o dolo ou a culpa. Imagino que possa continuar não sendo assim propriamente uma anistia geral, como observou o Ministro Edson Fachin” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR**. Agravante: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 12 de dezembro de 2022, p. 194-195).

Isso porque, conforme posto, deve-se aplicar aos casos ainda pendentes de julgamento definitivo o regime trazido pela reforma da Lei de Improbidade Administrativa e, tendo sido tornada atípica a conduta investigada – de improbidade administrativa culposa –, não há dispositivo legal que possa sustentar a continuidade de investigação, ação de improbidade ou até mesmo a prolação de decisão condenatória.

Quanto à terceira conclusão, tem-se que o entendimento sagrado vencedor foi de que a aplicação da nova Lei às ações ainda em tramitação não seria caso de retroatividade pois todos os atos processuais já praticados continuam válidos e protegidos da aplicação das normas trazidas pela reforma da LIA. É dizer, se se tratasse de retroatividade, a extinção da modalidade culposa da improbidade administrativa atingiria não somente os processos em andamento, mas, também, aqueles que possuem trânsito em julgado, as penas em fase de execução e todas as condenações anteriores amoldáveis à hipótese revogada, à semelhança da figura da *abolitio criminis*, existente no Direito Penal.

Na discussão do Tema nº 1.199/STF, prevaleceu a ideia de que a aplicação das normas da Lei nº 14.230/21 se deve à necessidade de preenchimento da lacuna deixada pela impossibilidade de aplicação de normas sancionatórias revogadas, em função do princípio da não ultratividade. Ou seja, as disposições reformadas da Lei de Improbidade Administrativa incidem sobre os casos em aberto não em função de serem mais benéficas aos réus, mas pela impossibilidade de se proferir decisão fundamentada em dispositivo de caráter punitivo extirpado do ordenamento jurídico.

Além disso, a aplicação dada à Lei nº 14.230/21 nos casos discutidos não atinge qualquer ato processual praticado regularmente sob a regência anterior da Lei de Improbidade Administrativa. Nesse sentido, consignou expressamente em seu voto o Ministro Alexandre de Moraes que “todos os atos processuais praticados serão válidos, inclusive as provas produzidas – que poderão ser compartilhadas no âmbito disciplinar e penal –; bem como a ação poderá ser utilizada para fins de ressarcimento ao erário”¹⁵³.

Após a prolação do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, o Relator do caso (Ministro Alexandre de Moraes), fez observação para reforçar o entendimento inaugurado por seu voto, que adota todas essas conclusões:

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Eu faço questão de separar porque não é – e isso dá diferença juridicamente – retroatividade parcial que eu estou votando. A lei é irretroativa. O que ocorre é que não há ultra-

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR**. Agravante: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 12 de dezembro de 2022, p. 72.

atividade da lei revogada. Só existe uma hipótese, no campo sancionatório, de ultra-atividade de uma lei revogada, que é o art. 3º do Código Penal, que não trata de retroatividade ou não, trata de ultra-atividade, como é o caso que estamos julgando, a meu ver.

O que diz o art. 3º do Código Penal?

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

A regra de qualquer direito sancionatório é: a lei só se aplica ao fato praticado durante a sua vigência se a lei não for revogada, porque ela não tem ultra-atividade. Excepcionalmente (aqui diz o Código), a lei excepcional ou temporária, mesmo revogada, então não existe mais o tipo penal, mas era uma lei excepcional, isso ocorre no caso do Código Penal Militar, por exemplo, tem hipóteses. Não existe mais a lei, mas aqui, sim, é uma exceção.

Nesse caso, a minha dificuldade é exatamente esta, a hora que o juiz chegar para condenar e vai condenar com base numa lei revogada, sem a previsão de ultra-atividade. Mas eu acho que ficou bem pontuado aqui a única divergência entre mim, o Ministro Fachin e o Ministro Luís Roberto.¹⁵⁴

Em conclusão, pode-se extrair, portanto, do acórdão do Tema de Repercussão Geral nº 1.199, do Supremo Tribunal Federal, a seguinte *ratio decidendi* quanto à revogação da modalidade culposa da improbidade administrativa, que: (i) a improbidade administrativa possui natureza civil e integra o sub-ramo do Direito Administrativo Sancionador, que possui principiologia própria; (ii) as normas jurídicas não retroagem, via de regra, em virtude do princípio do *tempus regit actum*, mas, diante da impossibilidade de aplicação de dispositivo de natureza sancionatória revogado – princípio da não ultratividade –, deve-se preencher esta lacuna pela aplicação do novo regime normativo aos processos em tramitação iniciados com fundamento no regime antigo; (iii) investigações e processos que discutem hipóteses de improbidade administrativa extintas – modalidade culposa –, sem decisão condenatória transitada em julgado, devem ser extintos; e (iv) todos os atos processuais praticados na vigência da redação da Lei de Improbidade Administrativa anterior à sua reforma, inclusive as provas produzidas, são válidos e inalcançáveis pela incidência das novas normas.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR**. Agravante: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 12 de dezembro de 2022, p. 197.

4. A TRANSPOSIÇÃO DA *RATIO DECIDENDI* DO ACÓRDÃO DO TEMA Nº 1.199/STF ÀS AÇÕES RELATIVAS AOS TIPOS DESCRITOS NO ARTIGO 11 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Nos capítulos anteriores, foram apresentados aspectos gerais que permeiam a compreensão da improbidade administrativa, de modo geral, e do ato de improbidade administrativa por ofensa aos princípios da Administração Pública, que possui particularidades em relação aos demais tipos dos arts. 9º e 10 da Lei de Improbidade Administrativa, como a necessária ausência de expressão econômica – enriquecimento ilícito ou dano ao erário – para a caracterização do tipo e as motivações políticas que justificaram a inclusão do art. 11 durante a tramitação do Projeto de Lei nº 1.446/91, originador da Lei nº 8.429/92.

Foram, também, expostos alguns problemas decorrentes do tratamento dado ao tipo de improbidade administrativa do art. 11 durante o período de regência da redação original da LIA, as dificuldades verificadas com o desvirtuamento do ajuizamento de ações com fundamento no aludido dispositivo e, por fim, detalhadas as substanciosas alterações realizadas pela Lei nº 14.230/21 no regime da improbidade por ofensa aos princípios da Administração Pública, no sentido de conter abusos no manejo das ações de improbidade administrativa.

Em seguida, foi analisado o acórdão do Tema de Repercussão Geral nº 1.199 do Supremo Tribunal Federal, mediante o qual o Plenário do STF firmou o entendimento de que as normas mais benéficas trazidas pela reforma da Lei de Improbidade Administrativa são irretroativas, embora devam ser aplicadas aos processos em tramitação, em razão do princípio da não ultratividade.

Examinados os fundamentos adotados e as conclusões granjeadas pelo entendimento vencedor no julgamento do Tema nº 1.199/STF, cumpre investigar em que medida a tese fixada para a Repercussão Geral tem aplicabilidade nos processos em tramitação que tratam sobre atos de improbidade administrativa por ofensa aos princípios da Administração Pública (art. 11) e, uma vez aplicáveis, quais são as implicações práticas da incidência das deduções do acórdão analisado a estes processos.

4.1. O problema da delimitação dada ao Tema nº 1.199/STF

Conforme detalhado no capítulo anterior, o Agravo em Recurso Extraordinário nº 843.989/PR foi equacionado sob a sistemática da Repercussão Geral, no Supremo Tribunal Federal, para discutir sobre “eventual (IR)RETROATIVIDADE das disposições da Lei

14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente”¹⁵⁵.

Não obstante, conquanto natural que os entendimentos firmados em sede de repercussão geral sejam adotados em outros processos cujas controvérsias guardem identidade com o tema analisado, por força do art. 927 do Código de Processo Civil¹⁵⁶, o Plenário do STF optou por restringir a discussão do Tema de Repercussão Geral nº 1.199 tão somente à extinção da modalidade culposa da improbidade administrativa e ao novo regime prescricional.

Nesse sentido, como exposto no tópico referente ao objeto do Tema nº 1.199/STF, o Ministro Relator do Processo, Alexandre de Moraes, consignou expressamente em seu voto que não seria analisada a eventual retroatividade de quaisquer outros dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa além daqueles referentes aos dois pontos indicados no título do Tema¹⁵⁷.

O recorte dado ao Tema de Repercussão Geral, todavia, revela-se problemático: ao negar – expressamente – cobertura à discussão quanto à retroatividade dos demais dispositivos de direito material alterados pela reforma da LIA no Tema nº 1.199, o Plenário do Supremo Tribunal Federal deixou de fora da análise algumas situações jurídicas que possuem, senão identidade integral, semelhanças suficientes com a extinção da modalidade culposa para permitir a adoção das mesmas soluções dadas aos casos que tratam das hipóteses abrangidas na discussão da Repercussão Geral.

¹⁵⁵ Título dado ao Tema de Repercussão Geral nº 1.199/STF.

¹⁵⁶ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados” (Brasil, 2015).

¹⁵⁷ No ponto, salienta o voto do Ministro Alexandre de Moraes: “Dessa forma, o objeto da presente repercussão geral circunscreve-se a definir eventual (ir)retroatividade das novas alterações realizadas na LIA pela Lei 14.230/2021, no tocante à exigência da caracterização do elemento subjetivo do tipo – dolo – para configuração dos atos de improbidade administrativa praticados antes da alteração normativa; bem como, sobre a aplicação dos novos prazos prescricionais e a recém-criada prescrição intercorrente. Não cabe, neste precedente de repercussão geral, analisar a compatibilidade de todas as inovações com a Constituição de 1988. O ponto essencial é: aceitando-se a premissa de que tais normas são mais benéficas ao réu, se comparadas com as da Lei 8.429/1992, definir se as regras da Lei 14.230/2021 atinentes ao dolo e à prescrição incidem quanto a fatos e a ações a ela anteriores. Os demais e importantes assuntos trazidos em memoriais e nas sustentações orais, tais como as alterações do artigo 11, mudanças procedimentais, autonomia de instâncias serão debatidos e decididos em ações próprias, várias delas já ajuizadas perante esse SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR**. Agravante: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 12 de dezembro de 2022, p. 41).

O principal imbróglio verificado em se restringir a análise da retroatividade a determinadas hipóteses – assim como levado a efeito no Tema nº 1.199/STF – reside na possibilidade de que, posteriormente, em análise específica dos dispositivos não abrangidos pelo Tema nº 1.199/STF, seja dada interpretação diversa a situações jurídicas estritamente equivalentes à já discutida.

O exemplo mais claro do art. 11 no qual se verifica a possibilidade de aplicação integral das conclusões do Supremo Tribunal Federal no Tema nº 1.199 é aquele dos processos fundados exclusivamente em hipótese revogada de improbidade administrativa. Nestes casos, a semelhança com a discussão do Tema nº 1.199/STF reside na atipicidade superveniente da conduta ocasionada pela Lei nº 14.230/21. Deste modo, se o entendimento do Plenário se deu no sentido de que as ações pendentes de decisão condenatória transitada em julgado devem ser extintas pela inexistência de dispositivo legal vigente que tipifique a improbidade administrativa culposa no momento da decisão, o mesmo deve valer para os processos em que se discute condutas cujas hipóteses foram tornadas atípicas com a revogação de dispositivos pela reforma da LIA.

Outras situações menos evidentes merecem a mesma atenção, como aquelas em que a hipótese de improbidade administrativa não foi revogada, mas o inciso que a tipifica sofreu alterações, passando a exigir, para a configuração do ato de improbidade administrativa, novos elementos. Nestes casos, embora a hipótese de ato ímprobo não tenha sido tornada atípica, é possível que a conduta praticada o tenha, por não atender a todos os elementos – objetivos e subjetivos – do no novo regime dado ao tipo.

Insta destacar, ainda, que, assim como no caso da modalidade culposa da improbidade administrativa, também os atos praticados com dolo genérico foram tornados atípicos para fins de responsabilização a título de improbidade administrativa, de modo a exigir, em algum grau, atenção sobre o elemento subjetivo da conduta investigada.

A *ratio decidendi* extraída do acórdão do Tema nº 1.199/STF indica soluções jurídicas para esses casos, tendo em vista que fora obtida a partir de premissas que se aplicam, integralmente, aos exemplos hipotéticos apresentados. Deste modo, cumpre analisar, à luz das alterações efetuadas na Lei de Improbidade Administrativa pela Lei nº 14.320/21 e do acórdão do Tema nº 1.199/STF, quais as implicações práticas da aplicação das normas trazidas pela reforma da LIA aos casos em tramitação em que se discute improbidade administrativa por ofensa aos princípios da Administração Pública.

4.2. Irretroatividade e a análise do elemento subjetivo pelo juízo competente

Ao fixar a tese do Tema de Repercussão Geral nº 1.199, optou o Plenário do Supremo Tribunal Federal por consignar, no terceiro item da tese, que as disposições da Lei nº 14.230/21 se aplicam aos processos referentes a atos de improbidade administrativa culposos praticados anteriormente à reforma da LIA, desde que não tenham decisão condenatória transitada em julgado, “devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente”¹⁵⁸.

Não há, contudo, na tese fixada no acórdão, detalhamento de como deve se dar a referida análise do elemento subjetivo pelo juízo competente. Neste quadro, faz-se necessário adentrar, novamente, nas razões dos votos do entendimento prevalecente no julgamento para entender quando e como será realizada a análise do elemento subjetivo nos casos de aplicação da Lei nº 14.230/21 aos processos iniciados na vigência do texto anterior da Lei nº 8.429/92.

No ponto, é emblemático o voto do Ministro Alexandre de Moraes, quando explica tratar-se, na espécie, não de retroatividade, mas da adoção do princípio do *tempus regit actum*, em razão da impossibilidade de aplicação da norma sancionatória revogada (princípio da não ultratividade). Para o Relator do ARE 843.989/PR, a incidência das normas da Lei nº 14.230/21 não tem o condão de atingir os atos processuais já praticados, que permanecem válidos:

Isso ocorre pelo mesmo princípio do *tempus regit actum*, ou seja, tendo sido revogado o ato de improbidade administrativa culposo antes do trânsito em julgado da decisão condenatória; não é possível a continuidade de uma investigação, de uma ação de improbidade ou mesmo de uma sentença condenatória com base em uma conduta não mais tipificada legalmente, por ter sido revogada.

Não se trata de retroatividade da lei, uma vez que todos os atos processuais praticados serão válidos, inclusive as provas produzidas – que poderão ser compartilhadas no âmbito disciplinar e penal –; bem como a ação poderá ser utilizada para fins de ressarcimento ao erário.¹⁵⁹

Corroborando para a manutenção dos atos processuais praticados, tem-se que o Plenário do STF entendeu que, em nome da proteção da segurança jurídica, por serem irretroativas, as normas da Lei nº 14.230/21 encontram o limite de sua aplicação nas disposições

¹⁵⁸ “[...] 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; [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR**. Agravante: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 12 de dezembro de 2022).

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR**. Agravante: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 12 de dezembro de 2022, p. 72.

nas disposições do art. 50, XXXVI, da Constituição Federal e do art. 6º da LINDB, que tutelam a coisa julgada e o ato jurídico perfeito¹⁶⁰.

Deste modo, sendo plenamente válidos os atos processuais praticados na vigência da do regime da Lei de Improbidade Administrativa anterior à reforma, afigura-se razoável extrair do acórdão que a análise do elemento subjetivo pelo juízo competente, caso encerrada a fase instrutória, deve se conter, exclusivamente, ao acervo fático-probatório dos autos. Isso porque, além de as novas normas não retroagirem para alcançar os atos já praticados, também não retroagem para permitir a reabertura da fase probatória do processo, em nome da segurança jurídica, tendo em vista que os atos já praticados permanecem válidos.

4.3. O paralelismo entre a extinção da modalidade culposa da improbidade administrativa e as alterações do art. 11 da LIA

Conforme observado, a corrente vencedora no julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 1.199/STF, ao analisar a questão posta à Corte, adotou três fundamentos principais para assentar a irretroatividade da Lei nº 14.230/21, especificamente no que refere à revogação da improbidade administrativa culposa: (i) a natureza civil da improbidade administrativa; (ii) a inexistência de previsão expressa de retroatividade, de “anistia geral” ou de regra de transição para as novas normas da Lei nº 14.230/21; e (iii) a autonomia dos princípios do Direito Administrativo Sancionador, codificados pela Constituição Federal de 1988 e aplicáveis ao sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa, em relação ao Direito Penal¹⁶¹.

A partir disso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu aplicáveis as disposições trazidas pela reforma da Lei de Improbidade Administrativa aos processos relativos a atos culposos ajuizados na vigência do texto anterior ainda pendentes de julgamento definitivo. Nessa oportunidade, embora se estivesse discutindo a possibilidade de aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela aplicação da Lei nº 14.230/21 às ações em tramitação por motivo diverso: pelo princípio do *tempus regit actum*. Ou seja, a aplicação das novas normas não se dá em função de serem mais benéficas ao réu,

¹⁶⁰ Cf. tópico “3.4. Conclusões alcançadas pela corrente prevalecente do Plenário no julgamento do Tema nº 1.199/STF”.

¹⁶¹ Cf. tópico “3.3. Fundamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 1.199”.

mas por não ser viável aplicar, no momento da decisão, as antigas normas sancionatórias revogadas, por força do princípio da não ultratividade¹⁶².

Naquele caso, verifica-se que, a rigor, a discussão travada, no que se refere à extinção da forma culposa da improbidade administrativa, gira em torno da modificação efetivada pela Lei nº 14.230/21 sobre um elemento constitutivo do ato de improbidade administrativa: o elemento subjetivo.

Como visto, a reforma efetivada na Lei de Improbidade Administrativa alterou de modo portentoso o nível de exigência quanto ao elemento subjetivo para a configuração do ato de improbidade administrativa. Anteriormente, bastava a demonstração de voluntariedade do ato do agente público – ou equiparado – para que fosse possível a caracterização do ato ímprobo. Com a reforma, passou-se a exigir a demonstração concreta de que o agente tenha praticado o ato com o objetivo de atingir o resultado ilícito¹⁶³.

O que se tem, no caso analisado, é a restrição das hipóteses que podem ser consideradas improbidade administrativa a partir da exigência de que, para este desiderato, verifique-se que a conduta tenha sido praticada com dolo específico. Deste modo, aqueles atos praticados com culpa ou com dolo genérico tornaram-se atípicos por deixarem de atender a todos os requisitos de constituição do ato de improbidade administrativa. Trata-se de modificação de norma material relacionada à tipicidade da improbidade administrativa.

Isso não significa, em absoluto, que os atos tornados atípicos para fins de responsabilização a título de improbidade administrativa tenham sido relegados à impunidade. Permanece plenamente possível que a Administração Pública, por exemplo, ajuíze ação de regresso contra o agente público que, por culpa ou dolo, cause prejuízos a terceiros no exercício da função pública, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal, ou que o agente responda por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro, nos termos do art. 28 da LINDB.

Da mesma maneira, a Lei nº 14.230/21 alterou os elementos constitutivos de várias hipóteses de improbidade por ofensa aos princípios da Administração. Apenas para que se exemplifique, confira-se a mudança efetuada no inciso VI do art. 11:

~~VI – deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;~~

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

¹⁶² Cf. tópico “3.4. Conclusões alcançadas pela corrente prevalecente do Plenário no julgamento do Tema nº 1.199/STF”.

¹⁶³ Cf. tópico “2.3.1. O elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa na disciplina da Lei nº 14.230/21”.

Conforme se verifica, a redação do inciso VI foi alterada para acrescentar dois elementos como condicionantes à caracterização deste ato de improbidade: (i) que o agente tivesse à sua disposição condições para prestar contas – elemento objetivo –; e (ii) que o agente tenha deixado de prestar contas para ocultar irregularidades – elemento subjetivo.

Assim como em relação à já discutida extinção da forma culposa de improbidade administrativa, afere-se da modificação do inciso VI do art. 11 que os elementos constitutivos do tipo de improbidade foram alterados, distinguindo-se as situações apenas pela natureza do elemento constitutivo alterado: no caso da extinção da modalidade culposa, fala-se sobre alteração do elemento subjetivo; no caso da alteração do inciso VI do art. 11, cuidam-se de alterações nos elementos subjetivos e objetivos do tipo.

Não obstante, apesar da apontada distinção, os efeitos práticos das alterações dos elementos constitutivos dos tipos são os mesmos. Caso uma conduta deixe de preencher qualquer elemento exigido para a caracterização de um tipo – seja objetivo ou subjetivo –, tem-se que é conduta atípica, que até pode corresponder a outras tipificações, mas jamais à da hipótese cujos requisitos não sejam integralmente cumpridos.

Nesse diapasão, verifica-se que eventual conduta de “deixar de prestar contas”, praticada por agente que público que deveria fazê-lo, na vigência da redação original do inciso VI, portanto típica; torna-se atípica à luz da nova redação do inciso VI caso a finalidade da conduta não tenha sido “ocultar irregularidades”, mas qualquer outra diversa, dada a nova exigência do dispositivo.

Trata-se, rigorosamente, da mesma discussão enredada no Tema nº 1.199/STF, a saber, a atipicidade superveniente da conduta ímproba. Neste sentido, verifica-se que a *ratio decidendi* do acórdão do Tema nº 1.199/STF aplica-se, *in totum*, também às alterações do art. 11 relacionadas à tipicidade da improbidade administrativa, pois: (i) são normas de direito material relativas à tipificação da improbidade administrativa e possuem natureza civil; e (ii) embora não haja previsão expressa de retroatividade, anistia ou regime de transição, o princípio da não ultratividade impede que as normas antigas – de viés sancionatório – sejam aplicadas, por terem sido revogadas, impondo-se a aplicação do mesmo princípio do *tempus regit actum* adotado pelo Supremo Tribunal Federal no ARE 843.989/PR.

Verificando-se a equivalência jurídica entre a discussão do Tema nº 1.199/STF e as alterações promovidas no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa pela Lei nº 14.230/21, bem como a possibilidade de extensão do entendimento do Plenário do STF às alterações das normas de direito material relativas à tipicidade dos atos de improbidade administrativa por

ofensa aos princípios da Administração Pública; passaremos, pois, ao exame das implicações práticas da incidência das conclusões do Tema de Repercussão Geral a cada uma das alterações do art. 11.

4.4. As implicações práticas do Tema nº 1.199 para as ações relativas a atos de improbidade administrativa por ofensa aos princípios da Administração Pública

Inicialmente, verifica-se que, dado o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido da irretroatividade das normas da Lei nº 14.230/21, aplicáveis somente aos processos em tramitação, devem ser excluídos da incidência das alterações do art. 11 da LIA promovidas pela reforma todos aqueles processos que possuem decisão condenatória transitada em julgado.

Isso porque, consoante decidido no Tema nº 1.199/STF, e já abordado neste trabalho, a incidência dada pelo Supremo às normas da Lei nº 14.230/21 nos processos iniciados antes da reforma da LIA não tem a aptidão de atingir a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, em razão do disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988.

Afastada a incidência da nova lei aos processos já transitados em julgado, cumpre expor as alterações gerais do art. 11 da LIA que afetam todos os processos em tramitação relativos a atos atentatórios aos princípios da Administração Pública, cuja adequação típica deve ser analisada, caso a caso: (i) o elemento subjetivo; e (ii) a lesividade da conduta.

Em relação ao elemento subjetivo, tem-se que a improbidade por ofensa aos princípios da Administração Pública jamais admitiu a modalidade culposa, que se restringia apenas ao art. 10. Todavia, admitia-se, anteriormente à reforma – e esta era uma das principais críticas ao tratamento dado originalmente à improbidade do art. 11 – a caracterização da improbidade administrativa nos casos em que se verificava dolo genérico.

Conforme já detalhado, a reforma da Lei de Improbidade Administrativa operou significativa transformação no tratamento do elemento subjetivo da improbidade administrativa, passando a exigir a verificação de dolo objetivo para a caracterização de todos os tipos de improbidade administrativa (art. 9º, 10 e 11)¹⁶⁴.

No ponto, dispõe a nova redação da LIA:

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de

¹⁶⁴ Cf. tópico “2.3.1. O elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa na disciplina da Lei nº 14.230/21”.

assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Deste modo, à luz da nova redação, deve-se adotar, nos processos em que se discute ato de improbidade administrativa praticado com dolo genérico, as mesmas providências prescritas no acórdão do Tema nº 1.199/STF para os casos de improbidade culposa – a extinção do feito. Isso porque, assim como as condutas culposas, aquelas praticadas com dolo genérico também foram tornadas atípicas pela reformulação do art. 1º da LIA. Nesses casos, sendo necessária reanálise do elemento subjetivo, esta deve se dar em conformidade com o disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, à luz do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, atendo-se ao acervo fático-probatório já produzido nos autos, caso encerrada a fase probatória, tendo em vista a manutenção dos atos processuais praticados¹⁶⁵.

No que tange à lesividade da conduta, a reforma da Lei de Improbidade Administrativa trouxe a seguinte disposição ao art. 11:

§ 4º Os atos de improbidade de que trata este artigo exigem lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento e independem do reconhecimento da produção de danos ao erário e de enriquecimento ilícito dos agentes públicos. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Trata-se, assim como o dolo específico, de elemento constitutivo – neste caso, objetivo – de todas as hipóteses de improbidade administrativa elencadas no art. 11 da LIA. Em relação a este requisito, a Lei de Improbidade Administrativa não define o que poderia ser considerado “lesividade relevante”. Apesar disso, trata-se de elemento objetivo previsto em lei que deve ser preenchido para que determinada conduta possa caracterizar improbidade administrativa.

Deste modo, deve o juízo competente analisar, no bojo do acervo fático-probatório dos autos, se a conduta atende ao critério da lesividade para configurar ato de improbidade administrativa. Em não se divisando tal lesividade, trata-se de conduta atípica e, assim como nos demais casos de atipicidade superveniente, deve-se extinguir o processo, caso não restem outros dispositivos que sustentem sua continuidade.

Com a reforma da LIA, o art. 11, §3º, passou a exigir, ainda, a indicação expressa e específica dos dispositivos considerados violados:

¹⁶⁵ Cf. tópico “4.2. Irretroatividade e a análise do elemento subjetivo pelo juízo competente”.

§ 3º O enquadramento de conduta funcional na categoria de que trata este artigo pressupõe a demonstração objetiva da prática de ilegalidade no exercício da função pública, com a indicação das normas constitucionais, legais ou infralegais violadas. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Trata-se de modificação que não diz respeito somente à tipicidade da conduta, mas, também a aspectos processuais. Deste modo, em que pese a nova exigência de indicação das normas constitucionais, legais ou infralegais violadas, não se mostra razoável que incida a norma sobre os processos em andamento, tendo em vista que, à época do ajuizamento das ações – anteriores à reforma da LIA –, não se exigia do autor da ação esta indicação.

Por se tratar de disposição direcionada ao autor da ação, no sentido de atribuir-lhe maior ônus de demonstração do ato tido como ímprobo, e não propriamente de elemento constitutivo do ato de improbidade administrativa, não há correspondência desta exigência com a discussão do Tema nº 1.199/STF, motivo pelo qual não se afigura possível aplicar a *ratio decidendi* adotada no ARE 843.989/PR a este caso.

Analisada a incidência do entendimento do Supremo Tribunal Federal no Tema nº 1.199/STF sobre as alterações gerais concernentes ao elemento subjetivo da improbidade administrativa por ofensa aos princípios da Administração Pública, à necessidade de verificação de lesividade relevante e à indicação específica do dispositivo violado; passaremos ao exame das implicações da aplicação das alterações das hipóteses de improbidade administrativa propriamente ditas às ações em tramitação.

4.4.1. Ações fundadas em hipóteses extintas

Com a reforma da Lei de Improbidade Administrativa, algumas hipóteses de improbidade administrativa do art. 11 foram extintas, seja pela revogação de incisos, seja pela alteração do *caput* do artigo.

No regime anterior, a improbidade administrativa por violação aos princípios da Administração Pública não exigia, para sua caracterização, correspondência exata entre a conduta e uma das hipóteses elencadas nos incisos do art. 11. Isso porque o rol do art. 11 possuía natureza exemplificativa, de modo que o *caput* do dispositivo podia ser aplicado isoladamente nos casos de violação genérica aos princípios da Administração Pública, consubstanciada no descumprimento dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Cf. tópicos “1.2.2.3. Os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições” e “2.3.2. Nova redação do *caput* do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa”.

A reforma da LIA levada a efeito pela Lei nº 14.230/21 tornou o *caput* do art. 11 taxativo, de modo que não mais basta que a conduta viole genericamente princípios da Administração Pública para constituir ato de improbidade administrativa, devendo, agora, corresponder a uma das hipóteses listadas nos incisos do art. 11.

Outra relevante alteração efetivada pela Lei nº 14.230/21, no que se refere à extinção de hipóteses de improbidade administrativa foi a revogação dos incisos I, II, IX e X do art. 11:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; [...]

IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

X - transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. (Incluído pela Lei nº 13.650, de 2018)

Deste modo, tanto as condutas capituladas exclusivamente no *caput* do art. 11 quanto aquelas correspondentes às hipóteses dos incisos revogados foram tornadas atípicas. Neste caso, diferentemente da extinção da modalidade culposa da improbidade, que somente alterou um dos elementos constitutivos do tipo, a alteração do *caput* do art. 11 e a revogação dos incisos mencionados tornou atípica toda a conduta. Deste modo, as condutas anteriormente descritas nos incisos não podem mais configurar ato de improbidade administrativa, ainda que cometidas com dolo específico.

Trata-se, pois, de circunstância que prescinde a reanálise do elemento subjetivo da improbidade e da lesividade da conduta pelo juízo competente para a extinção do processo, caso seja fundamentado exclusivamente nestas hipóteses. Caso o processo possua, além destas hipóteses, outros fundamentos legais, deve-se analisar se as hipóteses restantes discutidas são suficientes para impedir sua extinção.

4.4.2. Ações fundadas em hipóteses alteradas

A Lei nº 14.230/21 também operou importantes mudanças no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa no tocante à especificação das condutas elencadas nos incisos. Nesse sentido, a reforma da LIA teve por objetivo restringir a amplitude de incidência das hipóteses do art. 11, cuja redação genérica permitia desvirtuamentos no manejo de ações de improbidade administrativa. Nesse esforço, foram operadas alterações nas redações dos incisos

III, IV, V e VI, todas relativas aos elementos constitutivos das hipóteses de improbidade administrativa.

O inciso III sofreu a seguinte alteração:

~~III—revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;~~

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo, propiciando beneficiamento por informação privilegiada ou colocando em risco a segurança da sociedade e do Estado; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

Colhe-se da nova redação do inciso III do art. 11 que, para a caracterização deste ato ímprobo, passou-se a exigir novo elemento objetivo: a verificação de beneficiamento por informação privilegiada ou a criação de risco à segurança da sociedade e do Estado.

A alteração do inciso IV se deu da seguinte maneira:

~~IV—negar publicidade aos atos oficiais;~~

IV - negar publicidade aos atos oficiais, exceto em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado ou de outras hipóteses instituídas em lei (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

No caso do inciso IV, a alteração se deu para acrescentar exceção à caracterização do tipo. Deste modo, as condutas de negativa de publicidade a atos oficiais anteriormente típicas praticadas em virtude de “imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado ou de outras hipóteses instituídas em lei” foram tornadas atípicas.

O inciso V foi o que sofreu alteração mais profunda:

~~V—frustrar a licitude de concurso público;~~

V - frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

O escopo da hipótese foi ampliado para abranger, para além dos concursos públicos, chamamentos e procedimentos licitatórios. Além disso, criou-se a exigência – elemento subjetivo – de que a o favorecimento praticado tenha sido praticado com a finalidade de obtenção de benefício próprio ou de terceiros.

Por fim, o inciso VI foi alterado nos seguintes termos:

~~VI—deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;~~

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

Conforme já exposto anteriormente, o dispositivo passou a exigir dois novos elementos para sua configuração: (i) que o agente tivesse à sua disposição condições para prestar contas – elemento objetivo –; e (ii) que o agente tenha deixado de prestar contas para ocultar irregularidades – elemento subjetivo.

No tocante aos processos relativos a essas hipóteses ajuizados em data anterior à entrada em vigor da Lei nº 14.230/21, deve o juízo competente realizar reanálise do acervo probatório dos autos, nos moldes do exposto no tópico “4.2. Irretroatividade e a análise do elemento subjetivo pelo juízo competente”, caso encerrada a fase probatória do processo, para verificar se a conduta imputada ao agente público preenche todos os elementos constitutivos do tipo, à luz da regência da Lei nº 14.230/21 – ou se incorre na excludente de tipicidade acrescentada no inciso IV.

Diferentemente do que se verifica em relação às hipóteses extintas de improbidade, abordadas no tópico anterior, os casos ora comentados, referentes às hipóteses cuja redação fora alterada, não prescindem a análise do elemento subjetivo e da lesividade da conduta pelo juízo competente.

4.4.3. Ações fundadas na hipótese inalterada do inciso VII

Após a reforma do art. 11 da LIA, apenas o inciso VII permaneceu com a redação que lhe foi dada originalmente pela Lei nº 8.429/92:

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Embora inalterada a hipótese específica de improbidade administrativa, referente à conduta descrita no inciso, incidem sobre as ações fundadas nesse dispositivo as alterações da LIA quanto ao elemento subjetivo e à lesividade relevante. Deste modo, o juízo competente deverá analisar o conjunto probatório dos autos apenas em relação a estes dois pontos para a verificação da tipicidade da conduta.

Assim como nos demais casos, em se verificando a atipicidade da conduta, deverá ser extinto o processo, caso a hipótese tornada atípica seja o fundamento exclusivo da ação. Se houver, também, outras condutas discutidas no processo, estas também deverão ser analisadas à luz do Tema nº 1.199/STF.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme observado, a improbidade administrativa por ofensa aos princípios da Administração Pública, figura originada durante a tramitação do Projeto de Lei nº Lei nº 1.446/91 como resposta a anseios e mobilizações populares por rigor punitivo aos abusos cometidos no exercício da função pública, mostrou-se, a um só tempo, instrumento de importância ímpar na responsabilização de agentes ímprobos e mecanismo para a perpetração de abusos e aplicação de sanções desproporcionais, com desvios de finalidade dos mais diversos.

De certo modo, a Lei de Improbidade Administrativa – juntamente com outros diplomas legais – atendeu ao objetivo de combate severo à corrupção e aos corruptos, salientado por Ulysses Guimarães no discurso de promulgação da Constituição Federal de 1988, significando para a moralização da Administração Pública brasileira relevante marco normativo, ainda que se tenha verificado falhas e insuficiências da Lei nº 8.429/92.

Ocorre que, em função de uma busca exacerbada por punição aos desvios praticados por agentes públicos, deixou-se de lado, em grande medida, a cautela no manejo das ações por improbidade administrativa, utilizando-a, largamente, tanto contra os agentes públicos que atuavam com desonestidade funcional quanto contra os gestores inábeis de boa-fé, ao arrepio dos ditames da razoabilidade e da proporcionalidade.

Assim foi desde a entrada em vigor da Lei nº 8.429/92, pioneira na regulamentação da improbidade administrativa, e durante quase três décadas, até que a Lei de Improbidade Administrativa fosse reformada pela Lei nº 14.230/21, que incorporou ao texto legal alterações que visaram reduzir os problemas verificados no período de vigência da lei.

A reforma da Lei de Improbidade Administrativa, por meio da qual empregou-se esforços na modernização da Lei nº 8.429/92, parece ter produzido bons frutos, eis que, tendo em vista tratar-se a improbidade administrativa de sistema integrante do *ius puniendi* estatal, cuidou a Lei nº 14.230/21 de estabelecer critérios mais rigorosos para a caracterização dos atos de improbidade administrativa, atribuiu maior ônus probatório ao autor da ação e, acima de tudo, deu contornos mais específicos às hipóteses de improbidade administrativa, sobretudo àquelas constantes do rol do art. 11.

Todavia, não foi estabelecida qualquer regra de transição, de maneira que se fez necessário que o Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso afetado à sistemática da Repercussão Geral, apreciasse sobre eventual possibilidade de aplicação analógica do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica no bojo das ações de improbidade administrativa.

Contudo, ao restringir, expressamente, a análise de eventual retroatividade das normas da Lei nº 14.230/21 às disposições relativas à extinção da modalidade culposa da improbidade administrativa do art. 10 e ao novo regime prescricional delineado pela reforma da LIA, o Supremo Tribunal Federal deixou de dar soluções a outras relevantes e equivalentes situações jurídicas.

Conforme detalhado, discutia-se, no Tema nº 1.199/STF, a alteração da disposição legal quanto ao elemento subjetivo da improbidade administrativa do art. 10. Neste ponto, a *ratio decidendi* adotada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal foi no sentido de que, em razão de a improbidade administrativa possui natureza eminentemente civil, integrante do subramo do Direito Administrativo Sancionador, não seria possível a aplicação direta dos princípios endêmicos do Direito Penal às ações de improbidade administrativa, por possuírem, ambas as esferas, lógicas operativas distintas.

Deste modo, assentou-se a irretroatividade das normas civis, que, para tal desiderato, necessitariam de previsão legal expressa. Apesar disso, em função da impossibilidade de se conferir ultratividade às normas de caráter sancionatório revogadas – princípio da não ultratividade –, a concepção adotada pelo Supremo Tribunal Federal se deu no sentido de que as novas normas devem incidir nos processos pendentes de julgamento definitivo.

Apesar de o acórdão do Tema nº 1.199/STF ser expresso quanto à inaplicabilidade dos entendimentos firmados a quaisquer outras situações que não a extinção da modalidade culposa e o novo regime prescricional das ações de improbidade administrativa, verifica-se que tal restrição não se sustenta, se colocada frente à proteção da segurança jurídica, no que se refere às alterações levadas a efeito pela Lei nº 14.230/21 ao art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

Isso porque, conforme colhe-se do acórdão do Tema nº 1.199/STF, especificamente quanto à extinção da modalidade culposa, o pano de fundo da discussão era, precisamente, a possibilidade de aplicação retroativa de modificação de norma de direito material que alterou o elemento subjetivo da improbidade administrativa. Em outras palavras: alteração de elemento constitutivo do tipo.

Consoante detalhado neste trabalho, as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21 no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa – com exceção da necessidade de indicação específica da norma constitucional, legal ou infralegal violada – possuem, todas, o condão específico de alterar elementos constitutivos dos elementos dos tipos de improbidade administrativa por ofensa aos princípios da Administração Pública.

Deste modo, à luz do papel de centralidade conferido aos precedentes pelo Código de Processo Civil de 2015, notadamente pelo art. 926 e seguintes, bem como da segurança jurídica, em se tratando ambos os casos – abolição da improbidade administrativa culposa e alterações dos elementos constitutivos da improbidade administrativa do art. 11 – de discussões, a rigor, idênticas, revela-se plenamente aplicável a *ratio decidendi* adotada no Tema nº 1.199/STF, também, ao tipo de improbidade administrativa abordado neste trabalho.

Relegar o exame quanto à possibilidade de aplicação das novidades do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa – relativas à tipicidade – aos processos em tramitação, desconsiderando-se o entendimento firmado no Tema nº 1.199/STF, revela-se especialmente temerário, eis que já há posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal no tocante a discussão de contornos idênticos e, caso assim feito, abre-se possibilidade para que as questões recebam tratamentos e soluções distintos. Negar a aplicação da *ratio decidendi* do Tema nº 1.199/STF a estes casos é afronta injusta e temerária à proteção da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Comentários sobre a Lei de Improbidade Administrativa**. Belo Horizonte, Fórum, 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ALVARENGA, Aristides Junqueira. **Reflexões sobre Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro**. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. *Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentação Jurídica**. Coleção Direito, Retórica e Argumentação. Vol. 1. Curitiba: Alteridade, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 240, 1–42, 2005.

BRASIL. **Ato Institucional nº 14, de 05 de setembro de 1969**. Dá nova redação ao parágrafo 11 do artigo 150 da Constituição do Brasil, acrescentando que não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento ou confisco, salvo nos casos de guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar - esta disporá, também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na administração pública direta ou indireta. Brasília, 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-14-69.htm. Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67emc69.htm. Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. **Constituição Política da Império do Brasil, de 1824**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em; 23 jun 2023.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em 23 jun. 2023.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em 13 jun. 2023.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n° 3.240, de 08 de maio de 1941**. Sujeita a sequestro os bens de pessoas indiciadas por crimes de que resulta prejuízo para a fazenda pública, e outros. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del3240.htm. Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n° 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional n° 01, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em 23 jun. 2023.

BRASIL. **Lei n° 1.079, de 10 de abril de 1950**. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Rio de Janeiro, 1950. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11079.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%201.079%2C%20DE%2010,o%20respectivo%20processo%20de%20julgamento.&text=Art.,os%20que%20esta%20lei%20especifica. Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. **Lei n° 13.019, de 31 de julho de 2014**. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis n°s 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. Brasília, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113019.htm. Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. **Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. **Lei n° 13.146, de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.650, de 11 de abril de 2018.** Dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social, na área de saúde, de que trata o art. 4º da Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009; e altera as Leis nº s 12.101, de 27 de novembro de 2009, e 8.429, de 2 de junho de 1992. Brasília, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13650.htm. Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021.** Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114230.htm. Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 3.164, de 1º de junho de 1957.** Provê quanto ao disposto no parágrafo 31, 2ª parte, do artigo 141, da Constituição Federal, e dá outras providências. Rio de Janeiro, 1957. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/13164.htm. Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 3.502, de 21 de dezembro de 1958.** Regula o sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função. Rio de Janeiro, 1958. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/13502.htm. Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 02 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. Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.** Estabelece normas para as eleições. Brasília, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1.446, de 16 de agosto de 1991.** Estabelece o procedimento para suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, emprego ou função da Administração Pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 1991. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=192235>. Acesso em 23 jun 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 10.887, de 10 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/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>. Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. **Súmula Vinculante nº 13.** A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2008.

Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1227>. Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 73.968/SP**.

Agravante: Maria Costa Teixeira. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo.

Relator: Min. Benedito Gonçalves, 29 de outubro de 2012. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1136759&num_registro=201102610495&data=20121029&peticao_numero=201200081675&formato=PDF. Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses**. Edição n. 40, Improbidade Administrativa – II. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jt/jt.jsp>. Acesso em 23 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 410.414/SP**. Recorrente: Mauro Bragato. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Castro Meira, 27 de setembro de 2004. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=491463&num_registro=200200138658&data=20040927&formato=PDF. Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR**.

Agravante: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social.

Relator: Min. Alexandre de Moraes, 12 de dezembro de 2022. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355258369&ext=.pdf>. Acesso em 23 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR**. Agravante: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 03 de março de 2022.

Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349939755&ext=.pdf>. Acesso em 23 jun. 2023.

BRASIL. Ulysses Silveira Guimarães. **Discurso por ocasião da promulgação da Constituição Federal de 1988**. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/radio/programas/277285-integra-do-discurso-presidente-da-assembleia-nacional-constituente-dr-ulysses-guimaraes-10-23/>. Acesso em: 23 jun. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2017.

CARNEIRO, Rafael de A. Araripe. **A reformulação limitadora do conceito de improbidade administrativa**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; CARNEIRO, Rafael de A. Araripe (Coord.). Nova Lei de Improbidade Administrativa: inspirações e desafios. São Paulo: Almedina, 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2020.

CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de. **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

COELHO, Gabriela. Pesquisa mostra que sanções por improbidade são muito amplas e geram insegurança. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 20 de maio de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-20/pesquisa-mostra-sancoes-improbidade-sao-amplas#author>>. Acesso em 10 jun. 2023.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FALZONE, Guido. **Il dovere di buona amministrazione**. Parte I. Milão: Giuffrè, 1953.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos: de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* **Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/1992, com as alterações da Lei 14.230/21**. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

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

HAGE, Jorge. **Aos 30 anos da Lei de Improbidade, os avanços do Brasil no combate à corrupção**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; CARNEIRO, Rafael de A. Araripe (Coord.). **Nova Lei de Improbidade Administrativa: inspirações e desafios**. São Paulo: Almedina, 2022.

HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; REIS, Isaac (Org.). **Retórica e Argumentação Jurídica: modelos em análise**. Curitiba: Editora Alteridade, v. 2, 2018, p. 179-196

JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: lei 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MARQUES, Mauro Campbell. **Breves considerações sobre as sanções previstas na lei 8.429/1992: o anteprojeto de reforma da Lei de Improbidade Administrativa**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; CARNEIRO, Rafael de A. Araripe (Coord.). **Nova Lei de Improbidade Administrativa: inspirações e desafios**. São Paulo: Almedina, 2022.

MARQUES, Mauro Campbell. **Breves considerações sobre o anteprojeto de reforma da Lei de Improbidade Administrativa: a proposta da comissão de juristas nomeada pela Câmara dos Deputados**. In: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Doutrina: edição comemorativa, 30 anos do STJ**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Supremo Tribunal Federal e Improbidade Administrativa: perspectivas sobre a reforma da lei 8.429/1992**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; CARNEIRO, Rafael de A. Araripe (Coord.). *Nova Lei de Improbidade Administrativa: inspirações e desafios*. São Paulo: Almedina, 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; CARNEIRO, Rafael de A. Araripe (Coord.). **Nova Lei de Improbidade Administrativa: inspirações e desafios**. São Paulo: Almedina, 2022.

MORAES, Alexandre de. **Combate à Corrupção – Breves Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. In: LOPES, Sílvia; ZILVETI, Fernando Aurelio (Coord.). *O Regime Democrático e a Questão da Corrupção Política*. São Paulo: Atlas, 2004.

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe. **Lei de improbidade administrativa comentada: de acordo com a reforma pela lei n. 14.230/2021**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa administração pública**. Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. **O elemento subjetivo do dolo na “nova” LIA**. In: CAVALCANTE FILHO, João Trindade *et al.* *Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa (lei nº 14.230/2021)*. Brasília: Unyleya, 2021.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PINHEIRO, Igor Pereira; ZIESEMER, Henrique da Rosa. **Nova lei de improbidade administrativa comentada**. São Paulo: Mizuno, 2022.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.