

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

DANIELA MENENGOTI RIBEIRO

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniela Menengoti Ribeiro; Eloy Pereira Lemos Junior; Vivian de Almeida Gregori Torres – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-744-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

Advindos de estudos aprovados para o VI Encontro Virtual do CONPEDI, realizado entre os dias 20 a 24 de junho de 2023, apresentamos à comunidade jurídica a presente obra voltada ao debate de temas contemporâneos cujo encontro teve como tema principal “Direito e Políticas Públicas na Era Digital”.

Na coordenação das apresentações do Grupo de Trabalho “Direitos e Garantias Fundamentais II” pudemos testemunhar relevante espaço voltado à disseminação do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Os estudos que compõem esta obra reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas aos direitos e garantias fundamentais, como também se traduzem em consolidação dos esforços para o aprimoramento da área e da própria Justiça.

Nossas saudações aos autores e ao CONPEDI pelo importante espaço franqueado a reflexão de qualidade voltada ao contínuo aprimoramento da cultura jurídica nacional.

Daniela Menengoti Ribeiro

Universidade Cesumar

Eloy Pereira Lemos Junior

Universidade de Itaúna - MG

Vivian de Almeida Gregori Torres

Universidade Federal do Mato Grosso do Sul

UMA ANÁLISE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROMOÇÃO HUMANA E A NOVA ORDEM JURÍDICA VIGENTE PARA A PROBIIDADE ADMINISTRATIVA, SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE

AN ANALYSIS OF PUBLIC POLICIES FOR HUMAN PROMOTION AND THE NEW CURRENT LEGAL ORDER FOR ADMINISTRATIVE PROBITY, FROM THE PERSPECTIVE OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND PERSONALITY

**Maria De Lourdes Araújo
Marcus Geandré Nakano Ramiro**

Resumo

O regime jurídico da honestidade na gestão pública sofreu substantiva modificação com a vigência da Lei nº 14.230/2021. Desde então, vários questionamentos foram suscitados na comunidade jurídica, especialmente acerca do elemento temporal de eficácia da norma e a exclusão da conduta culposa. O objetivo do presente estudo é avaliar a repercussão da modificação legislativa na Lei de Improbidade Administrativa, para a efetivação de políticas públicas de promoção humana. Para tanto, adotou metodologia de pesquisa comparativa entre normas, elegendo como pressupostos para análise três grupos variáveis de contexto: a prescrição da pretensão punitiva e executória; a supressão da figura culposa na configuração do ato ímprobo e; a eventual aplicação retroativa, inclusive nos feitos com trânsito em julgado, à luz do princípio da retroatividade da norma punitiva mais favorável. O resultado da análise demonstrou que as técnicas jurídicas disponíveis no sistema de proteção da gestão pública implementado a partir da originária Lei de Improbidade Administrativa, tendo sido substancialmente flexibilizado pela nova regulamentação, obstaculiza o controle jurídico e social sobre o processo de eleição, execução e fiscalização de políticas públicas, podendo estimular retrocessos na efetivação de direitos humanos fundamentais, direitos sociais e da personalidade. Com isto, espera-se contribuir para o necessário debate político e científico em torno do aperfeiçoamento dos mecanismos de participação social nas opções políticas fundamentais que, em última análise, efetivam (ou não) direitos humanos e da personalidade.

Palavras-chave: Improbidade administrativa, Alteração legislativa, Políticas públicas, Promoção humana, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

The legal regime of honesty in public management underwent a substantial change with the enactment of Law No. 14,230/2021. Since then, several questions have been raised in the legal community, especially regarding the temporal element of effectiveness of the norm and the exclusion of culpable conduct. The objective of the present study is to evaluate the repercussion of the legislative modification in the Law of Administrative Improbity, for the effectiveness of public policies of human promotion. To do so, it adopted a comparative research methodology between norms, choosing as assumptions for analysis three groups of

context variables: the prescription of punitive and enforceable claims; the suppression of the guilty figure in the configuration of the dishonorable act and; the eventual retroactive application, including in cases that are final and unappealable, in light of the principle of retroactivity of the most favorable punitive rule. The result of the analysis showed that the legal techniques available in the public management protection system implemented from the original Law of Administrative Improbability, having been substantially relaxed by the new regulation, hinder the legal and social control over the process of election, execution and inspection of public policies, which may encourage setbacks in the realization of human rights, social rights and personality. With this, it is expected to contribute to the necessary political and scientific debate around the improvement of mechanisms of social participation in fundamental political options that, in the last analysis, put into effect (or not) human and personality rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Administrative dishonesty, Legislative amendment, Public policy, Human promotion, Fundamental rights

1 INTRODUÇÃO

Dentre os diversos fatos políticos-jurídicos que movimentaram o ano de 2021, já no seu encerramento, tem-se a reformulação da Lei nº 8.429/92, promovida pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, decorrente do Projeto de Lei nº 2505/21, de iniciativa do Deputado Federal Roberto de Lucena (PODEMOS/SP), sob a justificativa e adequar o texto originário às mudanças sociais e construções jurisprudenciais consolidadas.¹

Com todas as modificações, acréscimos e/ou supressões, o que se viu na versão final aprovada pelo legislativo foi um texto que alterou profundamente a redação originária, produzida ainda sob inspiração do processo de redemocratização que o Brasil viveu a partir de 1985, ocasião em que, ao lado de outras normas com metas convergentes, almejavam promover a blindagem da gestão pública, impondo aos dirigentes e àqueles que com eles compartilhavam a administração pública, comportamentos austeros, íntegros, virtuosos e probos.

Não foram poucas as críticas a que se sujeitou a norma precedente nos quase trinta de vigência. Se por um lado aplaudia-se um estatuto jurídico que impunha rígidas normas de conduta ética na gestão pública, não faltaram aqueles que asseguravam a inconveniência de um texto normativo repleto de conceitos jurídicos abertos e indeterminados, que delegavam ao julgador, numa interpretação meramente subsuntiva; aquele cuja legitimação, a princípio, não advém da soberania popular, posto não se submete a um escrutínio eleitoral; em cada caso concreto, colmatar a efetiva adequação da conduta à norma.

Enquanto a administração judiciária buscava se desvencilhar dos diversos obstáculos no caminho da efetivação da norma protetiva da probidade administrativa,² os gestores públicos e aqueles que com eles contratavam na iniciativa privada, se ressentiam da aplicação mais restrita da norma, sobretudo no ponto em que era possível a imputação de

¹ Parte da justificativa do Projeto de Lei originário (PL 10.887/2018) indica que: “Após o seu jubileu de prata, a Lei de Improbidade Administrativa – LIA carecia de revisão para sua adequação às mudanças ocorridas na sociedade e também para adaptar-se às construções hermenêuticas da própria jurisprudência, consolidadas em decisões em decisões dos Tribunais”. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1687121&filename=PL-10887-2018. Acesso em abr. 2022.

² Além da promoção de formação continuada no Poder Público, foi possível identificar tentativas de promoção da efetiva duração razoável dos processos por intermédio da criação do sistema de metas, tendo por Meta 4, a priorização do julgamento de processos relativos aos crimes contra a Administração Pública, à improbidade administrativa e soa ilícitos eleitorais. Informações disponíveis em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/01/Metas-Nacionais-aprovadas-no-XIV-ENPJ.pdf>, <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/01/metas-nacionais-aprovadas-no-15o-enpj.pdf>. Acesso em abr. 2022.

ilicitude pela prática de ato culposo, campo de maiores reclames, sob a assertiva de que qualquer ato poderia, por exemplo, estar emoldurado na prática de improbidade que importasse em violação de um princípio constitucional. Tanto demandaram que a nova orientação normativa se dirigiu, especialmente nos pontos sensíveis da norma posta, com substanciais modificações na lei que, basicamente, tocam no regime da tipificação das condutas ímprobas – suprimindo-se a modalidade culposa, adotando um novo lapso temporal prescricional – em regra, de oito anos e; impondo um novo fio condutor ao processamento dos feitos em que se discute a prática da conduta ímproba³.

Tendo em vista que a probidade administrativa está diretamente relacionada com a eleição das prioritárias necessidades sociais a serem atendidas pelos sempre parcos recursos públicos e, superada a interpretação hermética da doutrina da separação dos poderes, é possível antever que o novel regime jurídico instituído pela Lei nº 14.230/21, ecoará na condução e gestão das políticas públicas de promoção humana que (in)efetivam direitos da personalidade, valores caros ao regime democrático.

A partir desta conjuntura, a pergunta básica que orienta a presente investigação será: é possível se falar em repercussão da nova legislação na efetivação de políticas públicas tendentes à promoção de direitos sociais de promoção da dignidade humana? Visando encontrar um veredito possível e digno de consideração; sem partir de uma interpretação artigo por artigo da norma em confronto com aquela precedente, função a que valorosos estudiosos já se dedicaram, mas, a partir destas leituras, considerando-se a proximidade da sua edição; serão apresentadas as impressões preliminares, sob o olhar de um agente equidistante dirigido a aplicação da norma, tratando essencialmente no novo regime no tocante ao prazo prescricional, da exclusão da culpa nas condutas sancionáveis e da eventual (não) retroatividade da nova norma e os fundamentos para tais opções.

³ Neste aspecto até com algumas impropriedades, é possível observar-se algumas incongruências no novo sistema, por exemplo: hipótese de perda da função pública restrita àquela que o agente exercia ao tempo do cometimento da infração (Art. 12, § 1º); imposição da indicação “precisa” pelo juiz da tipificação legal do ato ímprobo antes da instrução, sem possibilidade de modificação do fato ou da capitulação legal (art. 17, § 10-C); “conversão” de ação de improbidade em ação civil pública (art. 17, § 16); imposição como “direito” do réu de ser interrogado – quando se sabe que o objetivo do depoimento pessoal sempre foi a confissão – contudo, sua recusa ou silêncio não interpretado como confissão (art. 17, § 17); imposição da obrigação da assessoria jurídica que tenha emitido parecer jurídico pela legalidade do ato questionado de defender o administrador requerido na ação (arr. 17, § 20); aproximação dos sistemas penal e de improbidade pelos critérios de continuidade delitiva, unificação de penalidades (art. 18-A), critérios para dosimetria das penalidades (art. 17-C), dentre outras substanciais modificações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14230.htm. Acesso em abr. 2022.

2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS ENQUANTO INSTRUMENTOS DE PROMOÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E DA PERSONALIDADE

Eleger e executar políticas públicas significa efetivar direitos. E o direito cumpre o papel muito importante de emoldurar e instrumentalizar estes mecanismos por intermédio dos quais o gestor público identifica as necessidades e os anseios sociais a serem atendidos, os meios a serem empreendidos, a execução dos objetivos propostos e a avaliação dos resultados, num processo cíclico que se retroalimenta.

Na interdisciplinariedade que uma política pública importa, o direito desempenha um papel privilegiado – enquanto moldura, instrumento vocalizador de demandas, ferramenta de ação e como arranjo institucional (COUTINHO, 2012, p. 80) - na indução e/ou fomento de determinados comportamentos e na sistematização dos seus instrumentos normativos. Assim concebida, podemos compreender a política pública como uma “atividade estatal de elaboração, planejamento, execução e financiamento de ações voltadas à consolidação do Estado Democrático de Direito e à promoção e proteção dos direitos humanos” (AITH, 2006, p. 232).

Atenta a todas as dimensões que a orientação de Estado federativo impõe, os processos de sistematização das políticas públicas podem assumir contornos bem definidos nos planos macro, micro e mesoinstitucionais (DALLARI, 2021, p. 59, 223 e 227), todos sujeitos a observância dos princípios orientadores das ações estatais estampados na Lei de Improbidade Administrativa, decorrentes de uma imposição maior pela opção política fundamental consubstanciada na Constituição Federal, quando elegeu expressamente por norte os valores da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, publicidade e da eficiência.

Portanto, quando a autonomia legislativa toca nestes valores, a implicação direta repercutirá no acompanhamento do cumprimento das promessas constitucionais pela integridade e probidade na gestão de tais políticas públicas que efetivam precipuamente direitos sociais, direitos humanos e direitos da personalidade, estes marcados por serem “a) inalienáveis; b) intransmissíveis; c) absolutos; d) imprescritíveis”, categorizados numa dimensão tripartite, segundo a qual representam aqueles direitos

a) que tutelam a integridade física, incluindo o direito à vida, à alimentação, sobre o próprio corpo vivo e o corpo morto; b) que resguardem a incolumidade intelectual, incluindo o direito à liberdade de pensamento; e c) a proteção à integridade moral, incluindo o direito à liberdade civil, política e religiosa; o direito à imagem e o direito à identidade pessoal, familiar e social. (IKEDA, ob. cit. p. 145).

Em vista da contemporaneidade da nova norma, ainda não há estudos por metodologia empírica quantificando esta repercussão. Mas considerando os critérios orientadores para a

configuração da conduta ímproba, cremos ser lícito afirmar que a maior abertura e liberdade atribuída ao gestor, pode implicar num relevante retrocesso social ou mesmo uma proteção social insuficiente.

Foi tão explícito o interesse em separar a política pública da probidade administrativa que o legislador reformista textualmente enumerou ser “*vedado* o seu ajuizamento [da ação de improbidade administrativa] para o controle de legalidade de *políticas públicas* e para a proteção do patrimônio público e social (...)”⁴.

Adentrando propriamente nas inovações prescritas, após estas considerações prefaciais necessárias, é possível perceber que as normas que tratam das sanções aplicáveis em decorrência da imputada prática de atos de improbidade administrativa, sofreram substanciais modificadas com a entrada em vigor da Lei nº 14.230 de 2021, sobre os quais passa-se a discutir elegendo, para tanto, três parâmetros: a prescrição, a culpa e a (ir)retroatividade; o que antevê a apreciação prévia da eventual necessidade de suspensão da marcha processual nos feitos em tramitação.

3 DA (NÃO) SUSPENSÃO DA MARCHA PROCESSUAL NOS FEITOS EM TRAMITAÇÃO DECORRENTES DE ATOS PRETÉRITOS (REExt. 843.989/PR)

Antes da Lei nº 14.230/21, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 843.989, reputou constitucional e reconheceu a existência de repercussão geral da temática acerca da (ir) retroatividade das disposições acerca da necessidade da identificação do elemento subjetivo da conduta (dolo) e da prescrição. Inobstante, no mesmo feito, houve a determinação de sobrestamento tão somente dos Recursos Especiais que tivessem em tramitação.⁵

⁴ Parte da redação do art. 17-D da Lei 14.230/21, que expressa o seguinte teor: 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.

⁵ [...] reconhecida a *repercussão geral* do debate relativo à: “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.” (julgado em 25/2/2022, Tema 1199). [...] O Plenário desta CORTE definiu que a suspensão nacional dos processos não é automática, cabendo ao Relator ponderar a conveniência da medida (RE 966177 RG-QO, Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe 01-02-2019). Na presente hipótese, não se afigura recomendável o *sobrestamento* dos processos nas instâncias ordinárias, haja vista que (a) a instrução processual e a produção de provas poderiam ser severamente comprometidas e (b) eventuais medidas de constrição patrimonial devem ser prontamente examinadas em dois graus de jurisdição. Não obstante, simples pesquisa na base de dados do Superior Tribunal de Justiça revela que proliferam os pedidos de aplicação da Lei 14.230/2021 em processos na fase de Recurso Especial, já remetidos ao Tribunal da Cidadania pelos Tribunais de origem. Assim, considerando que tais pleitos tem como fundamentos a controvérsia reconhecida na *repercussão geral* por essa SUPREMA CORTE, recomenda-se, também, o *sobrestamento* dos processos em que tenha havido

A medida representa providência salutar no cumprimento do preceito constitucional que impõe, enquanto direito fundamental, a duração razoável do processo e o cumprimento do projeto de metas do Conselho Nacional de Justiça, como política pública de concretização do acesso e efetividade da jurisdição. É sempre bom considerar que, em regra, as ações tendo por objeto condutas, em tese, ímprobas, envolvem feitos substancialmente complexos, com litisconsórcio passivo multitudinário e produção de laboriosas provas que, não raras vezes, necessitam para a instrução um lapso temporal consideravelmente dissociado do que se poderia considerar tolerável como razoável. Ainda, conforme bem reconheceu o órgão supremo quando deixou de determinar a suspensão de todos os feitos onde se discutia a aplicação do novo regime jurídico, o tempo deteriora a memória e torna supérflua, ou por vezes até injusta e imprópria, uma resposta estatal tardia.

Os critérios e fundamentos para a compreensão da vigência e eficácia deste novo regime, nos aspectos formal e material, à luz da melhor interpretação jurídica, política e normativa demanda a reflexão que se propõe a seguir.

4 VIGÊNCIA E EFICÁCIA DA NOVA NORMA PROCESSUAL À LUZ DO DIREITO VIGENTE E REPERCUSSÃO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM EXECUÇÃO

Tratando da eficácia do conteúdo processual do novo ordenamento jurídico, a posição clássica, aponta que, nos processos em curso, é possível cogitar-se em três diferentes sistemas de aplicação. O sistema da unidade processual, no qual, “o processo apresenta tal unidade que somente poderia ser regulado por uma única lei, a nova ou a velha” desde o seu nascedouro até a extinção. Pelo sistema das fases processuais, o feito é tomado como parâmetro a partir das fases em que se desdobra (postulatória, ordinatória, instrutória, decisória e recursal), “cada uma suscetível, *de per si*, de ser disciplinada por uma lei diferente.” Por fim, o sistema do isolamento dos atos processuais, no qual a “a nova lei não atinge os atos processuais já praticados, nem seus efeitos, mas se aplica aos atos processuais a praticar (CINTRA, 2006, p. 105).”

tal postulação, com a finalidade de prevenir juízos conflitantes. Por todo o exposto, além da aplicação do artigo 1.036 do Código de Processo Civil, DECRETO a SUSPENSÃO do processamento dos Recursos Especiais nos quais suscitada, ainda que por simples petição, a aplicação retroativa da Lei 14.230/2021. [...] Brasília, 3 de março de 2022. Ministro Alexandre de Moraes Relator. ARE 843989/PR – PARANÁ. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES. Julgamento: 03/03/2022. Publicação: 04/03/2022. Publicação. PROCESSO ELETRÔNICO DJe-041 DIVULG 03/03/2022 PUBLIC 04/03/2022. Partes. RECTE.(S): ROSMERY TEREZINHA CORDOVA ADV.(A/S) : FRANCISCO AUGUSTO ZARDO GUEDES RECD.(A/S) : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL FEDERAL. Julgado disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1281323/false>. Acesso em mar. 2022.

A Lei nº 14.230 não ostenta previsão de aplicabilidade retroativa, pelo que incidiria somente aos processos ajuizados posteriormente à sua publicação, por força do princípio geral que preceitua a irretroatividade das leis estabelecido no art. 6º da LINDB⁶.

No que concerne ao direito intertemporal, em regra, o sistema processual civil brasileiro optou pela adoção da teoria/sistema do isolamento dos atos processuais, quando dispõe, no artigo 14 do Código de Processo Civil⁷ que, a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Sob o aspecto procedimental, portanto, a eficácia do novo ordenamento jurídico não implica em grandes objeções, o que já não se vislumbra quando a análise recai sobre o efeito material propriamente dito da norma, sobretudo quando se considera o caráter nitidamente sancionador e punitivo que a repressão a improbidade administrativa ostenta. Acerca deste aspecto, cumpre notar as considerações a seguir.

4.1 DA VIGÊNCIA E EFICÁCIA DO CONTEÚDO MATERIAL DA NOVA NORMA JURÍDICA E SEUS EFEITOS

Diversamente do que se nota da análise do conteúdo processual da Lei 14.230/21, tratando das normas de conteúdo material, aqui em especial consideração aquelas de tal natureza dispostas na Lei de Improbidade Administrativa, excepcionando a regra geral (art. 6º Decreto-lei n.º 4657/1942), há os que defendem a retroatividade, quando assim o for para favorecer o requerido. É a sustentação daqueles que interpretam o sistema atualmente chamado de Direito Administrativo Sancionador, considerado o caráter eminentemente penalizador de tais dispositivos, embora, há muito, já tenha restado definido o caráter civil da improbidade⁸,

⁶ Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em mar. 2022.

⁷ Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

⁸ Ementa: Direito Constitucional. Agravo Regimental em Petição. Sujeição dos Agentes Políticos a Duplo Regime Sancionatório em Matéria de Improbidade. Impossibilidade de Extensão do Foro por Prerrogativa de Função à Ação de Improbidade Administrativa. 1. Os agentes políticos, com exceção do Presidente da República, encontram-se sujeitos a um duplo regime sancionatório, de modo que se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa, quanto à responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade. Não há qualquer impedimento à concorrência de esferas de responsabilização distintas, de modo que carece de fundamento constitucional a tentativa de imunizar os agentes políticos das sanções da ação de improbidade administrativa, a pretexto de que estas seriam absorvidas pelo crime de responsabilidade. A única exceção ao duplo regime sancionatório em matéria de improbidade se refere aos atos praticados pelo Presidente da República, conforme previsão do art. 85, V, da Constituição. (...) (Pet 3240 AgR, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2018,

enquanto mecanismo de combate à corrupção e outras práticas desleais na condução da gestão pública.

Em que pese a retroatividade da norma mais benéfica tenha amparo legal no âmbito do direito penal, a Lei de Improbidade é regida pelos preceitos norteadores do gênero Direito Sancionador, do qual seriam espécies o direito administrativo sancionador e o direito penal, ambos enquanto expressão da soberania estatal do poder punitivo.

Deste modo, ambos os regimes jurídicos estariam submetidos aos mesmos princípios fundamentais garantidores: devido processo legal, contraditório, ampla defesa, legalidade, culpabilidade, pessoalidade das punições, individualização das sanções, razoabilidade, proporcionalidade e da retroatividade da lei (de caráter punitivo) mais benéfica (artigo 5º, incisos II, XXXIX, XLV, XLVI, XL, LIV, LV e artigo 37, *caput*, todos da Constituição Federal).

Não é recente a incorporação desta linha de raciocínio, na jurisprudência nacional, sobretudo aquela manifestada por intermédio do tribunal nacional ao qual compete a função de unificação da interpretação pacificada da legislação brasileira. Quando concitado em discussão congênere, que envolvia a arguição da ocorrência da *abolitio criminis* pela nova regulação estrutural dos atos de concentração do poder econômico, o Superior Tribunal de Justiça

O tema insere-se no âmbito do direito administrativo sancionador e, segundo doutrina e jurisprudência, em razão de sua proximidade com o direito penal, a ele se estende a norma do art. 5º, XVIII, da Constituição da República, qual seja, a retroatividade da lei mais benéfica.⁹

ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-171 DIVULG 21-08-2018 PUBLIC 22-08-2018). Julgado disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur389052/false>. Acesso em mar. 2022.

⁹ RECURSO ESPECIAL. DIREITO DA CONCORRÊNCIA. REGULAÇÃO ESTRUTURAL DO PODER ECONÔMICO EXERCIDA PELO CADE. ATOS DE CONCENTRAÇÃO - MOMENTO DE SUA REALIZAÇÃO. 'ABOLITIO CRIMINIS' - INAPLICABILIDADE - MAIOR RESTRITIVIDADE DA LEI POSTERIOR. 1. O controle objeto do direito concorrencial visa à proteção da concorrência e não coincide, necessariamente, com a salvaguarda tutelada por outros ramos do direito. [...]. 4. Na atual Lei de Defesa da Concorrência, substitutiva da Lei n. 8.884/1994, a multa permanece e o prazo para submissão da operação ao CADE tornou-se mais restrito, porquanto a apresentação do ato de concentração deve se dar obrigatoriamente antes da produção de efeitos, sendo certo que esses efeitos não poderão ocorrer antes da manifestação da autarquia reguladora (Lei n. 12.529/2011, art. 88, §§ 2º, 3º e 4º). [...] Em exame acerca da natureza jurídica da norma constante do § 5º art. 54 da Lei n. 8.884/1994, observo tratar-se de penalidade administrativa, imposta em razão do cometimento de infração ali tipificada. O tema insere-se no âmbito do direito administrativo sancionador e, segundo doutrina e jurisprudência, em razão de sua proximidade com o direito penal, a ele se estende a norma do art. 5º, XVIII, da Constituição da República, qual seja, a retroatividade da lei mais benéfica [...] (STJ - REsp: 1353274 DF 2012/0132889-0, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 23/02/2021, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/03/2021). Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201328890&dt_publicacao=25/03/2021. Acesso em: mar. 2022.

Aquele mesmo órgão jurisdicional, em reiteradas oportunidades já propagava que “a norma administrativa mais benéfica, no que deixa de sancionar determinado comportamento, é dotada de eficácia retroativa.”¹⁰ Assim sendo, a opção interpretativa que restringe a retroatividade apenas às normas de caráter estritamente “penal”, à luz de um princípio geral de que *tempus regit actum*, aparenta dissenso com o ordenamento jurídico sancionador, por desconsiderar os diversos efeitos deletérios que a imputação e a condenação pelo ato ímprobo acarreta nas atividades e trajetórias pessoais e profissionais do gestor público e daqueles que com ele contrata ou se acerca.

É possível colher-se das manifestações da comunidade jurídica e científica após a vigência do novo ordenamento sancionador esta percepção acerca da retroatividade das disposições que, embora civis, ostentam o caráter sancionador (OSÓRIO, 2021, p. 38). Neste sentido, é a análise do professor

63. Com efeito, o Direito Administrativo Sancionador sofre o influxo de muitos dos princípios orientadores do Direito Penal, balizando-se por normativas constitucionais que objetivam, em última análise, limitar o arbítrio do Estado, em respeito às liberdades públicas e individuais dos cidadãos. Assim, as garantias penais devem ser aplicadas ao direito administrativo sancionador por simetria, mormente quando as sanções afetam direitos fundamentais. [...] 67. Aceitas essas premissas, é forçoso concluir que a determinação legal de aplicar os princípios do Direito Administrativo Sancionador ao “sistema da improbidade administrativa” acarreta a incidência nesta seara do princípio constitucional da retroatividade da lei mais benigna, insculpido no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal (...) 71. Desse modo, como decorrência do mandamento expresso do §1º do artigo 4º da Lei

¹⁰ ADMINISTRATIVO. CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO MANEJADO POR DIVERSOS SINDICATOS DO RAMO VAREJISTA. PRETENSÃO DE VER RECONHECIDA A VALIDADE DE PREÇO A MAIOR PARA O CONSUMIDOR QUE PAGA COM CARTÃO DE CRÉDITO. POSSIBILIDADE. PRÁTICA HODIERNAMENTE AUTORIZADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO. ART. 1º DA LEI N. 13.455/17. ALCANCE RETROATIVO. [...]1. A cobrança diferenciada de preços de bens e serviços ao público em face do pagamento mediante cartão de crédito passou a ser legalmente admitida pelo ordenamento jurídico pátrio. Logo, inexistente abusividade em tal prática comercial. 2. Antes da entrada em vigor da Lei n. 13.455/17, inexistia expressa vedação legal à prática diferenciada de preços em função da forma de pagamento utilizada pelo consumidor, por isso que não se cuida de hipótese de superveniente atipicidade da conduta, mas, ao invés, de positividade normativa com o intuito de referendar e estabilizar a prática comercial em realce. 3. A norma administrativa mais benéfica, no que deixa de sancionar determinado comportamento, é dotada de eficácia retroativa. Precedente: REsp 1.153.083/MT, Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 19/11/2014). 4. Nesse norte, incensurável se revela o acórdão recorrido no passo em que, ao conceder a segurança pleiteada no presente writ preventivo, ordenou à autoridade coatora que se abstenha de impor penalidade contra as empresas integrantes das categorias econômicas representadas pelos sindicatos impetrantes, na hipótese de concessão de descontos para compras efetuadas mediante dinheiro ou cheque, sem extensão de tal vantagem às transações realizadas mediante cartão de crédito. 5. Recurso especial não provido. (REsp 1402893/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/04/2019, DJe 22/04/2019). Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201303023330&dt_publicacao=22/04/2019. Acesso em abr. 2022.

nº 8.429/1992, na redação dada pela Lei nº 14.230/ 2021, conclui-se que a norma posterior mais benéfica deve ser aplicada retroativamente.¹¹

A congruência da aplicação dos conceitos (des)punitivos da nova legislação retroativamente, prosseguem na mesma compreensão, conforme é possível se inferir (FILHO, 2021, 292).

Por outro lado e para evitar qualquer controvérsia, o art. 5º, inc. XL, da CF/88 determina que “*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*”. Embora a redação se refira à “lei penal”, é evidente que essa garantia se aplica a qualquer norma de natureza punitiva. Não existe alguma característica diferenciada da lei penal que propiciasse a retroatividade da lei punitiva não penal. (...) As alterações introduzidas pela Lei 14.230/2021, em todas as passagens que configurem tratamento mais benéfico relativamente à configuração ou ao sancionamento por improbidade administrativa, aplicam-se a todas as condutas consumadas em data anterior à sua vigência.¹²

Adotado o sistema do isolamento dos atos processuais para o efeito de aplicação do conteúdo instrumental do novo ordenamento, quando se trata dos dispositivos conceituais sancionadores (direito administrativo sancionador), haver-se-ia que reconhecer a sua aplicação retroativa, vez que, são disposições mais benignas aos imputados transgressores das normas protetivas da probidade administrativa.

¹¹ Em parecer jurídico consulto a questão formulada pelo Instituto Brasiliense de Direito Administrativo-IDADF, o professor Fábio Medina Osório assim leciona: 63. Com efeito, o Direito Administrativo Sancionador sofre o influxo de muitos dos princípios orientadores do Direito Penal, balizando-se por normativas constitucionais que objetivam, em última análise, limitar o arbítrio do Estado, em respeito às liberdades públicas e individuais dos cidadãos. Assim, as garantias penais devem ser aplicadas ao direito administrativo sancionador por simetria, mormente quando as sanções afetam direitos fundamentais. 64. No caso da Lei de Improbidade Administrativa, especialmente ante a reforma introduzida pela Lei nº 14.230, o que se observa é que se trata de uma reforma que afetou normas-matriz, vale dizer, normas dotadas de estabilidade material, não normas de direito transitório. É certo que consideramos as normas da Lei 8.429/92 autênticas normas sancionadoras em branco¹⁶, que se complementam, à luz do princípio da legalidade substancial, por outras normas completivas. 65. Na espécie, indubitavelmente, a modificação promovida pelo legislador alterou diretamente as normas-matriz, não as normas subjacentes. Nesse sentido, não se pode questionar a força da retroatividade da norma mais benéfica, por conta do princípio da simetria do direito administrativo sancionador com o direito penal, ainda que se aplique essa incidência com matices. 66. A ausência de equiparação absoluta entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador não afasta a aplicabilidade dos princípios penais a este último, consoante doutrina e jurisprudência aplicáveis à matéria. 67. Aceitas essas premissas, é forçoso concluir que a determinação legal de aplicar os princípios do Direito Administrativo Sancionador ao “sistema da improbidade administrativa” acarreta a incidência nesta seara do princípio constitucional da retroatividade da lei mais benigna, insculpido no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal (...). 71. Desse modo, como decorrência do mandamento expresso do §1º do artigo 4º da Lei nº 8.429/1992, na redação dada pela Lei nº 14.230/ 2021, conclui-se que a norma posterior mais benéfica deve ser aplicada retroativamente. Disponível em: <https://www.fabiomedinaosorio.com.br/fabio-medina-osorio-para-revista-do-trf4-parecer-juridico-improbidade-administrativa/>. Acesso em: mar. 2022.

¹² Ainda sobre o tema o autor complementa: Assim se impõe em vista da própria garantia constitucional. Deve-se compreender que o legislador reputou que a solução prevista na lei pretérita era excessiva. O entendimento consagrado na legislação superveniente alcança as infrações pretéritas. [...] Isso significa que, mesmo no caso de processos já iniciados, aplica-se a disciplina contemplada na Lei 14.230/2021. Portanto e por exemplo, tornou-se juridicamente inexistente a improbidade meramente culposa, tal como não se admite mais a presunção de ilicitude ou de dano ao erário. Logo, os processos em curso que envolvam pretensão de aplicação da disciplina original da Lei 8.429 subordinam-se às regras mais benéficas da Lei 14.230/2021.

Nesta concepção libertária e abolicionista que a lei de improbidade administrativa adquiriu com a renovação, uma das mais substanciais modificações diz respeito a supressão da conduta culposa, temática que merece as considerações nesta sequência.

Contudo, esta não foi a interpretação partilhada pelo Supremo Tribunal Federal quando, em sede de repercussão geral, acerca da questão ora posta, assim julgou

O princípio da retroatividade da lei penal, consagrado no inciso XL do artigo 5º da 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.¹³

Para o efeito da intervenção jurisdicional efetiva nas ações em andamento, ao menos por ora, resta declinada a opção do intérprete privilegiado do texto constitucional pela distinção entre os regimes jurídicos vigentes no âmbito do chamado direito administrativo sancionador e o direito penal, não havendo que se falar em comunhão das teorias sancionatórias.

5 A SUPRESSÃO DA CULPA E A IMPUNIDADE DA INCOMPETÊNCIA

Sob o regime originário da improbidade administrativa, a conduta de auferir vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade pública ou de caráter público, que importasse enriquecimento ilícito do agente, comportava, como elemento subjetivo do tipo, as modalidades dolosa ou culposa. O legislador reformador foi expresso em excluir a modalidade culposa, o que equivale dizer que, necessariamente, o dolo, assim compreendido como o interesse especial de agir para a obtenção de resultado ilícito, elemento que é de difícil comprovação “permitirá ao agente alegar a sua incompetência técnica ou falta de zelo como ensejador do dano, afastando a possibilidade de punição”. A alteração é claramente desonerativa e “tende a esvaziar as condenações de improbidade administrativa,

¹³ Parte da ementa do ARE 843989 RG, Tema 1199 em Repercussão Geral. Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento: 18/08/2022, publicação: 12/12/2022. 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 dez 2022.

promovendo um incentivo à corrupção, em clara dissonância com o ordenamento jurídico pátrio” (CARVALHO, 2022, p. 17)¹⁴.

A amplitude interpretativa do conceito jurídico aberto na configuração da culpa nas condutas ímprobas das quais decorriam prejuízo, sempre foi objeto de refutação pelos intérpretes mais garantistas na redação originária da lei. Tendo em vista que, em 2018, um em cada três integrantes do Congresso Nacional responde a uma ação na justiça¹⁵ e, em 2022, um em cada quatro senadores eram alvo de ações por improbidade administrativa,¹⁶ e que a discussão do Projeto de Lei nº 2505/21 se iniciou em 2018; sem muita dificuldade, é perceptível o advento uma legislação consideravelmente dirigida.

Considerando que a probidade na gestão do patrimônio público é regra basilar do administrador íntegro, e que as condutas tecnicamente incompetentes, por si só, não demandarão mais punição em face da supressão da conduta culposa do rol daquelas puníveis, vislumbra-se um futuro não muito profícuo para o patrimônio público. A busca necessária por excelência, racionalidade e competência na condução de políticas públicas perde muito em incentivo em face da revogação da figura culposa dentre o rol dos atos ímprobos puníveis.

Em conformação com a autonomia legislativa e sua legitimidade, em tese, cumpre-nos avaliar os reflexos também das alterações no que pertine ao instituto da prescrição.

6 REPERCUSSÃO DO NOVO REGIME JURÍDICO PUNITIVO EM MATÉRIA DE PRESCRIÇÃO

O tema prescrição perpassa todas as esferas do direito, guardando, em todas elas, o mesmo núcleo conceitual de atingir diretamente o direito de punir e de executar a punição imposta. No âmbito penal, tem-se que a prescrição pode alcançar tanto a pretensão instrutória quanto executória, por força do decurso do tempo. Parte-se sempre do pressuposto que o tempo tudo apaga, e a aplicação da norma punitiva em caráter tardio pode representar injustiça maior que aquela que se pretenda reparar com o exercício do *jus puniendi*. Neste ramo, é consolidada a compreensão de que a prescrição corresponde a um instituto de direito material e, enquanto

¹⁴ Na mesma obra, o autor ainda comenta: “Imagine-se que, nem mesmo a imprudência desarrazoada ou a negligência clara e ilegal poderá ensejar sanções de improbidade, haja vista a exigência legal expressa do dolo específico”.

¹⁵ Dentre as ações estão ações penais por corrupção, lavagem, assédio sexual, estelionato ou improbidade administrativa. CONGRESSO EM FOCO. Um em cada três integrantes do novo congresso responde a processo na justiça. 2018. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/area/justica/um-em-cada-tres-integrantes-do-novo-congresso-responde-a-processo-na-justica/>. Acesso em abr. 2022.

¹⁶ EXAME. Um em cada quatro senadores é alvo de ações por improbidade. 2021. Disponível em: <https://exame.com/brasil/1-em-cada-4-senadores-e-alvo-de-aco-es-por-improbidade/>. Acesso em abr. 2022.

tal, é interpretado restritivamente e deve retroagir para beneficiar, mesmo que para tanto se contraponha ao dogma da coisa julgada. Enquanto instituto de direito material, produz a extinção do direito de punir e, ante a superveniência de um novo estatuto jurídico da prescrição, há que se reconhecer a sua aplicação retroativa.¹⁷

No aspecto civil, a prescrição também vem vinculada diretamente a passagem do tempo, estruturalmente pressupondo uma pretensão que assegura um direito subjetivo, a inação deste titular da pretensão pelo tempo previamente previsto na norma e, por fim, a não incidência de nenhuma causa de ordem suspensiva ou interruptiva da fluência deste prazo extintivo.

Pressupondo estarem firmados tais pressupostos, na interpretação da nova legislação, a comunidade jurídica já vem se manifestando acerca da (in)aplicação retroativa do instituto de direito material, à luz do princípio da irretroatividade das leis (art. 5.º, XXXVI CF/88). Contudo, vozes proclamam que

... é possível a retroatividade do novo regramento da prescrição nas hipóteses mais favoráveis ao acusado” [isto porque] o princípio da retroatividade da lei mais benéfica previsto no art. 5º, XL, da CFRB deve ser aplicado ao regime jurídico da improbidade administrativa, inclusive no tópico da prescrição, submetido aos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador (art. 1º, § 4º, da LIA) (NEVES, 2022, p. 133).

Interpretar este regime ‘mais benéfico’ no âmbito do evidente interesse público nesta seara, necessariamente implica em considerar que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, XL, CF/88), tendo em vista que “embora a redação se refira à lei penal, é evidente que essa garantia se aplica a qualquer norma de natureza punitiva. Não existe alguma característica diferenciada da lei penal que propiciasse a retroatividade da lei punitiva não penal” (FILHO, 2022, p. 293).

Sintetizando os efeitos dos dispositivos da nova legislação aos processos ainda pendentes e futuros, é preciso considerar que a nova disciplina inaugurada pela Lei 14.230/21, “em todas as passagens que configurem tratamento mais benéfico relativamente à configuração ou ao sancionamento por improbidade administrativa, aplicam-se a todas as condutas consumadas em data anterior à sua vigência” (*ibid*). Assumir esta conclusão no âmbito do instituto da prescrição implica reconhecer sua incidência, nos processos em andamento por fatos anteriores, mesmo naqueles em que já tenha se operado o efeito da coisa julgada¹⁸.

¹⁷ Tal qual, no âmbito do Direito Penal, expressamente prevê ao art. 61 do Código de Processo Penal: “Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício”.

¹⁸ Isso significa que, mesmo no caso de processos já iniciados, aplica-se a disciplina contemplada na Lei 14.230/2021. Portanto e por exemplo, tornou-se juridicamente inexistente a improbidade meramente culposa, tal

Tratando de novos marcos temporais para a ocorrência da prescrição, a Lei 14.230/2021, estabelece em seu art. 23, § 8º que, após a oitiva do membro do Ministério Público, na condição de titular da ação ou atuando como *custos legis*, deverá, “de ofício” ou a requerimento da parte, “reconhecer a prescrição intercorrente da pretensão sancionadora e decretá-la de imediato, caso, entre os marcos interruptivos referidos no § 4º, transcorra o prazo previsto no § 5º deste artigo”. Aparentemente, foi a intenção do legislador indicada neste dispositivo, na medida em que, até mesmo de ofício, impor-se-ia o reconhecimento da causa limitativa da atuação do poder estatal.

Inobstante, não foi esta a opção encampada pelo Supremo Tribunal Federal no ARE 843989 que, ao tratar da prescrição, assim deliberou

15. A prescrição é o perecimento da pretensão punitiva ou da pretensão executória pela INÉRCIA do próprio Estado. A prescrição prende-se à noção de perda do direito de punir do Estado por sua negligência, ineficiência ou incompetência em determinado lapso de tempo. 16. Sem INÉRCIA não há PRESCRIÇÃO. Sem INÉRCIA não há sancionamento ao titular da pretensão. Sem INÉRCIA não há possibilidade de se afastar a proteção à probidade e ao patrimônio público. 17. Na aplicação do novo regime prescricional – novos prazos e prescrição intercorrente –, há necessidade de observância dos princípios da segurança jurídica, do acesso à Justiça e da proteção da confiança, com a IRRETROATIVIDADE da Lei 14.230/2021, garantindo-se a plena eficácia dos atos praticados validamente antes da alteração legislativa.¹⁹

Portanto, embora defensável a tese da retroatividade do novo regramento legal mais favorável ao(s) requerido(s) no tema prescrição, enquanto causa extintiva da pretensão investigatória, instrutória e executória, à luz do disposto no art. 5º, LX da Constituição Federal em matéria de Direito Administrativo Sancionador, com aplicação tanto aos feitos em tramitação, quanto naqueles em que já tenha ocorrido o trânsito em julgado e haja prosseguindo em fase de cumprimento de sentença; esta não foi a opção jurisprudencial adota pelo STF quando julgou o tema 1199.

Quando se trata da defesa da aplicação retroativa deste novo marco prescricional em matéria de reparação de danos provocados ao erário público por ato doloso, a questão não pode ser interpretada sem as ressalvas que passamos observar a seguir.

como não se admite mais a presunção de ilicitude ou de dano ao erário. Logo, os processos em curso que envolvam pretensão de aplicação da disciplina original da Lei 8.429 subordinam-se às regras mais benéficas da Lei 14.230/2021.

¹⁹ Parte da ementa do ARE 843989 RG, Tema 1199 em Repercussão Geral. Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento: 18/08/2022, publicação: 12/12/2022. 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 dez 2022.

7 DA INTERPRETAÇÃO NO NOVO MARCO PRESCRICIONAL EM ATOS QUE IMPORTAM O DEVER DE REPARAÇÃO DO DANO AO ERÁRIO

Quando a análise acerca da eventual aplicação retroativa da nova norma ao instituto da prescrição para o ressarcimento ao erário em decorrência de ato doloso de improbidade administrativa, por força da disposição normativamente superior estatuída na parte final do § 5º, art. 37 da Constituição Federal²⁰, a questão demanda interpretação em outros termos. Neste caso, tem-se por aplicável o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n.º 852.475/SP (Tema 897), que apreciou a compatibilidade constitucional de tal previsão principiológica, asseverando que

4. A Constituição, no mesmo dispositivo (art. 37, § 5º, CRFB) decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento ao erário, tornando-as, assim, imprescritíveis. 5. São, portanto, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.²¹

Assim, de todo o até aqui considerado, nos é lícito asseverar que as novas regras tratativas da prescritibilidade para apuração, instrução, julgamento e sancionamento decorrentes de atos de improbidade administrativa que, em tese, comportariam a retroatividade em benefício do requerido, não se harmonizam com o regime jurídico vigente quando há ressarcimento ao erário, por força de previsão constitucional expressa, cuja modificação por instrumento normativo de menor hierarquia não é legítima nem viável.

²⁰ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) § 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em mar. 2022.

²¹ DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. A prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais. 2. Há, no entanto, uma série de exceções explícitas no texto constitucional, como a prática dos crimes de racismo (art. 5º, XLII, CRFB) e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CRFB). 3. O texto constitucional é expresso (art. 37, § 5º, CRFB) ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente. 4. A Constituição, no mesmo dispositivo (art. 37, § 5º, CRFB) decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento ao erário, tornando-as, assim, imprescritíveis. 5. São, portanto, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. 6. Parcial provimento do recurso extraordinário para (i) afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e (ii) determinar que o tribunal recorrido, superada a preliminar de mérito pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, aprecie o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento. (RE 852475, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur400617/false>. Acesso em mar. 2022.

Interpretando as disposições na nova legislação acerca da (im)prescritibilidade em matéria de improbidade administrativa, a ressalva da reparação no ato doloso é considerada na doutrina, quando assevera

De qualquer forma, em razão do silêncio da LIA e da extinção da modalidade culposa de improbidade, a partir do entendimento apresentado tradicionalmente pela Suprema Corte, é possível concluir que a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário a partir da reforma introduzida pela Lei 14.230/2021, em razão da prática de qualquer ato de improbidade que deve ser, necessariamente, doloso (NEVES, 2022. p. 132).

O reconhecimento da prescritibilidade, a partir do novo marco temporal, tanto para apuração, processamento, imposição e execução das sanções aos sujeitos ímprobos por atos cometidos dolosamente é a tônica do regime contemporâneo. Sintetizando a temática, ainda na linha intelectual dos feitos da prescrição sobre o ressarcimento ao erário por ato doloso tipificado como ímprobo, temos

Dá se segue que incide a prescrição relativamente a todas as demais pretensões punitivas relacionadas com condutas de improbidade. As demais sanções previstas no art. 12 da LIA, que não aquelas relativas à reparação do dano, sujeitam-se à prescrição. Isso envolve, inclusive, os valores indevidamente apropriados pelos agentes públicos e privados, que não configurem dano ao patrimônio público (FILHO, 2021, p. 274).²²

A legitimidade da mudança de norte aplicável doravante a esta matéria, aparentemente, é incontroversa à luz do reconhecimento da autonomia legislativa. Contudo, a criteriosa análise especialmente destas três substanciais pontos de alteração – supressão da conduta culposa, novo marco prescricional e aplicação retroativa do conteúdo material da norma – legitima as considerações finais a seguir expostas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É preciso analisar as alterações no regime originário da Lei de Improbidade Administrativa, promovida pela Lei nº 14.230/2021, abstraindo-se a proveniência das tratativas e efetivas motivações de uma reforma de tamanha complexidade. Cumpre não perder de vista que o objetivo maior de todo o sistema de proteção do interesse público e do patrimônio da coletividade sofre um substancial enfraquecimento com o relaxamento das regras promovido pelo novo estatuto normativo e, por conseguinte, a autonomia judicial e social de acompanhamento da gestão de políticas públicas fica prejudicada.

²² Complementam a mesma ideia: Em síntese, houve o reconhecimento de que a imprescritibilidade prevista constitucionalmente refere-se exclusivamente às pretensões de reparação de danos decorrentes dos atos de improbidade – praticados, portanto, com intuito doloso.

A vedação expressa contida no novo texto legal, de que políticas públicas sejam objeto de discussão no âmbito das ações em que se discute a eventual prática de ato ímprobo, representa um golpe duríssimo no sistema social de contenção e acompanhamento da atividade da administração pública e, por certo, aliados a outros pontos onde também houve uma flexibilização no controle, culminará por fomentar práticas administrativas de gestão descomprometidas com a eficiência.

O comprometimento com esta eficiência, compreendida enquanto eficácia na efetivação de direitos humanos, sociais e da personalidade, também é consideravelmente debilitada com a redução dos prazos prescricionais para apuração de condutas ilegítimas. A supressão da culpa nas condutas ímprobos, conduzindo à impunidade da incompetência, cuja arguição é bastante cômoda, além de dissuadir o gestor ao processo necessário de constante aperfeiçoamento técnico na administração pública, estimula a negligência àquele dirigente público não comprometido com as causas sociais e a efetivação de direitos.

Com a atenuação dos mecanismos de controle, aferição e repressão de condutas ímprobos, aquelas garantias mínimas em direitos da personalidade, com as quais o Estado Nacional se comprometeu em efetivar, sofrerão significativos impactos e até retrocessos em todos os planos, macro, micro e mesoinstitucionais. Além do papel de moldura e direcionamento das políticas públicas que a ciência jurídica desempenha, precisa também se comprometer com práticas sociais coletivas que oportunizem a ampliação de garantias, sob pena de incorrer num retrocesso social.

Nesta quadra histórica e neste estado de coisas, com a promoção de direitos humanos sob ameaça em vista do enfraquecimento do sistema de controle judicial das políticas públicas, sobleva a importância do efetivo exercício consciente da cidadania pelo voto direto, secreto e universal que, em última análise, é o crivo ao qual todo gestor público ainda está efetivamente adstrito.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. **Políticas públicas de Estado e de governo: instrumento de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e de proteção dos direitos humanos.** Políticas Públicas – reflexões sobre o conceito jurídico, Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 232.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.505, de 18 de junho de 2021**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1687121&filename=PL-10887-2018. Acesso em abr. 2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Metas Nacionais 2021**. Aprovadas no XIV Encontro Nacional do Poder Judiciário. Brasília: DF, 2021. Disponíveis em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/01/Metas-Nacionais-aprovadas-no-XIV-ENPJ.pdf>, <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/01/metas-nacionais-aprovadas-no-15o-enpj.pdf>. Acesso em abr. 2022.

_____. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em mar. 2022.

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

_____. **Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14230.htm. Acesso em mar. 2022.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em abr. 2022.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 843989**, Brasília, DF, 03 de março de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1281323/false>. Acesso em mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 852475**, Brasília, DF, 25 de março de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur400617/false>. Acesso em mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Petição nº 3240**, Brasília, DF, 21 de agosto de 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur389052/false>. Acesso em mar. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1353274**, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 22 de fevereiro de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201328890&dt_publicacao=25/03/2021. Acesso em mar. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial** nº 843989/RG, 1ª Turma. Brasília, DF, 18 de agosto 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 dez. 2022.

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** nº 1353274, 1ª Turma. Brasília, DF, 22 de fevereiro de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201328890&dt_publicacao=25/03/2021. Acesso em mar. 2022.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva. 2021. disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1281323/false>. Acesso em mar. 2022.

CARVALHO, Matheus. **Lei de improbidade administrativa comentada**. Juspodivm: Salvador. 2022.

COUTINHO, Diogo R. **O direito nas políticas públicas sociais brasileiras: um estudo sobre o Programa Bolsa Família**. In Direito e desenvolvimento: um diálogo entre os Brics. SCHAPITO, Mário G.; TRUBEK, David M. (Orgs.) São Paulo: Saraiva. Pp. 73-122, 2012.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros. 2006. P. 105.

FILHO, Marçal Justen. **Reforma da lei de improbidade administrativa**. Comparada e comentada. Gen: Rio de Janeiro. 2021.

IKEDA, Walter Lucas e Rodrigo Valente Giublin Teixeira. **Direitos da personalidade: terminologias, estrutura e recepção**. Revista Jurídica Unicesumar. 2022, p. 129-153. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/10618/7018>. Acesso em mar. 2022.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Rafael Carvalho Rezende Oliveira. **Comentários à Reforma da lei de Improbidade Administrativa**. 2022. Rio de Janeiro, Gen Forense, p. 133.

OSÓRIO, Fábio Medina. Parecer jurídico elabora a consulta formulada pelo **Instituto Brasiliense de Direito Administrativo-IDADF**, por intermédio do Prof. FLÁVIO HENRIQUE UNES PEREIRA, considerando a Repercussão Geral reconhecida no ARE 843989/PR. Brasília-DF, 11 de março de 2022. Disponível em: <https://www.fabiomedinaosorio.com.br/fabio-medina-osorio-para-revista-do-trf4-parecer-juridico-improbidade-administrativa/>. Acesso em: mar. 2022.

UM EM CADA TRÊS INTEGRANTES DO NOVO CONGRESSO RESPONDE A PROCESSO NA JUSTIÇA. **Congresso em foco**. 2018. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/area/justica/um-em-cada-tres-integrantes-do-novo-congresso-responde-a-processo-na-justica/>. Acesso em abr. 2022.

UM EM CADA QUATRO SENADORES É ALVO DE AÇÕES POR IMPROBIDADE.
Exame. 2021. Disponível em: <https://exame.com/brasil/1-em-cada-4-senadores-e-alvo-de-aco-es-por-improbidade/>. Acesso em abr. 2022.