

A (Ir)retroatividade material das alterações da Lei 14.230/21: o impasse criado pela mudança na Lei de Improbidade administrativa.

João Paulo Manzano Lopes

Graduando em Direito

Jp_manzanolopes@hotmail.com

Gabriel Tureta Giore

Professor Orientador

gabrieltureta@gmail.com

RESUMO: A Lei n. 14.230/2021 fez alterações significativas no sistema de improbidade administrativa. A revisão buscou corrigir omissões e excessos na Lei de Improbidade Administrativa, o que resultou em interpretações judiciais igualmente omissas e/ ou inadequadas. Nesse sentido, como forma de contribuir para o debate em torno dos novos dispositivos da LIA, o artigo a seguir discutirá a aplicabilidade do diploma inovador, sendo uma das questões mais controversas entre os juristas que mantêm consigo visões opostas sobre o assunto, realizando uma análise documental sobre as reformas promovidas pela Lei 14.230/21, centrando - se nas questões relativas à sua aplicação ou não a fatos pretéritos a sua promulgação, e para isso, relacionando seus princípios com aqueles comumente conhecidos na aplicabilidade da norma penal.

Palavras-chave: Direito Administrativo Sancionador. Lei de improbidade administrativa. Retroatividade.

ABSTRACT: Law no. 14,230/2021 made significant changes to the administrative improbity system. The review sought to correct omissions and excesses in the Administrative Improbity Law, which resulted in judicial interpretations that were equally silent and/or inadequate. In this sense, as a way of contributing to the debate around the new provisions of the LIA, the following article will discuss the applicability of the innovative diploma, being one of the most controversial issues among jurists who hold opposing views on the subject, performing an analysis documentary on the reforms promoted by Law 14.230/21, focusing on issues related to its application or not to past events to its enactment, and for that, relating its principles with those commonly known in the applicability of the criminal law.

Keywords: Sanctioning administrative law. Administrative improbity law. Retroactivity.

1 INTRODUÇÃO

A promulgação da Lei Federal 8.429/92 se tornou um marco histórico, promovendo novas perspectivas no combate à corrupção e a regulação na condução da administração pública no Brasil.

No entanto, ao longo dos anos, houve uma série de incoerências na aplicação e cumprimento desta lei, o que fomentava cada vez mais a ideia sobre a necessidade de sua reforma.

Tal constante, foi de pouco em pouco sendo concretizada, tendo em vista a alta banalização das ações de improbidade administrativa que por vezes eram invocadas de forma ampla e extremamente rigorosas sem um exame aprofundado da prática dos crimes supostamente cometidos contra a administração pública.

Nesse sentido, restando claro a necessidade da revisão da respectiva Lei, em outubro de 2021, o presidente Jair Messias Bolsonaro sancionou, sem vetos, a lei 14.230/21 que alterava significativamente a sistemática de improbidade administrativa contida na lei anterior.

Dentre as principais alterações no texto da Lei 8.429/92, há de se destacar a mudança no tocante a exigência de dolo específico para responsabilização dos agentes públicos, no qual, agora a partir de sua promulgação, as ações de improbidade administrativa deverão comprovar objetivamente a vontade livre e consciente do agente em cometer o ato ímprobo.

Não obstante, a lei nova ainda trouxe algumas alterações na redação do artigo 11 da lei 8,429/92, o que modificou o rol das condutas consideradas como atos de improbidade, ostentando também mudanças no tocante a seu rito processual, dando ao Ministério Público a exclusividade para propor ação de improbidade, particularidade essa que não durou por muito tempo, sendo derrubada por uma liminar concedida pelo ministro Alexandre de Moraes do Supremo Tribunal Federal, no qual afirmou que tal previsão seria inconstitucional, uma vez que significaria conceder ao Ministério Público um monopólio absoluto no combate a corrupção, não autorizado, entretanto, na Constituição Federal.

Outra alteração significativa na sistemática de improbidade administrativa, é a alteração no prazo prescricional para a apuração de suas ações, em especial a redação dada ao parágrafo 4º do artigo 23 da presente Lei, que será utilizada como um dos principais temas abordados neste artigo, inclusive trazendo à tona, questões controversas sobre a possibilidade de sua retroatividade a casos iniciados sob a égide anterior, porém ainda pendentes de julgamento, bem como, a casos já transitados em julgado.

Tais reformas, buscaram sanar as omissões e os excessos contidos na Lei 8.429/92, evitando-se determinados desvirtuamentos em sua aplicação e execução. Ocorre que, por se tratar de matéria com bastante atenção midiática e por envolver um cunho político que fica diretamente ligado aos escândalos de corrupção no país, trouxe consigo extensa controvérsia doutrinária a respeito das hipóteses de retroatividade da lei, como anteriormente narrado.

Para quem adere à ótica tradicional, por exemplo, a retroatividade das leis é uma possibilidade excepcional no ordenamento jurídico, nesse sentido, se a Lei nº 14.230/2021 não for acompanhada de qualquer norma textual que permita sua aplicação antecipada, a regra é que os fatos sejam regidos pela legislação vigente à época em que foram praticados, de acordo com o princípio *tempus regit actum*.

De outro modo, para os adeptos a ótica de que o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador se correlacionam, sendo ambos uma manifestação penalizadora exercida pelo Estado, o entendimento é de que, considerando as similaridades entres os dois sistemas, esses submetem-se a regime jurídico similar, devendo a norma retroagir por força do princípio constitucional da retroatividade da lei mais benéfica.

Nesse sentido, como se espera, o objetivo deste artigo será uma análise das reformas promovidas pela Lei 14.230 / 21, centrando - se nas questões relativas à sua retroatividade.

Assim, para seu desenvolvimento, será realizado uma análise documental, dos impactos e divergências causadas por uma mudança significativa no regime da Lei de Improbidade administrativa, dando ênfase a aspectos mais discutidos, como o dolo, a prescrição e os princípios que regem a administração pública no tocante a sua retroatividade a fatos anteriores a sua vigência.

Estudando, dessa forma, os princípios referentes ao Direito Administrativo Sancionador e suas paridades com o Direito Penal sancionador, ponderando para isso, decisões recentes sobre o assunto, pareceres, protocolos e a própria legislação, de modo a demonstrar com clareza as interpretações judiciais que por vezes foram dadas de forma omissa e/ou desarmoniosas.

2 DA SISTEMÁTICA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

Na contemporaneidade, o debate sobre o combate a improbidade administrativa vem se tornando cada vez mais imprescindível, tendo em vista sua ligação direta com os atos de corrupção que açoitaram o país desde sua desvinculação com Portugal, tornando-se independente, atos que, além de ilegais, atentam contra a qualidade e a eficiência da gestão pública, produzindo não só prejuízos públicos, como também sociais, corrompendo o Estado Democrático de Direito.

Nesse viés, Ferreira Filho (2001. P. 87-88) salienta com maestria sobre o tema:

a corrupção, embora sua feição mude de época para época, é um fenômeno presente em todos os tempos. Dela, não escapa regime algum. Igualmente, ela existe no mundo inteiro, conquanto em níveis diversos. É assim um mal que todo regime tem de estar preparado para enfrentar”. Contudo, observa o citado professor, a corrupção é “particularmente grave numa democracia. Esta, com efeito, confia na representação para realizar o interesse geral. Se ela é corrupta e persegue o seu bem particular, o regime fica totalmente desfigurado. Além disso, na democracia, rapidamente a corrupção desmoraliza o Poder, além de ser um fator de ineficiência. Por isso, pode levar facilmente à perda da legitimidade do regime.

Nesta senda, a ideia de proteção da probidade administrativa no Brasil, vem sendo cultuada desde a promulgação das primeiras constituições brasileiras, inclusive a Constituição Imperial de 1824, no qual contudo, fora tratada de modo amplo, sem especificar qualquer tipo de sanção, exceto com relação aos magistrados acusados de desvio de conduta, hipótese que a própria Carta concebeu possibilidade de suspensão.

Sua primeira aparição veio através da carta magna de 1891, em seu artigo 54, que considerava crime de responsabilidade do presidente, os atos causados contra a probidade da administração, sendo um dos primeiros pilares de uma gestão transparente, moralizada e eficiente, tendo em vista a proclamação da república em 15 de novembro de 1889 no qual foi consagrado o fim da monarquia Constitucional Parlamentar e o início de um governo onde o Estado se constitui de modo a atender os interesses gerais dos cidadãos.

Posteriormente, fora instituído na Constituição de 1934 a definição dos atos do Presidente da República, definidos em lei, que atentam contra a probidade administrativa., conforme expresso em seu artigo 57, alínea “f”.

De modo contínuo, a Carta Magna de 1937, comumente conhecida como “a polaca”, deu continuidade no sistema de combate a atos de improbidade, agora distinguindo a moralidade administrativa e a integridade do erário, definindo a punição dos crimes de responsabilidade contra a probidade administrativa.

Já em 1946, fora instituído pela Constituição Federal, pela primeira vez, a previsão do sequestro de bens com a finalidade de ressarcir o prejuízo ao erário, sendo um marco importantíssimo no controle do ato administrativo, onde, através de seu artigo 141, §31, estava previsto que fosse elaborada lei infraconstitucional com o propósito de combater a improbidade administrativa.

Em 1957, por meio de projeto apresentado pelo Deputado Ari Pitombo, regulamentou-se o dispositivo constitucional supramencionado, tornando -se a Lei Pitombo-Godói Ilha (Lei 3.164/57), uma lei infraconstitucional com o objetivo de aumentar a transparência administrativa, como ferramenta que proporcionasse a prevenção e supressão de futuros esquemas ilegais de enriquecimento ilícito dos agentes públicos, sendo complementada futuramente pela Lei 3.502/58, conhecida como Lei Bilac Pinto, sancionada pelo então presidente Juscelino Kubitschek.

No entanto, quase um século após sua primeira aparição em 1891, a Constituição Federal de 1988 tornou prioritário o combate à imoralidade administrativa, no qual, em contraste com as versões anteriores, que limitavam os atos ímprobos aos casos de danos ao erário e enriquecimento ilícito, deu aos legisladores ordinários uma maior liberdade, apresentando as sanções que deveriam ser estabelecidas gradativamente em lei, como a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário.

Cumprir destacar que nenhuma constituição anterior promulgou os princípios e conceitos fundamentais do direito administrativo de maneira tão completa e abrangente quanto a atual Constituição Nacional de 1988.

Assim destaca Cretella Júnior (1990, p. 94):

pela primeira vez na história do Direito Constitucional positivo brasileiro vamos encontrar, na Lei Magna, a expressão Administração Pública, no Capítulo VII, cujo título é precisamente este: Administração Pública

Através dessa, mais especificamente por meio das disposições contidas em seu artigo 37, foi possível a aplicação de responsabilidades diversas daquelas expressas na aplicação do direito penal aos atos de improbidade administrativa, tratando-se, entretanto, de uma norma de eficácia limitada.

Nesse contexto, demonstrou-se necessário a complementação constitucional com o intuito de regulamentar da norma de eficácia limitada prevista no §4º do artigo 37 da Constituição pátria, instituindo normas de direito material e de direito processual capazes de dar efetividade ao aludido preceito constitucional.

Assim, após inúmeras deliberações do Congresso Nacional, em 02 de junho de 1992, foi promulgada a Lei 8.429/92, conhecida comumente como “Lei de improbidade”, possibilitando então, o combate ao agente ímprobo, de modo que, supriu as lacunas jurídicas antes existentes, definindo os contornos para a efetiva concretização da norma constitucional, do dever de probidade administrativa e da aplicação do princípio da moralidade à administração pública.

Neste Jaéz, Amorim Junior (2017, p. 59) relata sobre a importância do nascimento da Lei 8.429/92:

A Lei n. 8.429/1992 trouxe a certeza de que o combate à corrupção é não apenas um dever do Estado, como também a constatação de que a prática desses ilícitos configura desrespeito ao cidadão e à sociedade. Por essa razão, previu graves sanções quando da prática de atos ímprobos e tornou de capital relevância o estudo do tema.

Verdade é que, além de uma regulamentação da norma constitucional, a Lei de Improbidade Administrativa criou um cenário de forte proteção, alterando de forma significativa os preceitos do direito administrativo brasileiro, ampliando seu caráter sancionador e assumindo a responsabilidade para a punição dos autores de atos ímprobos contra a administração pública.

Cumprido destacar, que apesar do caráter sancionatório expresso pela Lei de Improbidade administrativa, essa não é considerada uma lei penal, fazendo jus aos princípios do direito administrativo sancionador.

Amorim Junior, (2017, p. 64), descreve com maestria quanto ao cenário processual no qual a LIA se encontra, bem como sobre sua natureza jurídica. Senão veja-se:

A LIA possui natureza jurídica cível e, inserida no microsistema da Lei n. 7.347/1985 e da Lei n. 8.078/1990, resguarda, em primeira mão, o interesse público primário (difuso, por natureza), voltado à defesa da probidade administrativa e, no que toca a seus aspectos sancionatórios, relaciona-se ao Direito Administrativo sancionador.

Embora pareça não haver dúvidas quanto a sua natureza jurídica, a doutrina e a jurisprudência adotaram correntes diferentes em sua aplicação, resultando em interpretações judiciais lacunosas e/ou inadequadas, tendo em vista a falta de um entendimento pacificado sobre o tema.

Dentre as correntes, três delas se fazem mais importantes e servirão como base para o raciocínio adotado neste artigo. Quais sejam:

- a) A primeira entende que os seus efeitos são de natureza administrativa e patrimonial, isto é, cível no sentido lato.
- b) A segunda defende que ela encerra, preponderantemente, conteúdo de Direito Penal, pelo que assim deve ser considerada.
- c) A terceira adota posição eclética.

Em que pese não haver um conceito legal de improbidade, sabe-se que a tarefa de traçar as linhas conceituais dos institutos compete primordialmente à doutrina. No entanto, tendo em vista ser um instituto relativamente recente na política brasileira, essa tarefa se demonstra ter um grau de complexibilidade elevado, de modo que, como já visto, seus contornos doutrinários ainda estão em fase de construção.

2.1 DO BEM JURIDICO TUTELADO

Conforme visto (tópico 2), os atos de improbidade administrativa possuem íntima relação com os de corrupção, o que revela o assunto como sendo interesse de todos os cidadãos, na medida em que o cometimento de atos dessa natureza gera consequências que atinge a sociedade por completo, causando-lhe prejuízos de toda ordem, que nem sempre são patrimoniais.

Em resposta a um erro administrativo no setor público, é possível ver rapidamente os efeitos que tais práticas têm em pilares da sociedade como educação e saúde, ocasionando, nesse sentido, prejuízos a todos as classes sociais.

Nesse contexto, sabendo-se que a ação de improbidade administrativa se destina à proteção do patrimônio público e da moralidade pública, o direito tutelado resta claramente demonstrado, sendo difuso e transindividual, de modo a atender aos interesses da coletividade.

Sobre isso, Marinela (2019, p. 1070), ressalta que:

O bem jurídico tutelado, portanto, é o bem comum, materializado no direito a boa administração da máquina pública; assumindo, nessas circunstâncias, a natureza de bem difuso.

De mesmo modo, Fernando Capez ao sustentar sobre o tema, narra que a forma mais eficaz de definir os interesses que devem ser protegidos pela Lei de Improbidade Administrativa é excluir os interesses típicos que não se alinham ao valor fundamental da dignidade humana. E, nesse sentido, estabelece uma restrição à capacidade do legislador de escolher o bem-estar a ser protegido, que deve estar em primeiro lugar entre esses direitos.

2.2 DO ENQUADRAMENTO NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E SUAS SEMELHANÇAS COM O DIREITO PENAL

O direito administrativo sancionador, ao contrário do que se pode extrair em uma primeira leitura, permeia todos os campos do direito em que a administração expressa sua prerrogativa punitiva exercida com o objetivo de reafirmar o pacto social, garantindo a proteção dos bens jurídicos socialmente relevantes e reforçando os alicerces que fundam aquela sociedade.

Nesse contexto, percebe-se que, embora se conecte com diversos ramos do direito, o Direito Administrativo Sancionador possui uma maior semelhança ao Direito Penal, sendo ambos, ramos de direito público de caráter punitivo.

Para além da proximidade de natureza jurídica, deve-se reconhecer, entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal, uma semelhança de ordem ontológica, pois logo observamos que ambos visam proteger bens jurídicos, sendo que o Penal tutela os bens da vida e o Sancionador os bens da Administração Pública.

Como resultado, percebe-se que a maioria da doutrina, tanto administrativa quanto penal, reconhece uma semelhança substantiva entre os dois campos na medida em que é permitida uma distinção baseada apenas no grau, sustentando, assim, a existência de diversas correntes doutrinárias e a ausência de um entendimento consensual sobre o assunto.

Neste Jaez, Osório (2019, p. 121), descreve com maestria quanto ao diálogo entre o Direito Administrativo Sancionador e o direito penal:

[...] como diz Suay Rincón, os ilícitos administrativos estão, à semelhança do que ocorre com os ilícitos penais, a serviço de valores substantivos. Não parece razoável distinguir normas penais de normas administrativas a partir dos valores tutelados ou da imoralidade inerente a umas ou outras infrações. Valores éticos podem e devem ser protegidos pelo Direito Administrativo. Inexiste óbice nesse sentido. Basta que a presença reguladora ou sancionadora do Estado seja reclamada pela realidade social. E o Direito Penal, a seu turno, está cada vez mais pragmático, tutelando interesses difusos e coletivos, muito mais centrado na defesa de direitos constitucionais do que propriamente na justificação moral de seus preceitos proibitivos.

Portanto, a equivalência entre o Direito do Sancionador Administrativo e o Sistema de Justiça Criminal é tão grande que devemos reconhecer uma semelhança ontológica entre eles, enquanto a diferença em termos gerais é apenas de um grau. Sendo tal conclusão teórica, apoiada por uma análise dos aspectos práticos da aplicação desses direitos.

Nesse contexto, Felipe Fernandes, José Roberto Mello Porto e Rodolfo Penna (2022, p. 19-20) narram com maestria. Senão veja-se:

Em verdade, o próprio conceito de ilícito é um gênero, do qual se extraem as espécies ilícito civil, administrativo, penal e o de improbidade administrativa. Os ilícitos citados, ontologicamente, não se distinguem em sua natureza, sendo que a única distinção é o órgão que aplicará a sanção.

Tal similaridade se dá em virtude do contexto do nascimento do Direito Administrativo, que sofreu forte influência da evolução do direito penal, uma vez que, como já dito, ambos são ramos de direito público de caráter punitivo, o que levava a um entendimento de que o Direito Administrativo Sancionador seria um fragmento daquele, sendo até mesmo, chamado de Direito Penal Administrativo.

Essa premissa se dava em virtude do próprio ineditismo da matéria, o que causava uma falsa interpretação de que, por ambos serem ramos de direito de caráter punitivo do Estado, não seria outra sua natureza, senão a penal.

No entanto, à medida que o tópico se desenvolveu, ficou claro que a terminologia estava incorreta e o termo “administrativo sancionar” foi usado. Mudança que se configurou muito maior que um mero ajuste semântico, mas sim uma verdadeira ruptura com a doutrina vigente à época, que identificava a respectiva semelhança entre o Código Penal e o Direito Administrativo Sancionador.

3 DA PUBLICAÇÃO DA LEI 14.230

Em 25 de outubro de 2021, foi publicada a lei 14.230, alterando significativamente a lei 8.429/92, a qual dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, além de conceituar e definir os atos de improbidade administrativa.

Sua publicação veio como forma de acabar com a banalização das ações de improbidade administrativa que por vezes eram invocadas de forma ampla e extremamente rigorosas sem um exame aprofundado da prática dos crimes supostamente cometidos contra a administração pública.

Nesse contexto, segundo Felipe Fernandes, José Roberto Mello Porto e Rodolfo Penna (2022, p. 17) “a lei reformadora visou, claramente, a diminuição da discricionariedade na apuração dos atos tidos como de improbidade, além de aperfeiçoar o sistema.”

Assim, por meio de seu texto, o legislador finalmente colocou em prática a definição dos atos de improbidade administrativa como sendo uma conduta dolosa do agente público devidamente designada por lei, praticada com fins ilícitos, e destinada a obter benefício injustificado para si ou para outra pessoa ou entidade.

Uma das principais mudanças trazidas pela lei 14.230/21 foi a extinção da modalidade culposa da conduta que configura ato de improbidade. Agora, somente poderão ser punidos, os agentes que tiverem “a vontade livre e consciente de praticar alguns dos atos ímprobos previstos nos artigos 9º, 10 e 11.

Nesse sentido, foi estabelecido a imprescindibilidade do dolo específico para a configuração dos atos, inclusive aqueles cometidos por erro ou omissão decorrentes de imperícia, negligência ou imprudência.

Com isso, o papel da conduta constitutiva de contra-ordenação definida no artigo 11 passa a ser considerado mais taxativa do que meramente ilustrativa, proporcionando maior segurança jurídica na identificação de eventuais excessos e abusos por parte do acusador e do juiz.

Com efeito, essa já era uma tendência muito forte na doutrina jurídica, e o novo marco legal serviu apenas para confirmar a regra. Dispositivos que incluíam a culpa como parte subjetiva do tipo de comportamento improvável foram todos modificados para

deixar apenas a ação ou omissão dolosa, e como resultado, o motivo geral de obter um benefício ou recompensa injustificada para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade não é mais aceito pela lei.

Outra mudança significativa no texto da antiga Lei de Improbidade foi quanto a seu prazo prescricional, que aumentou de cinco para oito anos, favorecendo a apuração e repressão das infrações administrativas.

De fato, por ser tratar de ações complexas, que demandam, na maioria dos casos, mais de 04 de anos para sua conclusão, a alteração do prazo prescricional expresso no art. 23 da Lei 8.429/92, foi bastante positiva. Contudo, o que gerou controvérsia entre os representantes de direito foi no tocante ao texto do §4º e §5º do mesmo artigo, que versam sobre a interrupção do prazo prescricional.

Agora, com o novo texto legal (§4º, inc. I ao V, do art. 23 da Lei 8.429/92), o prazo prescricional previsto no caput do referido artigo interrompe-se nas seguintes hipóteses:

- a) pelo ajuizamento da ação de improbidade administrativa;
- b) pela publicação da sentença condenatória;
- c) pela publicação de decisão ou acórdão de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal que confirma sentença condenatória ou que reforma sentença de improcedência;
- d) pela publicação de decisão ou acórdão do Superior Tribunal de Justiça que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência;
- e) pela publicação de decisão ou acórdão do Supremo Tribunal Federal que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência.

A problemática vem através do texto expresso no §5º do artigo supramencionado, no qual narra que interrompida a prescrição, o prazo recomeçaria a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo previsto no caput do art. 23.

Diante tal entendimento, veio à tona questões como a retroatividade da lei mais benéfica, visto que muitas ações ainda em tramitação como já transitadas em julgado, poderiam ter seus agentes beneficiados por tais regras, tanto a do dolo específico, como do prazo prescricional das ações.

5 DA RETROATIVIDADE DA NORMA

Nesse sentido, a extrema paridade entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito penal, bem como, todas as problemáticas vindas com a publicação da Lei 14.230/21, levou a uma série de opiniões distintas sobre qual desses dois campos as ações de improbidade administrativa estariam vinculadas, o que influenciaria questões referentes a aplicabilidade da lei 14.230/21 no âmbito retroativo, considerando os princípios inerentes ao direito penal, como por exemplo, o da retroatividade de lei mais benéfica.

Segundo aqueles que aderem à teoria tradicional que estrutura o direito intertemporal, a aplicação retroativa das leis é uma possibilidade excepcional no ordenamento jurídico das coisas. Nesse sentido, se a Lei n. 14.230/2021 não for acompanhado de qualquer disposição textual que permita sua aplicação antecipada, a regra é que os fatos sejam regidos pela lei vigente à época em que ocorreram, de acordo com o princípio do *tempus regit actum*.

Tal tese, estaria amparada no próprio artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal brasileira, que afirma, em síntese, que as alterações efetuadas por diploma normativo superveniente não atingem o resultado jurídico perfeito, o direito adquirido, ou a matéria julgada. Veja-se:

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:

[...]

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

No tocante a isso, Mello (2007, p. 154/155) ao discorrer em obra específica sobre os princípios constitucionais de direito administrativo sancionador, narra que a regra é que as normas legais são irrevogáveis, com a ressalva de que as leis são atualizadas para tratar de situações futuras. O dispositivo constitucional que estabelece a retroatividade da lei penal mais benéfica baseia-se em características próprias do direito penal que não estão presentes no direito administrativo. Como resultado, a retroatividade da lei penal mais benéfica baseia-se em motivos humanitários diretamente relacionados à liberdade da pessoa, que é diretamente prejudicada pela pena penal. Por essas razões, uma lei penal de retroatividade que extingue a infração ou torna mais acessíveis as sanções punitivas não podem ser transportadas para o direito sancionador administrativo. Neste, o infrator está sujeito à lei vigente no momento da adoção do comportamento ilegítimo, que pode ser mais severa do que uma lei posteriormente alterada.

De mesmo modo é o entendimento de Tartuce (2020, p. 20), compartilhando a ideia de que a retroatividade se configura como uma exceção que deve estar expressamente prevista na legislação, no qual narra:

A norma jurídica é criada para valer ao futuro, não ao passado. Entretanto, eventualmente, pode uma determinada norma atingir também os fatos pretéritos, desde que sejam respeitados os parâmetros que constam na Lei de Introdução e da Constituição Federal. Em síntese, ordinariamente, a irretroatividade é a regra, e a retroatividade, a exceção. Para que a retroatividade seja possível, como primeiro requisito, deve estar prevista em lei.

De acordo com essa interpretação, ainda que os princípios fundamentais da Lei de Sanções Administrativas e suas garantias estejam relacionados a aplicação retroativa das leis mais benéficas, que é uma marca do sistema de justiça criminal, este se baseia em considerações humanitárias relacionadas à liberdade dos infratores e a inconsistência de continuar a punir determinados comportamentos que já não são vistos como de baixo valor social e jurídico, princípios que não se aplicam no Direito Administrativo.

Nesse sentido, seria inquestionável que a aplicação do direito de punir do Estado na esfera administrativa sancionatória deva respeitar as proteções constitucionais dos direitos individuais do Estado Democrático de Direito. No entanto, isso não implica a criminalização dos direitos administrativos ou a observância arbitrária da teoria jurídica que fundamentou a normalização do sistema de justiça criminal e suas proteções.

De outro modo, existem aqueles que possuem a interpretação de que por serem ilícitos ontologicamente idênticos, seu tratamento também deve ser parecido.

Assim, cabe ressaltar o entendimento de Felipe Fernandes, José Roberto Mello Porto e Rodolfo Penna (2022, p. 21), veja-se:

Se os ilícitos em geral, incluindo os ilícitos penais e administrativos, são ontologicamente idênticos, também deverão receber idêntico tratamento. E, sendo aplicados os princípios do direito administrativo sancionador aos ilícitos de improbidade administrativa, idêntico também deverá ser o tratamento dado a estes.

Desse modo, consideram que com a aplicação do direito administrativo sancionador à improbidade administrativa, também deve ser aplicado o princípio da retroatividade da lei mais benéfica as reformas introduzidas pela Lei 14.230/21

5 DA TESE FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Não restam dúvidas que as alterações trazidas pela publicação da Lei 14.230 geraram uma série de conflitos, resultando em decisões judiciais divergentes, omissas ou inadequadas sobre o tema.

Contudo, no dia 17 de agosto de 2022, o Supremo Tribunal Federal voltou a julgar, através do ARE 843.989 (Tema 1.199), que fixou tese de repercussão geral, no qual discutiram se a nova lei de improbidade administrativa (lei 14.230/21) retroage ou não para ações já julgadas e para as em andamento, além de outras definições que geraram certo atrito após sua publicação, como a necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e a aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente.

Em sua primeira sessão, foi proferido o voto do relator, Alexandre de Moraes, e o ministro André Mendonça, ambos também com sua própria compressão sobre o tema, o que levou a certas divergências em seus votos, alcançando, entretanto, semelhanças em alguns aspectos, situação que se manteve no decorrer dos votos.

De modo contínuo, votaram os ministros Nunes Marques, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Dias Toffoli; já no dia 18 do referido mês, foi dado continuidade a sessão, com o voto dos demais ministros.

5.1 Do voto do relator

De início, quanto a responsabilidade subjetiva nos atos de improbidade, Moraes reconheceu ser necessária sua comprovação para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se a presença do elemento subjetivo dolo, não se admitindo responsabilidade objetiva no âmbito de aplicação da Lei.

De acordo com o ministro, as condutas ilícitas cometidas sem a intenção dolosa merecem tratamento diferenciado, exatamente porque a culpa e a desonestidade em termos de improbidade administrativa não necessariamente caminham juntas, compreensão também adotada pelo STF em outras ações similares.

Excepcionalmente, entretanto, a redação original da LIA estabelecia a possibilidade de responsabilização culposa por improbidade administrativa, exigindo a presença do elemento normativa do tipo culpa, fato que ocasionava divergência na doutrina sobre a constitucionalidade de tal previsão, no qual, de acordo com Moraes: “sendo a “improbidade administrativa” uma “ilegalidade qualificada pela prática de corrupção”, a modalidade culposa poderia gerar tratamentos legais desproporcionais, por equiparar – para fins de responsabilidade legal e aplicação de graves sanções – “incompetência ou inabilidade” para a gestão pública com “atos de corrupção”.

Ademais, de acordo com o ministro, mesmo que a exigência da presença de “culpa grave” para a caracterização do ato de improbidade administrativa culposos tenha se tornado um requisito indispensável em inúmeros casos, tal situação perdurou-se por mais de 30 anos de vigência da LIA, até sua revogação pela edição da Lei 14.230/2021.

Nesse sentido, considerando o uso contínuo desse requisito mínimo para a configurações dos atos ímprobos, fora do texto legal, fazia-se necessário sua edição, o que foi feito, motivo pelo qual se reconheceu a constitucionalidade da nova regra.

Adiante, quanto a retroatividade da norma, quatro pontos ganham destaque no referido julgamento:

- 1 – Se a reforma trazida pela Lei 14.230/21 deveria retroagir a processos já transitados em julgado.
- 2 – Se deveria retroagir nos processos em andamento.
- 3 – Se as regras prescricionais da reforma deveriam ser aplicadas retroativamente (intercorrente e geral).

De início, Moraes apresentou entendimento contra a possibilidade de retroação da norma a processos já transitados em julgado, pelo entendimento de que a norma antiga fora usada por mais de 30 anos sem que fosse declarada sua inconstitucionalidade. Contudo, defendeu a aplicação da nova lei a casos pendentes, uma vez que, revogada a lei anterior, não é possível manter a sua aplicação.

Assim, para o relator, nos casos ainda em julgamento, cabe ao juiz da causa analisar o caso concreto, verificando a devida presença ou não do dolo, deixando claro que a revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa não afasta a possibilidade de responsabilização do agente por atos ilícitos administrativos e suas respectivas sanções, bem como pelo eventual ressarcimento ao erário.

Nesse contexto, o ministro Alexandre de Moraes mostrou através de seu voto, em algumas ocasiões, similaridades com a teoria tradicionalista de direito intertemporal, mencionada no tópico cinco, parágrafo segundo do presente artigo, no qual segue o entendimento de que o princípio da retroatividade da lei penal, consagrado no art. 5º, inciso XL da Constituição Federal, não tem aplicação aos casos de improbidade administrativa por ausência de previsão legal.

Nesse aspecto, narrou o respectivo ministro:

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. (BRASIL, 2022).

Não obstante, salienta ainda que:

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*. (BRASIL, 2022)

Alexandre de Moraes, (ARE 843.989 RG, tema 1199) concluiu o tema afirmando que as alterações feitas pela Lei 14.230 /2021 aos artigos 1º e 2º, artigos 9º e 10º e artigo 5º resultarão no seguinte:

- 1) Impossibilidade de responsabilização objetiva por ato de improbidade administrativa;
- 2) A exigência de comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo – nos artigos 9º, 10 e 11 – a presença do elemento subjetivo – DOLO;
- 3) A inexistência da modalidade culposa de ato de improbidade a partir da publicação da Lei 14.230/2021;
- 4) A irretroatividade da norma benéfica da Lei 14.230/2021, 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;

5) A aplicação dos princípios da não ultra-atividade e *tempus regit actum* à modalidade culposa do ato de improbidade administrativa praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado; devendo o juízo competente analisar eventual má-fé ou dolo eventual por parte do agente. (BRASIL, 2022)

Por fim, quanto a tese de que as regras prescricionais da reforma deveriam ser aplicadas retroativamente (intercorrente e geral), o presente ministro e relator do julgamento, prestou seu voto desfavorável a aplicação dos novos prazos a casos antigos. Segundo ele, a prescrição é o declínio da pretensão de punição ou de execução causada pela inércia do próprio Estado. Como resultado, uma vez estabelecido que o Estado não foi inerte, não há necessidade de discutir a prescrição, ainda mais que, no respectivo caso, a redução dos prazos de prescrição obrigou o poder público a cumprir algo que antes era inexecutável.

5.2 Do posicionamento dos demais ministros

Uma vez discursado sobre o voto do relator Alexandre de Moraes, cumpre agora destacar os votos dos demais ministros que compunham a referida sessão, onde surgiram novos posicionamento.

Dentre os pontos em destaque, cabe mencionar o voto do ministro André Mendonça, que divergiu em parte do voto do relator Alexandre de Moraes e reconheceu algumas hipóteses possíveis para que a lei possa ser aplicada a casos que já transitaram em julgado.

De acordo com seu entendimento, há possibilidade de aplicação da nova lei de improbidade administrativa nos casos ainda em andamento, entretanto, já nos casos finalizados, diferentemente do voto do relator, André Mendonça entendeu que quando o caso for exclusivamente culposos, pode haver uma ação com pedido para rescindir a decisão de condenação, tese compartilhada também pelos ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski.

Aos aspectos da Lei referentes à prescrição, Mendonça defendeu que a reforma deve ser aplicada imediatamente aos processos em curso. Nesse sentido também foi o voto de outros seis ministros, quais sejam: Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Luiz Fux e Nunes Marques.

Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Cármen Lúcia e Rosa Weber, entretanto, votaram pela impossibilidade de retroatividade da nova lei, inclusive quanto a seus aspectos prescricionais, seguindo a corrente tradicionalista de que a retroatividade das leis é uma possibilidade excepcional no ordenamento jurídico das coisas, inerente somente aos ditames do Direito Penal e não ao Direito Administrativo Sancionador.

5.3 Tese aprovada

Com todo desenrolar do julgamento, após os votos dos ministros, o Supremo Tribunal Federal, no dia 24 de fevereiro de 2022, fixou a seguinte tese no ARE 843.989, para fins de repercussão geral (tema 1199). Senão, veja-se:

- 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. (BRASIL, 2022).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde sua promulgação, a Lei 8.429/92 promoveu novas perspectivas no combate à corrupção e a regulação na condução da administração pública no Brasil, contudo, ao longo de seus 30 anos de vigência, conduziu uma série de interpretações judiciais, levando em consideração os aspectos genéricos e imprecisos contidos em seu texto.

Nesse contexto, surge a Lei 14.230/21 trazendo alterações importantíssimas no sistema de improbidade administrativa, revisando e corrigindo as omissões e os excessos que continham no texto legal da Lei anterior, evitando-se determinados desvirtuamentos em sua aplicação e execução.

Contudo, como demonstrado, suas reformas trouxeram uma série de controvérsias doutrinárias, especialmente no tocante a imprescindibilidade da responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se a presença do elemento subjetivo dolo; a possibilidade de sua retroatividade a processos em curso e finalizados e a retroatividade do novo regime prescricional previsto em seu texto.

Por um lado, por ser uma mudança benéfica, alguns acreditam na possibilidade de sua aplicação a casos pretéritos a sua publicação, baseando-se na lógica estabelecida no Direito Penal. Entretanto, por outro lado, há muitos que defendem que a Constituição só permite a retroação da lei mais benéfica quando se trata de infrações penais, relativas ao direito penal, ou seja, no sistema de justiça criminal, e não aos atos referentes ao Direito Administrativo Sancionador.

Assim, verificando-se a necessidade de um entendimento pacificado sobre o tema e visando restabelecer uma tese geral para a aplicação das reformas trazidas pela Lei 14.230/21, o Supremo Tribunal Federal, através do ARE 843989/PR, delimitou o tema como repercussão geral, examinando e definindo suas particularidades.

Por meio do acórdão, ficou constatada a constitucionalidade e a necessidade da responsabilidade subjetiva para caracterizar atos de improbidade. Esse fato levará a julgamentos mais justos no futuro, impossibilitando que o autor da ação de aponte uma conduta por parte de funcionários públicos ou outros responsáveis sem imputar a necessária componente subjetiva da espécie ou apresentar qualquer prova de intenção de cometer ato de corrupção.

Adiante, quanto a retroatividade da nova lei de improbidade administrativa, foi visto que a decisão foi no sentido da não aplicabilidade nos processos já transitados em julgado, contudo, pela sua aplicabilidade aos processos praticados na vigência do texto anterior da lei, cabendo ao juízo competente, examinar se houve ou não dolo por parte do agente.

Quanto aos prazos prescricionais, ficou decidido por sua irretroatividade. Logo, não haverá aplicação retroativa da prescrição intercorrente; nem aplicação retroativa do novo prazo prescricional.

Tal conclusão, importa, tendo em vista que o prazo prescricional antes da reforma geral era de 05 anos, contudo, com momentos distintos para o início de sua contagem, no

qual, em alguns casos específicos, poderia fazer com que esse variasse em até 13 anos, uma vez que, para ocupantes de cargos de comissão, mandatos eletivos ou função de confiança, por exemplo, o prazo estabelecido de 05 anos começaria a contar somente após o término do vínculo.

Agora, com o novo texto trazido pela Lei 14.230/21, foi estabelecido um prazo prescricional absoluto de 08 anos para a propositura da ação, a contar da data do fato.

Ademais, na lei anterior, não existia a prescrição intercorrente, situação que foi mudada com a promulgação da Lei 14.230/21.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, decidindo pela irretroatividade dos novos prazos prescricionais, não criou uma obrigação a administração pública que antes não existia, evitando uma crescente exacerbada de processos que seriam prescritos sem que houvesse a constatação da inércia estatal.

Ante exposto, considerando as decisões supramencionadas, o Supremo Tribunal Federal finalmente fixou as teses que devem ser seguidas pelos aplicadores de direito no tocante as alterações na sistemática de improbidade administrativa trazidas pela publicação da Lei 14.230/21, o que, a partir de agora, diminuirá a ocorrência de decisões com interpretações judiciais controversas e com visões opostas, tornando um novo marco no combate a improbidade administrativa no país.

REFERÊNCIAS

AMORIM JUNIOR, Silvio Roberto Oliveira de. **Improbidade Administrativa: procedimento, sanções e aplicação racional**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**: elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: [Constituição24 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 01 de julho de 2022.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil**: promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 01 de julho de 2022.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil**: promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 01 de julho de 2022.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil**: outorgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 01 de julho de 2022.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil**: promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 01 de julho de 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 8 de outubro de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 de julho de 2022.

BRASIL. Lei 3.164/57, 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.**

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/13164.htm#:~:text=Art.,em%20que%20tenha%20aqu%C3%A4le%20incorrido.

Acesso em: 01 de julho de 2022.

BRASIL. Lei 3.502/58, 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.** Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/13502.htm#:~:text=LEI%20No%203.502%2C%20DE%2021%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201958.&text=Regula%20o%20seq%C3%BCastro%20e%20o.abuso%20do%20cargo%20ou%20fun%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 01 de julho de 2022.

BRASIL. Lei nº 14.230/21, de 25 de outubro de 2021. **Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14230.htm. Acesso em: 26 abril. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.429/92, de 2 de junho de 1992. **Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 26 abril. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **ARE 843.989/PR**. Recorrente: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional Do Seguro Social – INSS. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Brasília, 24 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ARE%20843989%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 15 de novembro de 2022.

CAPEZ, Fernando. **Improbidade Administrativa – limites constitucionais**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CRETELLA JÚNIOR, José. **A administração pública**. In: Vários autores. A Constituição brasileira de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 94).

FERNANDES, Felipe. **Manual de improbidade administrativa** / Felipe Fernandes, José Roberto Mello Porto, Rodolfo Penna – Belo Horizonte, MG: Casa do Direito, 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 87-88.

GOMES, Luiz Manoel; LIMA, Diogo de Araújo; FAVRETO, Rogerio. O Direito Intertemporal e a nova Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-18/opinioao-direito-intertemporal-lei-improbidade>.

Acesso em: 26 de abril. 2022.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo/Fernanda Marinela** – 13. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MATHEUS, Marcela, **As alterações promovidas na sistemática da improbidade administrativa pela Lei n. 14.230/2021: impactos sobre a aplicação do *in dubio pro societate***. Disponível em:

<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/233118/TCC%20-%20Marcela%20Matheus.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 16 de maio de 2022.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 154/155.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

RINCÓN, Jose Suay. **Sanciones administrativas**. Studio Albornotiana. Bolonha: Publicaciones del Real Colegio de España, 1989.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 10. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 20.