

## VOTO - VOGAL

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão do Relator, Min. Edson Fachin, que negou seguimento ao pedido, por entender que a decisão reclamada estaria em consonância com o posicionamento observado no julgamento do Tema 1.199 (eDOC 21).

O Agravante alega, em suma, que *“as instâncias ordinárias não fizeram uma análise detida da conduta do Agravante. Assim, em que pese a sentença de primeira instância utilizar o vocábulo ‘dolo’ para caracterizar um suposto elemento anímico, o que existiu foi, apenas e tão somente, uma condenação com lastro em culpa ou simples presunção de dolo”* (eDOC 26, ID 469032ea, p. 3).

Afirma, dessa forma, que:

*“(…) o TRF não fez qualquer exame das condutas do Agravante, tampouco de sua vontade e intenção ao apresentar a prestação de contas em momento inadequado. Apenas repetiu o fundamento da sentença, adotando-o como verdade absoluta. Em momento algum as instâncias inferiores esclarecem qual seria o fim ilícito que o Agravante pretendia atingir ao prestar contas de recursos públicos efetivamente investidos em uma obra que foi, comprovadamente, finalizada e entregue. Tal posicionamento contraria o entendimento desse c. STF (Tema 1.199) e a própria literalidade da Lei 14.230/2021”* (eDOC 26, ID 469032ea, p. 5).

Argumenta, ainda, que *“com a entrada em vigor da Lei n.º 14.230/21, a infração em tese cometida pelo Agravante (art. 11, I, LIA) deixou de ser uma conduta tipificada. Tal fato, acrescido à condenação desprovida de apontamento de dolo, demonstra o equívoco da decisão reclamada e sua divergência com o Tema 1.199, o qual exige a comprovação de responsabilidade subjetiva, por meio da presença do elemento subjetivo doloso, para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA”* (eDOC 26, ID 469032ea, p. 6)

Requer, assim, seja o agravo regimental provido, reconhecendo-se a procedência do pedido formulado na reclamação.

O Relator encaminha voto no sentido da negativa de provimento ao agravo regimental.

**Peço vênia para divergir.**

Na hipótese, extrai-se dos autos que, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública em face de Marcelo de Oliveira e Silva (ora agravante) e outros visando à condenação dos réus pelas práticas de atos de improbidade administrativa.

Em primeiro grau de jurisdição, a demanda foi julgada parcialmente procedente no particular para **condenar o Agravante como incurso nas condutas então positivadas no art. 11, caput e I, da Lei nº 8.429/1992**, com aplicação das sanções do art. 12, III, da mesma lei (eDOC 12 – ID: ce101762. P. 97-111).

A condenação da parte agravante foi confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por meio de acórdão assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESCUMPRIMENTO DE CONVÊNIO CELEBRADO ENTRE A PREFEITURADE CUIABÁ E O MINISTÉRIO DA CULTURA. PRESTAÇÃO DE CONTAS IRREGULAR. ATOS QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 1. A má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Em consequência, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública pela má-fé do servidor. A apresentação de prestação de contas alegando a conclusão de 100% da obra no ano de 1999, sendo que estas, no ano de 2002, ainda não haviam sido concluídas, constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública. 2. A empresa responsável pela obra não pode ser responsabilizada por atos que competiam à Administração, visto que a prestação de contas feita de forma irregular era de responsabilidade da municipalidade. 3. Apelações não providas.” (eDOC 13, ID 83caf777, p. 119)

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, ao negar provimento ao AgInt no RE no AgInt nos Embargos de Divergência em Agravo no Recurso Especial nº 434155, nos termos do voto da Relatora, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, assim decidiu:

“AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL. TEMA N. 181/STF. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO.

SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 14.230/2021. TEMA N. 1.199/STF. CONDUTA DOLOSA. IRRETROATIVIDADE. LIMITES DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. 'A questão do preenchimento dos pressupostos de admissibilidade de recursos da competência de outros Tribunais tem natureza infraconstitucional e a ela são atribuídos os efeitos da ausência de repercussão geral' (Tema n. 181 do STF). 2. Aplica-se de forma vinculante o Tema n. 181 do STF quando o recurso extraordinário queira discutir: i) os fundamentos que impediram o conhecimento do recurso anteriormente julgado; ii) os fundamentos que impediriam esse conhecimento; ou iii) o mérito da causa, quando a insurgência anterior não ultrapassou a barreira da admissibilidade. 3. No tocante à aplicação da Lei n. 14.230/2021, o Pretório Excelso, no julgamento do Tema n. 1.199, firmou teses segundo as quais (i) é necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva dolosa na tipificação dos atos de improbidade administrativa; (ii) a revogação da modalidade culposa de improbidade administrativa é, em regra, irretroativa; (iii) no caso de atos culposos praticados na vigência do texto anterior, porém sem condenação transitada em julgado, deve ser feita nova análise do elemento subjetivo; e (iv) o novo regime prescricional não retroage, aplicando-se os novos marcos temporais apenas após a publicação da nova lei. 4. Quanto à tipicidade, as instâncias ordinárias concluíram pela existência de conduta dolosa do agente, não se tratando de condenação por ato ímprobo culposo capaz de ensejar o reexame do elemento subjetivo da conduta. 5. Afora a revogação da modalidade culposa dos atos de improbidade administrativa, não há nenhuma determinação por parte do Supremo Tribunal Federal, à luz das teses firmadas no julgamento do Tema n. 1.199, de aplicação retroativa da nova redação atribuída pela Lei n. 14.230/2021 aos dispositivos da LIA. 6. As alterações promovidas na Lei de Improbidade Administrativa e o julgamento do referido paradigma pela Suprema Corte em nada impactam a solução dada à presente causa, tendo em vista as estreitas balizas do juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, previstas no art. 1.030 do Código de Processo Civil. 7. Agravo interno a que se nega provimento."

A presente reclamação foi ajuizada em face do acórdão proferido

pelo STJ, que entendeu não ter havido no caso desrespeito ao entendimento fixado no julgamento do Tema 1.199.

### **Prossigo.**

De início, cabe ressaltar que, durante a tramitação da ação de improbidade administrativa, houve o advento da Lei nº 14.230/2021, que, dentre outras inovações, alterou substancialmente o conteúdo do art. 11 da Lei nº 8.429/1992 e o regime jurídico do ato de improbidade administrativa nele previsto. Confira-se:

#### **Art. 11 da Lei 8.429/1992 em sua redação original:**

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

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

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

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

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

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

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

#### **Art. 11 da Lei 8.429/1992 com a redação dada pela Lei 14.230/2021:**

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública **a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas:**

I - (revogado);

II - (revogado);

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em

razão das atribuições e que deva permanecer em segredo, propiciando beneficiamento por informação privilegiada ou colocando em risco a segurança da sociedade e do Estado;

IV - negar publicidade aos atos oficiais, exceto em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado ou de outras hipóteses instituídas em lei;

V - frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades;

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

VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.

IX - (revogado);

X - (revogado);

XI - nomear cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas;

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

§ 1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou

benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade.

§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei.

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

§ 4º Os atos de improbidade de que trata este artigo exigem lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento e independem do reconhecimento da produção de danos ao erário e de enriquecimento ilícito dos agentes públicos.

§ 5º Não se configurará improbidade a mera nomeação ou indicação política por parte dos detentores de mandatos eletivos, sendo necessária a aferição de dolo com finalidade ilícita por parte do agente.” (grifo nosso)

Como se percebe, a nova legislação alterou prodigiosamente o regramento normativo dos chamados atos de improbidade por condutas atentatórias aos princípios da administração pública (Lei 8.429/1992, art. 11).

Sem qualquer pretensão de exaustividade, as principais inovações introduzidas pela Lei nº 14.230/2021, para o ato de improbidade administrativa do art. 11 da Lei nº 8.429/1992, podem ser sintetizadas nas seguintes alterações: (i) necessidade do elemento subjetivo doloso para caracterização dos atos de improbidade por condutas atentatórias aos princípios da administração pública, com comprovação do dolo específico de obter proveito ou benefício indevido para o agente público ou terceiro (art. 11, *caput* e § 1º); (ii) tipificação taxativa dos atos dolosos de improbidade administrativa atentatórios aos princípios da administração pública (art. 11, parte final do *caput* e incisos III a XII) e; (iii) necessidade de lesividade relevante aos bens jurídicos tutelados para a caracterização do ato de improbidade (art. 11, § 4º). A esse respeito, tenho destacado, em sede doutrinária, que:

“O caso do art. 11, sobre a violação de princípios da Administração Pública, é simbólico ao se levantar, por exemplo, a possibilidade de algum ato que viole o princípio da

legalidade.

Essa questão foi abordada pela nova legislação com a **retirada do rol exemplificativo do caput**, vinculando o processo de subsunção ao enquadramento nas práticas descritas nos incisos do dispositivo.

A par desse aspecto, a nova Lei implicou significativa redução do âmbito de incidência dos preceitos proibitivos, sobretudo em virtude da **melhor caracterização das condutas, com o emprego de elementos finalísticos qualificadores do ato**. Exemplo desse incremento normativo é a nova redação do inciso III do art. 11.

Na legislação anterior, constituía ato de improbidade 'revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo'. Agora, a ação reprovada consiste em 'revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo, propiciando beneficiamento por informação privilegiada ou colocando em risco a segurança da sociedade e do Estado'.

Como se vê, há inequívoco fechamento do tipo, com a adjetivação aprimorada, de modo que o intérprete obtém na legislação maiores fatores de interpretação e análise da conduta do agente público. Ou seja, não basta que o servidor público quebre o sigilo de determinado fato, mas também que essa conduta resulte em benefício ou coloque em risco a segurança pública.

Essa redação qualificada dos tipos dos atos de improbidade ressoa também na melhor definição do elemento subjetivo da conduta. Os parágrafos 1º e 2º do art. 1º da nova Lei de Improbidade afastam a possibilidade de ter-se atos de improbidade culposos e rejeitam que o exame da ação ímproba, sob o ângulo subjetivo, esgote-se na voluntariedade da conduta." (MENDES, Gilmar Ferreira. Supremo Tribunal Federal e Improbidade Administrativa: perspectivas sobre a reforma da Lei 8.429/1992. In: MENDES, Gilmar Ferreira; CARNEIRO, Rafael de A. Araripe. *Nova Lei de Improbidade Administrativa: Inspirações e desafios*. Almedina Brasil: São Paulo, 2022. p. 52 – grifei)

Em suma, após as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021, para que haja condenação por ato de improbidade administrativa, com fundamento no art. 11 da Lei nº 8.429/1992 (ofensa a princípios da

Administração Pública), há que se demonstrar a prática **dolosa** de alguma das **condutas descritas nos incisos** do dispositivo mencionado e que essa conduta seja **lesiva ao bem jurídico tutelado**.

No julgamento do **ARE 843.989/PR (Tema 1.199)** (Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 9.12.2022), o Plenário do Supremo Tribunal Federal defrontou-se com a questão relativa à eventual retroatividade da Lei nº 14.230/2021 a fatos ocorridos antes da sua entrada em vigência, apreciando a questão, em especial, sob a perspectiva da *necessidade da presença do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa* e da *aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente*.

Na oportunidade, foram fixadas as seguintes diretrizes quanto à retroatividade das inovações: (1) que é necessária a comprovação da presença do elemento subjetivo “dolo” para a tipificação dos atos de improbidade administrativa; (2) que a revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa é irretroativa, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada e à processos de execução das penas e seus incidentes; (3) que a Lei nº 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, devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; (4) e que o novo regime prescricional previsto na Lei nº 14.230/2021 é irretroativo, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.

Como se vê, embora tenha sido afirmada a irretroatividade da extinção da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa, a Corte estabeleceu exceção de retroatividade relativa para casos como o presente, em que ainda não houve o trânsito em julgado da condenação por ato de improbidade. No particular, a tese de julgamento restou assim redigida:

“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.” (ARE 843.989/PR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 9.12.2022)

Definiu-se, portanto, como regra, a irretroatividade da Lei nº



14.230/2021, ressalvados os processos em que não tenha havido condenação transitada em julgado. **Dito com outras palavras, admitiu-se a aplicação das novas disposições da Lei nº 8.429/1992 aos processos em curso nos quais ainda não tenha sido formada a coisa julgada quanto à condenação pelo ato de improbidade.**

Ainda que tal precedente tenha debatido a retroatividade da Lei nº 14.230/2021 à luz das alterações referentes ao elemento subjetivo e ao prazo prescricional, **a diretriz fixada no julgamento quanto à incidência imediata das novas disposições da Lei nº 8.429/1992 aos processos em que ainda não tenha ocorrido o trânsito em julgado é plenamente aplicável a casos em que não necessariamente esteja em discussão o elemento subjetivo da imputação, haja vista não ter sido essa a única alteração promovida pela Lei nº 14.230/2021.**

Acrescente-se a isso a necessidade, que destaquei no voto em que proferi no julgamento do ARE 843.989/PR, de se **conferir aos atos de improbidade administrativa tratamento similar àqueles da seara criminal, sobretudo quando em jogo garantias constitucionais.**

Entendo que diante da proximidade dos regimes jurídicos de combate a atos de improbidade administrativa e de persecução criminal, com sanções de grau similar de gravidade, impõe-se a incidência da **garantia da retroatividade da norma sancionadora mais benéfica.**

Não é novidade que o cuidado com o patrimônio público ocupou espaço preferencial no projeto constitucional de 1988. A moralidade administrativa foi expressamente alçada ao patamar de princípio da Administração Pública (CF, art. 37), e, dessa norma, floresceram, no próprio texto constitucional, as bases de novo e autônomo sistema de responsabilização cível de agentes públicos e privados cujas condutas atentam contra a probidade.

Os contornos constitucionais desse sistema evidenciam o rigor do Constituinte com os atos de improbidade administrativa, no que estabelece que *importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível* (CF, art. 37, § 4º).

Ademais, como reforço na proteção da probidade administrativa, sob o ângulo da higidez do erário, o § 5º do art. 37 da Constituição previu igualmente a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário.

O texto constitucional emitiu ao legislador, portanto, diversos comandos para edificação de grave e abrangente regime de responsabilização de agentes responsáveis por condutas ímprobadas, fora

da seara penal.

**Este ponto é importante para compreensão da abordagem proposta.**

É inequívoco que a ação de improbidade administrativa não se desdobra no âmbito penal, bem como que há uma relativa independência entre as esferas, nos termos da parte final do § 4º do art. 37 da Constituição. Trata-se de responsabilidade formada na seara cível, fora do processo penal.

Disso não resulta, porém, que a questão esteja definitivamente resolvida, com a solução das controvérsias da ação de improbidade administrativa mediante a mera transposição de conceitos e princípios do direito civil.

**Isso porque o caráter sancionatório e o severo conjunto de responsabilidades atrelado ao regime de improbidade coloca-o em zona de inequívoca interface entre diferentes regimes de direito público.**

Nesse sentido, a questão da retroatividade das inovações inseridas pela Lei nº 14.230/2021 relaciona-se profundamente com a natureza das normas de improbidade administrativa, ora agregadas à principiologia do direito penal, ora dele apartadas, com a incidência de regras do direito administrativo sancionador ou, quando menos, do próprio direito civil.

Reservadas as devidas vênias, não comungo do entendimento daqueles que posicionam os atos de improbidade administrativa exclusivamente no âmbito do direito civil, negligenciando o seu inequívoco caráter sancionador, bem como a profunda conexão entre o direito sancionador e o direito penal.

Conforme fiz ver no julgamento da **Rcl 41.557/SP** (DJe de 10/03/2021), a relação entre direito penal e direito administrativo sancionador revela um nódulo problemático do sistema penal com o qual a doutrina especializada vem se ocupando desde o início do século XX, quase coincidindo com o desenvolvimento da própria dogmática jurídico-penal moderna.

O ponto central de tensão, para além de traçar uma diferenciação formal e material entre o ilícito penal e o ilícito administrativo — algo que foi objeto de preocupação da doutrina desde a publicação de *Das Verwaltungsstrafrecht*, por Goldschmidt, em 1902 — é a limitação do *jus puniendi* estatal por meio do reconhecimento (1) da proximidade entre as diferentes esferas normativas e (2) da extensão de garantias individuais tipicamente penais para o espaço do direito administrativo sancionador.

Nessa linha, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)

estabelece, a partir do paradigmático caso Oztürk, em 1984, **um conceito amplo de direito penal, que reconhece o direito administrativo sancionador como “autêntico subsistema” da ordem jurídico-penal.** A partir disso, determinados princípios jurídico-penais se estenderiam para o âmbito do direito administrativo sancionador, que pertenceria ao sistema penal em sentido lato. (OLIVEIRA, Ana Carolina. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador*. 2012, p. 128).

Acerca disso, afirma a doutrina que:

“A unidade do *jus puniendi* do Estado obriga a transposição de garantias constitucionais e penais para o direito administrativo sancionador. As mínimas garantias devem ser: legalidade, proporcionalidade, presunção de inocência e *ne bis in idem*.” (OLIVEIRA, Ana Carolina. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador*. 2012. p. 241)

A assunção desse pressuposto pelo intérprete, principalmente no tocante ao princípio do *ne bis in idem*, resulta na compreensão, como será observado, que tais princípios devem ser aplicados não somente dentro dos subsistemas mas também e principalmente na relação que se coloca entre os subsistemas.

Reforçando a linha de fundamentação aqui construída, a professora e pesquisadora Helena Lobo da Costa, em monografia por meio da qual recebeu o título de Livre Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, destaca que **a interpretação no sentido da independência absoluta entre o direito penal e o direito administrativo sancionador revela um equívoco metodológico, que alcança sérios problemas práticos:**

“Em nossa doutrina e, especialmente, em nossa jurisprudência prevalece ainda o paradigma de ‘independência entre as instâncias’, que além de não apresentar fundamentação científica convincente, gera diversos resultados paradoxais. Além disso, constrói um modelo que pouco se coaduna com a ideia de unidade da ordem jurídica, como um sistema jurídico estruturado e dotado de racionalidade interna. O ordenamento jurídico não pode ser tido como um conjunto desconexo de normas jurídicas, submetidas somente ao princípio da hierarquia. (...) Portanto, a ideia de independência entre as instâncias apresenta diversas inconsistências, não podendo ser

abraçada como dogma inquestionável, bem ao contrário.”  
(LOBO DA COSTA, Helena. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador*. 2013. pp. 119 e 222)

**Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais pátrios têm se inclinado pela aplicabilidade dos direitos e garantias constitucionais de cunho marcadamente penal, no que se refere à interpretação de normas jurídicas sucessivas que relevem ou minorem sanções a pessoas físicas e jurídicas (incluindo as de direito público) – direito sancionatório estatal.**

Ressalto que as sanções prescritas aos atos de improbidade são graves e em grande parte equiparadas àquelas atreladas à prática de crime comum, conforme evidenciado pelo próprio art. 15 da Constituição, que em seu inciso III atribui à condenação criminal transitada em julgado a mesma consequência, no tocante aos direitos políticos, daquela atribuída às condutas ímprobadas.

Essa penalidade de suspensão dos direitos políticos também está presente no sistema de responsabilidade político-administrativa de agentes políticos, os denominados crimes de responsabilidade. Basta observar que o Presidente da República, se condenado pelo Senado Federal em processo de *impeachment*, pode ser inabilitado para o exercício de função pública pelo prazo de oito anos (CF, art. 52, parágrafo único).

Também os Ministros de Estado, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República estão sujeitos à inabilitação para o exercício de qualquer função pública, em virtude da prática de crime de responsabilidade, por força do art. 2º da Lei 1.079/1950.

No que concerne à sanção de perda do cargo ou função pública, novamente os sistemas penal, de improbidade administrativa e de crimes de responsabilidade mostram-se coincidentes. Todos preveem a possibilidade de condenação do imputado a essa drástica penalidade.

Tudo isso para pontificar que, a meu ver, **não há como cindir de forma absoluta o tratamento conferido aos atos de improbidade administrativa daquele próprio à seara criminal, sobretudo quando em jogo as garantias processuais.**

A retroatividade da norma penal mais benéfica ao réu consubstancia direito fundamental e, como tal, não comporta interpretação restritiva, na esteira do entendimento consolidado desta Corte. É dizer, se há identidade de substratos fáticos para incidência do direito – do que não se tem dúvida pelo exposto até aqui –, descabe

articular com leitura textual limitadora da eficácia normativa de direito fundamental (SCHLINK, Bernhard; PIEROTH, Bodo. *Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, pp. 76-77).

A bem da verdade, a própria Lei nº 14.230/2021 afirmou o **caráter sancionatório da norma**, apartando-a definitivamente das ações civis, tanto em relação à principiologia quanto no que concerne à finalidade dos institutos:

“Art. 1º (...)

§ 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do **direito administrativo sancionador**.

Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Diante da incidência do poder punitivo estatal, que se apresenta único, quando considerados o direito penal e os atos de improbidade, em relação às sanções aplicadas e ao próprio conteúdo das condutas, é imperiosa a aplicação dos direitos e garantias fundamentais pertinentes, independentemente de sua natureza penal.

**Assim dispõe, no campo convencional, o art. 9º do Pacto de San Jose da Costa Rica, cujo âmbito de incidência material recai sobre normas sancionadoras extrapenais em geral, preconizando a retroatividade da norma sancionadora mais benéfica:**

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

Nesse diapasão, Rodrigo Bittencourt Mudrovitsch e Guilherme Pupe da Nóbrega advertem que o dispositivo da Convenção Americana, *ao replicar o princípio da retroatividade da lei benigna, não o cingiu à norma penal,*

*de modo que, sabido ostentar a referida convenção status supralegal, sua dicção, sozinha, já haveria de se sobrepor à legislação infraconstitucional, particularmente no que concerne à interpretação sobre a extensão dos efeitos de alterações positivas (MUDROVITSCH, Rodrigo Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Lei de improbidade administrativa comentada: de acordo com a reforma pela lei n. 14.230/2021. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 24).*

**Assim, considerada a proximidade ontológica dos regimes jurídicos de combate a atos de improbidade administrativa e de persecução criminal, com sanções de grau similar de gravidade, impõe-se, a meu ver, a incidência da garantia da retroatividade da norma sancionadora mais benéfica.**

Ressalto que essa diretriz hermenêutica ora proposta tem sido acolhida por esta Suprema Corte. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

“SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ADVENTO DA LEI 14.231/2021. INTELIGÊNCIA DO ARE 843.989 (TEMA 1.199). INCIDÊNCIA IMEDIATA DA NOVA REDAÇÃO DO ART. 11 DA LEI 8.429/1992 AOS PROCESSOS EM CURSO. 1. A Lei 14.231/2021 alterou profundamente o regime jurídico dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública (Lei 8.249/1992, art. 11), promovendo, dentre outros, a abolição da hipótese de responsabilização por violação genérica aos princípios discriminados no *caput* do art. 11 da Lei 8.249/1992 e passando a prever a tipificação taxativa dos atos de improbidade administrativa por ofensa aos princípios da administração pública, discriminada exaustivamente nos incisos do referido dispositivo legal. 2. **No julgamento do ARE 843.989 (tema 1.199), o Supremo Tribunal Federal assentou a irretroatividade das alterações introduzidas pela Lei 14.231/2021, para fins de incidência em face da coisa julgada ou durante o processo de execução das penas e seus incidentes, mas ressaltou exceção de retroatividade relativa para casos como o presente, em que ainda não houve o trânsito em julgado da condenação por ato de improbidade.** 3. As alterações promovidas pela Lei 14.231/2021 ao art. 11 da Lei

**8.249/1992 aplicam-se aos atos de improbidade administrativa praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado.** 4. Tendo em vista que (i) a imputação promovida pelo autor da demanda, a exemplo da capitulação promovida pelo Tribunal de origem, restringiu-se a subsumir a conduta imputada aos réus exclusivamente ao disposto no *caput* do art. 11 da Lei 8.429/1992 e que (ii) as condutas praticadas pelos réus, nos estritos termos em que descritas no arresto impugnado, não guardam correspondência com qualquer das hipóteses previstas na atual redação dos incisos do art. 11 da Lei 8.429/1992, imperiosa a reforma do acórdão recorrido para julgar improcedente a pretensão autoral. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental desprovido.” (ARE 1.346.594-AgR-segundo/SP, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 31.10.2023)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI N. 14.231/2021: ALTERAÇÃO DO ART. 11 DA LEI N. 8.429/1992. APLICAÇÃO AOS PROCESSOS EM CURSO. TEMA 1.199 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO IMPROVIDO. I – No julgamento do ARE 843.989/PR (Tema 1.199 da Repercussão Geral), da relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, o Supremo Tribunal Federal assentou a irretroatividade das alterações promovidas pela Lei n. 14.231/2021 na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), mas permitiu a aplicação das modificações implementadas pela lei mais recente aos atos de improbidade praticados na vigência do texto anterior nos casos sem condenação com trânsito em julgado. II – **O entendimento firmado no Tema 1.199 da Repercussão Geral aplica-se ao caso de ato de improbidade administrativa fundado no revogado art. 11, I, da Lei n. 8.429/1992, desde que não haja condenação com trânsito em julgado.** III – Agravo improvido.” (RE 1.452.533-AgR/SC, Rel. Min. Cristiano Zanin, Primeira Turma, DJe 21.11.2023)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI N. 8.429/1982. ALTERAÇÃO PELA LEI N.

**14.230/2021. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO TEMA 1.199 DA REPERCUSSÃO GERAL. PRECEDENTE DO PLENÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.”** (ARE 1.457.770-AgR/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, pendente de publicação)

Pois bem. Fixadas tais premissas interpretativas, tenho que o caso narrado nos autos reclama a incidência do novo regime inaugurado pela Lei nº 14.230/2021, na linha do entendimento placitado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE 843.989/PR (Tema 1.199).

Na espécie, a sentença condenatória foi proferida em 29.8.2011 e a sua confirmação pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região ocorreu em 22.10.2012. Em contrapartida, a publicação da Lei nº 14.230/2021 ocorreu em 26.10.2021, com entrada em vigor na mesma data. **A norma, portanto, é posterior aos fatos discutidos e à própria prestação de jurisdição levada a cabo pelas instâncias ordinárias.**

Foram interpostos, todavia, os recursos excepcionais correspondentes, não tendo havido, portanto, o trânsito em julgado do acórdão que manteve inalterada a sentença condenatória.

**Nesse cenário, tenho que a *ratio decidendi* do ARE 843.989/PR (Tema 1.199) quanto à incidência imediata das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021 aos processos em curso conduz à conclusão de que as novas disposições da Lei 8.429/1992 são plenamente aplicáveis ao caso concreto.**

Ato contínuo, observo que a nova redação do art. 11, que antes permitia a condenação por ato de improbidade mediante imputação fundamentada unicamente no *caput* do dispositivo, deve incidir imediatamente na espécie, não mais se admitindo a condenação por mera ofensa aos princípios da Administração Pública não tipificada expressamente em qualquer de seus incisos.

Observa-se, ainda, que **a condenação também ocorreu com fundamento no inciso I do art. 11 da Lei nº 8.492/1992, dispositivo revogado pela Lei nº 14.230/2021.**

No caso dos autos, o Juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso, no que foi mantido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, fundamentou a condenação com base unicamente na violação a *caput* e inciso I do art. 11 da Lei 8.429/1992, como demonstra o seguinte trecho da sentença:



“No caso dos autos, muito embora não haja prova do desvio de verba e o conseqüente dano material ao patrimônio público federal os requeridos apresentaram prestação de contas alegando a conclusão de 100%’ da obra no ano de 1999, sendo que estas, no ano de 2002, ainda não haviam sido concluídas

Quanto à alegação de que foi necessário refazer todo o reboco em razão do incêndio, os requeridos não lograram demonstrar a veracidade das alegações, nem perante o TCU e nem em Juízo. Ademais, deveriam ter notificado a ocorrência perante o Ministério da Cultura.

Portanto, a conduta dos requeridos está tipificada no caput do art. 11, inciso 1, da Lei n. 8.429/92, como ato de improbidade. Quanto ao elemento subjetivo do ato de improbidade, entendo que se encontra presente o dolo, ao concorrerem para a prestação de contas que não correspondiam à verdade.

(...)

Quanto à pertinência das sanções ao caso concreto, entendo que por não ter restado comprovada a prática do desvio de verbas e o enriquecimento ilícito, impossível a capitulação da conduta no art. 10, incisos I e XII, como quer o autor, o que não afasta, evidentemente, a responsabilidade pelas condutas apontadas pelo TCU. Assim, entendo haver pertinência do caso com as sanções da suspensão dos direitos políticos, a multa civil e a proibição de contratar e/ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Em relação à sanção de suspensão dos direitos políticos, entendo que deve ser aplicada aos requeridos, haja vista que no exercício do cargo de Prefeito Municipal, Secretário Municipal de Viação e Obras de Cuiabá e Diretor de Construção da Secretaria Municipal de Viação e Obras de Cuiabá, os requeridos demonstraram desprezo por suas obrigações institucionais ao descumprirem princípios basilares da Administração Pública, previstos no art. 37 da Constituição da República. Assim, tendo restado caracterizada a conduta prevista no art. 11, inciso 1, da Lei nº 8.429/92, é aplicável a pena de suspensão dos direitos políticos pelo período de 3 a 5 anos, conforme art. 12, inciso III, da Lei n. 8.429/92. Entretanto, considerando a extensão do dano, entendo ser suficiente para a repressão da conduta a pena de suspensão dos direitos políticos por três anos.

Entendo pertinente, ainda, a sanção de pagamento de

multa civil. Restando caracterizada a conduta prevista no art. 11 da Lei n. 8.429/92, é aplicável a pena de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente, conforme o art. 12, inciso III, da Lei n. 8.429/92. Entretanto, considerando a extensão do dano, entendo ser suficiente para repressão da conduta a pena de R\$ 10.000,00 para o requerido Roberto França Auad e de R\$ 5.000,00 (para cada um) aos requeridos Marcelo de Oliveira e Silva e Carlúcio de Freitas Borges.

Por fim, restando caracterizada a conduta prevista no art. 11 da Lei n. 8.429/92, é aplicável a pena de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos, conforme art. 12, inciso III, da Lei n. 8.429/92." (eDOC. 12, ID: ce101762, pp. 97-111)

Observo, assim, que a conduta praticada pelo Reclamante, nos estritos termos em que descritas na sentença de primeira instância, mantida pelo TRF da 1ª Região, **não guarda correspondência com qualquer das hipóteses previstas na atual redação dos incisos do art. 11 da Lei nº 8.429/1992.**

Nesse cenário, considerada a aplicabilidade imediata da Lei nº 14.230/2021 ao caso concreto, bem como (i) **a abolição, pela nova legislação, do ato de improbidade administrativa por mera violação dos princípios da Administração Pública com fundamento exclusivamente no caput do art. 11 da Lei nº 8.429/1992;** e (ii) **a revogação do inciso I do art. 11, conclui-se pela impossibilidade jurídica de manutenção da condenação ratificada pelas instâncias ordinárias, impondo-se a sua cassação, com o consequente reconhecimento da improcedência da ação originária.**

**Verifica-se, ainda, que, em sessão virtual finalizada em 12.4.2024,** esta Segunda Turma, ao julgar caso semelhante, decidiu que:

"Agravos regimentais na reclamação. 2. Direito Administrativo. 3. Responsabilidade por ato de improbidade administrativa. Advento da Lei 14.230/2021. 4. Aplicação do entendimento firmado no ARE 843.989/PR, Tema 1.199 da repercussão geral. Incidência imediata da nova redação do art. 11 da Lei 8.429/1992. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental não provido." (Rcl 62.313 AgR, de minha relatoria, Segunda Turma,

DJ 30.4.2024)

Diante do exposto, **divirjo do eminente Relator, para dar provimento ao agravo regimental e julgar procedente** o pedido formulado na reclamação, para, desde logo, **julgar improcedente**, em relação ao Reclamante, o pleito deduzido na Ação de Improbidade Administrativa nº 2002.36.00.003289-7.

**É como voto.**