

NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

NEW ADMINISTRATIVE IMPROBITY LAW

REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA

Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC-SP. Professor Titular aposentado de Direito Financeiro da USP e Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Foi Deputado Federal e Vice-Prefeito de São Paulo. Professor da Pós-Graduação da USP. Advogado e autor de várias obras sobre Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Financeiro e Filosofia.

regisdeoliveira@rocadvogados.com.br

Orcid: [https://orcid.org/0000-0002-7926-3131].

DOI: [https://doi.org/10.48143/rdai.30.oliveira].

Recebido: 07.11.2023. Received: November 7th, 2023.
Aprovado: 28.01.2024. Approved: January 28th, 2024.

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

RESUMO: O presente trabalho visa abordar, holisticamente, o conteúdo da Lei de Improbidade Administrativa após as alterações promovidas pela Lei 14.230/2021. Concentra-se no elemento volitivo para a configuração das condutas ilícitas para, então, abordar a questão da retroatividade à luz da decisão do STF. Analisa a figura do agente público e os distintos tipos de improbidade. Analisa a questão da prescrição, dos bens e do procedimento administrativo, bem como o judicial. Analisa a legitimidade exclusiva do Ministério Público e das distinções da ação de improbidade com a ação civil pública.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade administrativa – Retroatividade – Ilícito administrativo – Ação civil pública – Culpa.

ABSTRACT: The present work aims to approach, holistically, the content of the Administrative Improbability Law after the changes promoted by Law n. 14,230/2021. It focuses on the volitional element for the configuration of illicit conduct to, then, address the issue of retroactivity in the light of the STF decision. It analyzes the figure of the public agent and the different types of improbity. It analyzes the issue of prescription, assets and administrative procedure, as well as the judicial one. It analyzes the exclusive legitimacy of the Public Ministry and the distinctions between the improbity action and the public civil action.

KEYWORDS: Administrative impropriety – Retroactivity – Administrative offense – Public civil action – Fault.

SUMÁRIO: 1. Definição. 2. O dolo. O Estado não mais tem ação regressiva fundada em culpa?. 3. Princípios constitucionais do direito administrativo sancionador. 4. Da retroatividade

benigna. A decisão do STF. Pode haver rescisão do trânsito em julgado?. 5. Bem jurídico tutelado. Patrimônio público e social. Alcance da norma protetiva. 6. Quem é o agente público (*lato sensu*)? O Presidente da República é sujeito ativo do ato de improbidade?. 7. Quais são os atos de improbidade?. 8. Dos atos que importam em enriquecimento ilícito. 9. Dos atos que causam prejuízo ao erário. 10. Dos atos que atentam contra os princípios da Administração Pública. Proibição do nepotismo. 11. Os três tipos infracionais. 12. Das penas. Imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário (§ 5º do art. 37 da CF). 13. Declaração de bens. 14. Do procedimento administrativo e do processo judicial. 14.1. Do procedimento administrativo. 14.2. Do processo judicial. Da indisponibilidade de bens. 15. Da ação de improbidade. Legitimidade ativa exclusiva do Ministério Público. Inconstitucionalidade. Término da defesa prévia. 16. Acordo de não persecução cível. 17. Da sentença. 18. Distinção de ação de improbidade e ação civil de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. 19. Da condenação. 20. Disposições penais. 21. Repercussão das decisões em esferas distintas. 22. O inquérito civil instaurado pelo MP. 23. Prescrição. 24. Deveres dos órgãos de repressão ou prevenção. 25. Das custas e despesas. 26. Prejuízo de partido político. 27. Prazo para o MP manifestar interesse no prosseguimento das ações em curso. 28. Leis revogadas. 29. Conclusões. Ação de inconstitucionalidade. 30. Referências Bibliográficas.

1. DEFINIÇÃO

O probó¹ é o correto, o adequado, o que cumpre as leis, o que obedece; o ímprobo é o que descumpra as regras. A *ética* estuda o agir humano, “na medida em que este é orientado por hábitos e por representações de virtude, dever e obrigação, podendo ser objeto de um juízo de valor (moral)”². O ímprobo age contra as normas estabelecidas e as infringe.

Toda sociedade institui pelos costumes ou pela lei uma série de valores concernentes aos referenciais de mau e bom, de bem e mal, permitido e proibido e impõe condutas corretas. É que é objeto da filosofia moral ou da Ética. Como diz Marilena Chauí, “ética e moral referem-se ao conjunto de costumes tradicionais de uma sociedade e que, como tais, são considerados valores e obrigações para a conduta de seus membros”³.

1. Como citar este artigo | How to cite this article: OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Nova Lei de Improbidade Administrativa. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* | RDAI, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 203-234, jul./set. 2024. DOI: [https://doi.org/10.48143/rdai.30.oliveira].
2. GIACOIA JÚNIOR, Oswaldo. *Pequeno dicionário de filosofia contemporânea*. São Paulo: Ed. Publifolha, 2006. p. 77.
3. CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 2002. p. 341.

O conjunto das normas jurídicas reflete o que a sociedade resolveu incorporar como valores e regras básicas para disciplinar o comportamento humano. Daí a exigência do comportamento por parte dos agentes público e os que com ele interagem.

O art. 37 da Constituição Federal dispõe que a Administração Pública obedecerá aos princípios “de legalidade, impessoalidade, *moralidade*, publicidade e eficiência” (grifo nosso). O § 4º do mesmo texto dispõe:

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

Como os atos envolvem ilicitude, o § 5º estabelece que a lei estabelecerá prazos de prescrição para os ilícitos praticados pelos agentes públicos, “que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

O *ato ímprobo*, tal como previsto em lei, é o praticado pelo agente público (em sua mais ampla compreensão) e que atinge a Administração Pública.

O ato ímprobo não se confunde com o ilícito. Este é a infração das obrigações e deveres de forma genérica. A *improbidade administrativa* atinge os atos praticados em detrimento do Poder Público.

A disciplina normativa adveio com a Lei 8.429/92, agora totalmente remodelada pela lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021. O texto efetua profundas alterações na redação original.

2. O DOLO. O ESTADO NÃO MAIS TEM AÇÃO REGRESSIVA FUNDADA EM CULPA?

A primeira alteração advém do § 1º do art. 1º, ao considerar atos de improbidade administrativa as “*condutas dolosas* tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta lei, ressalvados tipos especiais”. (grifos nossos)

Surge um primeiro problema. De acordo com o § 4º do art. 37 da Constituição, os atos de *improbidade administrativa* suportarão sanções. O Estado, pessoa jurídica, responde pelos atos que seus servidores praticarem (§ 6º do art. 37) e que causem prejuízo a terceiros, “assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (parte final do § 6º mencionado).

Ora, na forma da dicção legal, a chamada lei da improbidade retirou do Estado o que lhe é dado por força constitucional. Assim, se por força de ato ímprobo o agente causa dano a terceiro e o Estado responde por ele, cabe a ação regressiva, ainda que cometida por culpa. O que a Constituição deu em seu dispositivo, não pode a lei retirar.

Daí surge problema jurídico interessante. Como imputar ao servidor ato culposos e a lei não mais admite a improbidade culposa? Se o Ministério Público não pode acionar o servidor por ato culposos, não haverá possibilidade de a ele ser imputado ato ímprobo por culpa e exercer direito regressivo.

Parece-nos que o Estado, por força de sua atribuição constitucional pode acionar o servidor com base em culpa, não mais assentando seu fundamento na lei, mas valendo-se da Constituição Federal. Não há como declarar inconstitucional a lei e fazê-la voltar com suas disposições anteriores (repristinação), salvo se isso obtiver texto expresso do Congresso Nacional. Não pode a lei retirar a legitimidade ativa do Estado que lhe foi dada pela Constituição.

Como, no entanto, o Estado mantém a garantia do regresso por força de dispositivo constitucional (§ 6º do art. 37), a ele cabe acionar o servidor sob tal fundamento (culpa). Pode fazê-lo diretamente, sem que dependa do resultado da ação de improbidade movida contra o próprio servidor.

A lei anterior punia condutas *culposas e dolosas*. Com isso, formou-se jurisprudência que bastava a *voluntariedade* para caracterizar o ato ímprobo. A saber, o mero exercício de cargo ou função, comparecer a uma solenidade, manifestar-se verbalmente são atos insuficientes para que o Ministério Público os entenda como agressivos e infracionais à lei. O mero comportamento era passível de punição, independentemente de se indagar da vontade do agente. A lei alterou visceralmente a tipicidade do ato e passa a exigir a presença de *dolo* para caracterização do ato ímprobo.

A forma *culposa* dos atos de improbidade deixando de existir envolve o arquivamento imediato de todos os processos em andamento que tenham a culpa como fundamento e esteio. É que inexistindo agora a norma punitiva fundante em culpa, não subsiste ao Estado o direito de perseguir e punir o infrator em tal modalidade.

Distingue-se com precisão o *dolo* da *voluntariedade* e mesmo da *culpa*. Esta se caracteriza pelo comportamento imprudente, negligente ou imperito. Descaso do agente no cumprimento da norma. Não quer infringi-la, mas o faz. A *voluntariedade* é o mero comportamento, tais como a assinatura de um contrato ou a assinatura de ordem de pagamento. O *dolo* se afasta disso e caracteriza a vontade na prática do ato ilícito. O agente quer praticá-lo. Sabe o que está fazendo, tem ciência da ilicitude e ainda assim pratica o ato. Age de forma livre e desimpedida. Quer ofender a ordem jurídica e descumprir a norma jurídica.

O texto define o dolo como “a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10º, e 11 desta lei, não bastando a *voluntariedade do agente*”. *Voluntariedade* é o mero comportamento (§ 2º do art. 1º da nova lei). Aqui fica prejudicada a orientação contida no Tema 1.108 do STJ ao se satisfazer com o dolo genérico. Exige a lei o dolo específico.

O § 3º reitera o disposto no anterior e reforça: “O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de *ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.*”

A lei foi de clareza fantástica. Ademais, acrescenta, aí, o denominado *dolo específico*. O que é isso? Não é o *dolo genérico*, isto é, a vontade de praticar o ato punido pela lei de modo consciente. Exige mais, exige o *fim*. A finalidade passa a ser essencial para a tipificação do ilícito administrativo. O agente tem que ter praticado o ato *com o fim de*. Isto é, atingir um *ilícito*, ou seja, algum objetivo proibido pela lei.

A *responsabilidade* identifica o autor da infração. Se ele a praticou de forma culposa, já não é mais responsável pelo fato ocorrido.

Na dicção legal apura-se que não vale o “mero exercício da função” nem o “desempenho de competências públicas” para identificação do ato punível. Se um prefeito comparece a um ato solene e dele resulta algum problema infracional, não pode ver sua conduta apurada. Está apenas “no desempenho de competências públicas”. Diga-se o mesmo se assina um contrato que lhe é entregue ou uma prestação de contas. Por se caracterizar “mero” exercício de função, igualmente, nenhum comportamento ilícito lhe pode ser imputado. Agora a lei exige o comportamento doloso com vistas a uma finalidade em detrimento dos interesses públicos.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

O § 4º determina que se aplicam ao sistema da improbidade “os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador”. O que isso significa?

Não sou muito favorável a se falar em *princípios*. Sempre me vem à mente o conceito de Aristóteles ao dizer que “*princípio* significa a parte de uma coisa a partir da qual se pode empreender o primeiro movimento”⁴ (grifo nosso). Princípio é o que está antes e não se envolve em relações futuras.

No direito, há princípios *de direito* e princípios *do direito*. O primeiro é genérico; o segundo específico de uma parte de determinado ramo do direito. Assim, não se pode considerar a legalidade como princípio do direito administrativo sancionador. Nem a tipicidade que é partilhada com o direito penal. A irretroatividade é igualmente cuidada pelo direito penal. A culpabilidade idem, o *non bis in idem* da mesma forma e o devido processo legal atende a toda a legislação. Logo, inexistem princípios específicos do direito administrativo sancionador, tal como prevê o § 4º do art. 1º da lei em tela. Mas, entendamos o artigo na forma comum que vem sendo tratada pela doutrina.

4. ARISTÓTELES. *Metafísica*, livro V. 2. ed. São Paulo: Ed. Edipro, 2012. p. 132.

Embora não formem um plexo de princípios do *direito administrativo sancionador* é assim que a lei os trata. Arrolando sem pensar em ordem: culpabilidade, pessoalidade, individualização, irretroatividade, tipicidade, *non bis in idem*, lesividade e antijuridicidade. É um complexo de itens que engloba a essência dos princípios.

Pode-se falar na *retroatividade benigna* que tem alcance imediato na vigência da lei. A partir de sua vigência, os atos que eram apuráveis e puníveis mediante culpa e os que estavam sendo objeto de inquérito, sindicância ou ação fundada em atos de improbidade, devem ser *imediatamente arquivados*. É que deixa de existir a infração administrativa em sua figura culposa. Logo, todas as infrações apuradas com base em tal fundamento deixa de ter existência no mundo jurídico. Em consequência, retroage para alcançar os comportamentos anteriores à vigência da lei. Diga-se os mesmos dos posteriores, porque já não haverá mais tipicidade.

4. DA RETROATIVIDADE BENIGNA. A DECISÃO DO STF. PODE HAVER RESCISÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO?

O tema da retroatividade benigna volta à baila. Há quem sustente que as normas benéficas não incidem de imediato de forma a beneficiar o réu (sindicado, réu ou infrator). Os argumentos não convencem. Por primeiro, diga-se que o direito sancionador é um só. É dividido, por força didática e de gravidade que informa a ordem jurídica (direito penal, administrativo). Mas o princípio é o mesmo. Se o legislador transforma em atos legais os fatos anteriormente alcançados pela norma jurídica como infracionais e puníveis, claro que os torna não puníveis.

É o que decorre do inciso XL do art. 5º da Constituição Federal. “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Em leitura canhestra pode-se dizer que a Constituição se refere apenas ao direito penal. Ora, a “lei penal” é a “lei sancionatória”. A Constituição está se referindo ao direito penal. Nem poderia ser diferente e desnecessário será repetir a cada ramo do direito. Estabelece o princípio. Os outros ramos seguem o que se estabeleceu no texto da lei maior.

A exemplo: o direito tributário contém norma expressa no art. 106, inciso II, letras a a c. Diz:

“A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: ‘a) quando deixe de defini-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo e c) quando lhe comine penalidade menos severa que a lei vigente ao tempo de sua prática.”

Ora, o direito tributário tem um Código. Os diversos ramos do direito administrativo não o têm.

Percebe-se, claramente, que *a retroatividade benigna é um princípio*.

Em texto cuja primeira edição data de 1985 (“Infrações e sanções administrativas”) escrevi que “caso haja alteração do regime jurídico, pode beneficiar-se o infrator com a retroação benigna”⁵. Em seguida, afirmo

“Assim, se um fato era punido de certo modo pela lei vigente quando de sua ocorrência e sobrevém norma mais rigorosa, prevalece a norma anterior, vigente ao tempo do cometimento da infração. Se a norma posterior é mais favorável, aplica-se esta.”⁶

A afirmação decorre do inciso XL do art. 5º da Constituição Federal: *Novatio legis in mellius*.

No mesmo sentido, Fábio Medina Osório⁷. Segue, no diapasão, Ana Carolina Oliveira⁸, ao reconhecer a unidade do direito punitivo do Estado.

O STJ assim já decidiu⁹. Do mesmo teor, REsp. 1.353.267.

É o que decorre igualmente do art. 9º do Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao direito brasileiro por força do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992.

O Supremo Tribunal Federal, ao decidir sobre o assunto no ARE-Agr 84.989, entendeu que na modalidade culposa a norma é irretroativa (art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal), não se aplicando em relação à coisa julgada nem à execução. Aplica-se, todavia, aos atos de improbidade culposos “praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior”.

Assim, na hipótese de condenação definitiva com trânsito em julgado ou nas hipóteses de execução, a lei nova não incide.

Entendemos, à revelia do STF, que a norma administrativa mais benéfica incide sobre os processos em trâmite. A distinção entre pena criminal e sanção administrativa não se sustenta. Distinguem-se em termos de abrangência, tipicidade e órgão punitivo, mas a essência de ambas é a mesma – reprovar o caráter criminoso ou infracional do comportamento.

5. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 86.

6. *Ibidem*, p. 86/87.

7. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Ed. RT, ed. Kindle, p. 87 e 151.

8. OLIVEIRA, Ana Carolina. *Direito de intervenção e direito administrativo sancionador*. Tese (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 241.

9. STJ, RMS 65.486, rel. Mauro Campbell Marques; REsp. 1.402.893/MG, rel. Sérgio Kukina; RMS 37.031, rel. Regina Helena Costa.

Em suma, vozes divergentes existirão, mas pregarão no deserto. É da tradição do direito brasileiro a aplicação de penas mais suaves ou sua inaplicabilidade quando houver alteração de lei que beneficie o infrator. Se a lei retroage em benefício do réu que praticou um crime, não há razão jurídica para não aplicar a retroatividade benígna em relação às infrações administrativas.

Se penas eram aplicadas em maior gravidade do que agora, igualmente alcança tais situações. Prevalece a pena menor. Se maior não pode alcançar os fatos, é porque significa estar agravando a situação do infrator.

Nem vale o argumento de que topicamente a disciplina dos atos de improbidade têm disciplina própria por prevista na Constituição (§ 4º do art. 37). O direito constitucional é um só e não pode ser interpretado de forma fatiada. Os princípios se espriam pelos diversos ramos do direito, sendo desnecessário repeti-los a cada incidência.

Diga-se o mesmo das normas de exclusão de responsabilidade. Nenhum sentido jurídico subsiste em sua permanência, ao arrepio das garantias constitucionais mais mezinhas.

A prescrição significa o termo final em que o Estado se delimita e se restringe para apurar e aplicar sanções a fatos infratores dos comportamentos exigidos. Quando se altera a lei, óbvio está que o Estado entende que os fatos anteriores não mais ofendem a ordem jurídica ou, se diminuída a pena, entende-se que a gravidade não é mais tão relevante como parecia anteriormente.

O mundo evolui. Com ele as reações à ordem jurídica lesada. Podem as penas sofrer aumento, por força de novo significado que lhe dá o ordenamento ou diminuição. Na primeira hipótese, não há retroatividade; na segunda sim. É do entendimento médio dos juristas e de todos que convivem em seu mundo.

Em suma, todas as normas excludentes ou redutivas de responsabilidade fazem ceder normas mais rigorosas. É da essência dos direitos.

Problema que surge diz respeito a se a norma benéfica retroativa alcança as decisões transitadas em julgado. Seria correto que um indivíduo condenado por determinado comportamento punível à época dos fatos com decisão transitada em julgado sofra a sanção e outro que cometa a mesma infração fique livre, por mero decurso de tempo?

Caso não é de ação rescisória porque já superado o termo *ad quem* de sua viabilidade. Parece-nos, então, que se a decisão condenatória ainda está sendo cumprida e produzindo seus efeitos, passível é a revisão judicial. No entanto, se já superado o prazo da ação rescisória, nada mais é possível. Deve cumprir a pena e suportar seus efeitos. O Supremo Tribunal Federal entendeu, no entanto, que a nova norma não incide sobre processos com trânsito em julgado ou em fase de execução. A decisão se deu por maioria, o que bem reflete ser controvérsia a matéria.

A arguição de pré-executividade apenas pode ser utilizada enquanto pendente a execução. Se já houve o trânsito em julgado e exaurimento do prazo do cumprimento da execução, não mais cabe qualquer alteração. *Tempus regit actum*. Ademais, o direito lida com a definitividade das situações e não pode, a cada alteração legislativa, modificar o que já está assentado. Nem de *querela nullitatis* se pode falar. É que o processo se desenvolveu naturalmente de acordo com a legislação então vigente. Não há nulidade. Pode-se tentar argumentar ao arrepio da norma. Aí seria demasia.

Teria opinião diversa no caso de *estar em jogo direitos humanos* que estão em pé de igualdade com a Constituição, por força da incorporação supra direitos. Não é o caso em exame que cuida de atos danosos ao erário ou ao Poder Público.

5. BEM JURÍDICO TUTELADO. PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL. ALCANCE DA NORMA PROTETIVA

Qual o bem jurídico tutelado pela norma? Dispõe o § 5º que

“os atos de improbidade violam a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções e a integridade do patrimônio público e social dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como a administração direta e indireta, no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.”

O bem tutelado é a *higidez ética* que deve imperar na Administração Pública, bem como a *integridade do patrimônio público e social* dos poderes do Estado e sua administração direta e indireta. Os entes federativos e suas entidades da Administração direta e indireta são passíveis de serem atingidos pelos atos de improbidade.

É não só o patrimônio material do Estado-nação, mas seu patrimônio social, bem como de suas entidades que vem protegido pela lei.

Se os bens integram o patrimônio de entidade privada que receba subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais igualmente gozam da proteção legal e os atos infracionais praticados contra eles serão punidos (§ 6º do art. 1º).

É que as vantagens transferidas para pessoas jurídicas de caráter privado constituem-se em benefícios ou encargos do Poder central e, pois, deve, tanto quanto os bens dos entes públicos, receber proteção legal. É que para eles são transferidos ou recursos (subvenção ou benefício) ou vantagens fiscais (incentivo, inclusive de crédito).

Se o Estado auxiliou na criação ou custeio e haja concorrido para seu patrimônio ou receita, as entidades privadas igualmente gozam do amparo legal (§ 7º).

O que vale, para sintetizar, é que deve ser protegido o patrimônio não apenas dos entes estatais (diretos e indiretos ou descentralizados), bem como todos os

particulares que usufruírem de qualquer vantagem patrimonial ou pecuniária que lhe tenha sido destinada pelo Poder Público.

Se houve conflito de jurisprudência e o entendimento dos tribunais vacilava entre interpretações possíveis não há de se falar em improbidade (§ 8º). É comum que juízes e tribunais divirjam em relação à interpretação que se deva dar a determinado dispositivo legal. Se o aplicador da lei (que é leigo) não sabe qual diretiva seguir e os julgadores têm a mesma dúvida, por óbvio que não pode o administrador ficar sujeito a sanção.

6. QUEM É O AGENTE PÚBLICO (*LATO SENSU*)? O PRESIDENTE DA REPÚBLICA É SUJEITO ATIVO DO ATO DE IMPROBIDADE?

A lei não deixa margem a dúvidas. Considera-se agente público todo o que exerce, ainda que transitoriamente e sem remuneração, por qualquer forma de provimento ou ocupação de cargo ou função, decorrente de investidura em mandato, cargo, emprego ou função (art. 2º da Lei 14.230/2021). O conceito é bastante amplo e alcança todo aquele que de qualquer forma mantenha vínculo funcional de qualquer espécie com o Poder Público.

Em face de recursos públicos, estão sujeitos às sanções legais o particular, pessoa física ou jurídica que celebra qualquer vínculo com a Administração Pública, sem exceção (parágrafo único do art. 2º).

Se alguém participa do ato “mesmo não sendo agente público”, mas que induza ou concorra dolosamente para a prática do ato infracional está sujeito à lei (art. 3º). A lei abre clara exceção aos sócios, cotistas, diretores e colaboradores da pessoa jurídica de direito privado. A responsável é a pessoa jurídica de direito privado. Não opera aqui o *disregard of legal doctrine*, ou seja, a desconsideração da pessoa jurídica. Salvo se houver comprovada participação e benefícios diretos (parte final do § 1º do art. 3º da lei).

O Presidente da República não está sujeito à Lei de Improbidade. A matéria comportou discussão. Entendeu-se que como tem sua responsabilidade disciplinada por lei própria (Lei 1079/1950), o Presidente não pode ter dupla previsão infracional, pois, não está sujeito à lei de improbidade (RE 1.127.542/RN), embora haja argumentos em contrário, mas de pouca substância.

O § 2º do artigo objetiva evitar o *bis in idem*, ou seja, a infração punida com base nesta lei não pode sofrer outra punição com base na lei anticorrupção (12.846/2013). É que os comportamentos são diversos e quem for perseguido com base nela não pode sofrer os mesmos encargos e sanções desta.

Os arts. 4º a 6º da lei anterior foram revogados e ao art. 7º foi dada nova redação. Estabelece o art. 7º que se houver indícios de ato de improbidade deverá a autoridade representar ao Ministério Público.

O art. 8º determina a responsabilidade do sucessor ou herdeiro e vai ela até o valor da herança ou do patrimônio transferido. A incidência ocorre no caso de haver alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária (art. 8-A acrescido). Claro está que o limite da responsabilidade é o do patrimônio transferido, ficando excluídas as demais sanções legais decorrentes dos atos de transformação. A cláusula exceptiva apenas admite o alcance em casos de simulação o de intuito de fraude devidamente comprovados (parágrafo único do art. 8º).

Há dois objetivos em tais dispositivos. Em primeiro lugar, evita a lei alcançar o patrimônio da empresa, porque quem agiu em seu nome é que deve suportar os encargos sancionatórios. Evita-se o que sucedeu com a Lava Jato em que empresas quase foram à falência ou sofreram brutalmente em seu patrimônio, quando, sabidamente, seus diretores agiram em seu nome que causaram os danos éticos. Assim, preserva-se a empresa e os empregos por ela gerados. Segundo é apenas reconhecer o dano quando explicitado e devidamente comprovado. Nada se pode supor ou imaginar. Atos e fatos têm que ser demonstrados para se imputar comportamento à empresa. Ademais, impõe-se limite para ressarcimento de danos causados por força de ato de improbidade.

7. QUAIS SÃO OS ATOS DE IMPROBIDADE?

A lei distingue os atos em três dispositivos: a) o primeiro cuida dos atos que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º), b) o segundo cuida dos atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e c) os atos que agridem os princípios da Administração Pública. Os primeiros decorrem de abastecimento do cofre pessoal em detrimento do Poder Público; os segundos causam prejuízo ao Estado, (mas podem envolver também enriquecimento ilícito) e os terceiros atentam contra a Administração Pública.

Com as alterações advindas e tendo havido grande alteração em relação à tipicidade de determinadas condutas, as até então existentes deixam de existir. Se não subsistem no ordenamento normativo, não há razão para processo e punição. Perde o Estado, instantaneamente, o *jus puniendi*, a saber, deixa de existir a titularidade da perseguição infracional.

Por consequências, os processos existentes com base em norma revogada devem ser arquivados, por perda do poder punitivo do Estado.

8. DOS ATOS QUE IMPORTAM EM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

A lei arrola, nos arts. 9º, 10 e 11, os comportamentos tidos por ímprobos. O art. 9º assim dispõe:

“Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de *ato doloso*, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta lei, *Notadamente*: [...]” (Grifos nossos).

Algumas observações se impõem. Em primeiro lugar, a exigência de *dolo*. Vê-se claramente que o legislador optou por afastar as espécies culposas e ficou apenas na exigência do dolo para a caracterização dos atos ímprobos. Segundo, os conceitos são bastante amplos, de forma a alcançar todo e qualquer comportamento que possa alcançar vantagem patrimonial indevida em razão de *qualquer vínculo* com o Estado. Sem exceção. Terceiro, a demonstração dos tipos infracionais que deveria ser *exaustiva* é apenas *exemplificativa*, por força do advérbio. Mas, poderiam surgir dúvidas. Quais outras infrações poderiam ser identificadas à exceção das arroladas no dispositivo? Não há outra, salvo se contida em lei extravagante e não figura no dispositivo em análise. Daí por que se me afigura que a enumeração, sem prejuízo da redação é taxativa.

Os incisos I a III do art. 9º não foram alterados e punem o recebimento indevido de qualquer quantia ou qualquer outra vantagem econômica representada por qualquer bem móvel ou imóvel. Especialmente se for para prática ou omissão de ato de que tenha o dever de praticar de ofício. O mesmo ocorre que o ato alcançar entidades da administração indireta ou descentralizada. Igualmente se for destinado o ato a facilitar transação com bem público ou fornecimento de serviço.

O inciso IV envolve a utilização particular de qualquer bem móvel de propriedade pública ou trabalho de servidores públicos ou empregados de terceiros contratados. Objetiva-se preservar a lisura no trabalho dos agentes públicos de forma geral. É prática de autoridades utilizarem agentes públicos em serviços particulares. Ainda que sejam trabalhadores de empresa privada contratada pelo Poder Público. Nenhuma prática desviante é permitida.

O inciso V pune o recebimento de vantagem econômica de qualquer natureza para permitir prática de jogos de azar, lenocínio, narcotráfico, contrabando, usura ou qualquer atividade ilícita.

O inciso VI envolve a possibilidade de declaração falsa sobre dados técnicos que envolvam obras ou serviço ou peso, medida ou qualidade de mercadorias fornecidos ao Poder Público.

Por óbvio, todos os comportamentos previstos em lei são danosos ao Poder Público e envolvem responsabilidade de seu praticante. Há que se defender e preservar a higidez patrimonial e ética do Estado. Este, exatamente por albergar os interesses públicos, não pode ser objeto de vilipêndio por parte de quem quer que seja. É que o patrimônio público não é do Estado, é do povo em seu significado último.

O inciso VII cuida do recebimento de vantagem indevida em razão do exercício de mandato, cargo, função ou emprego. O valor deve ser desproporcional à evolução do patrimônio do agente. Mas, de qualquer forma, ele pode demonstrar “da licitude dessa evolução”. Há a excludente do ilícito, por força de produção de prova contrária. O recebimento de herança, por exemplo, elide a ilicitude do comportamento. Podia-se admitir que não se desse oportunidade da demonstração da legalidade do enriquecimento. Agora, abre-se ao agente a possibilidade de provar que seus bens não são fruto de comportamento escuso.

Se o processo instaurado e que apura a evolução do patrimônio ainda não terminou em sua fase instrutória, evidente que cabe ao réu o direito de demonstrar a “licitude da origem dessa evolução”. Parece-nos óbvio que se abre ao réu a possibilidade da demonstração contrafactual. É que se trata de norma processual e, pois, de incidência imediata. O juiz não lhe poderá obstar tal direito.

Os incisos VIII (aceitar emprego paralelo – consultoria), IX (intermediar liberação de verbas), X (omitir ato de ofício), XI (incorporar bens do Estado) e XII (usar, em seu proveito, bens, rendas ou valores do patrimônio público) todos do art. 9º não sofreram alteração. Os tipos infracionais continuam.

9. DOS ATOS QUE CAUSAM PREJUÍZO AO ERÁRIO

O art. 10 prevê os atos que causam prejuízo ao erário. Tem que ser demonstrado. Define o artigo como improbidade administrativa ato

“que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, *Notadamente*: [...]” (Grifos nossos).

O problema apurado no art. 9º aqui se repete, ou seja, de taxativa a enumeração passa a ser exemplificativa, porque se utiliza o adverbio *notadamente*. Em seguida passa a estabelecer os tipos infracionais.

O pressuposto, em tais tipos é que haja apropriação de algum bem em detrimento do erário. O primeiro cuida da transferência de valores do acervo público para o particular. Alcança todos os possíveis desvios de bens, renda, verbas para pessoa física ou jurídica (inciso I). O inciso II cuida do *uso* do patrimônio público por particulares sem observância das formalidades legais (empréstimo de tratores ou outras máquinas, por exemplo). O inciso III trata da *doação* de bens públicos sem formalidades legais (ou regulamentares). O inciso IV prevê que se permita ou facilite a alienação, permuta ou locação de bem público para entidades estatais (em sentido amplo) ou prestar serviços com bens públicos por “preço inferior ao de mercado”.

O inciso V proíbe que se facilite aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado. O inciso VI proíbe realizar operação financeira sem observância das normas legais ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea. Da mesma forma não se pode conceder benefício administrativo ou fiscal sem as formalidades legais.

O artigo 10 alterado arrola uma série de situações que caracterizam atos de improbidade administrativa. Sempre há que se levar em conta a lesão aos cofres públicos. Qualquer ilicitude que se opere no procedimento licitatório (inciso VIII), permitir despesas sem autorização legal (inciso IX). Agir ilicitamente na arrecadação de receita no que concerne à preservação do patrimônio público (inciso X). Liberar verba sem observância da lei (inciso XI). Permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente (inciso XII). Permitir que trabalho seja prestado em benefício de particular por agentes públicos ou por suas máquinas (inciso XIII). Celebrar contrato por meio de gestão associada sem formalidades legais (inciso XIV). Celebrar contrato de rateio de consórcio público sem prévia dotação orçamentária (inciso XV).

O texto prossegue em mais sete incisos estabelecendo condutas infracionais que redundem em prejuízo do Poder Público. A característica permanente é a conduta dolosa que possa resultar em dano para o erário. A proteção legal incide sobre a higidez do patrimônio que deve ser utilizado de forma a beneficiar a todos e uma coletividade e jamais alguém individualmente. Quem quer, seja agente público ou não que proceder de forma diversa, infringirá a lei e sujeitando-se às sanções nela previstas.

A sanção apenas é aplicada na hipótese de “não implicar perda patrimonial efetiva” ao patrimônio público em quaisquer de suas formas, ou seja, bens móveis ou imóveis, rendas e haveres (§ 1º do art. 10).

O § 2º dispõe que a mera perda patrimonial “decorrente de atividade econômica” não acarretará improbidade, “salvo se comprovado ato doloso praticado com essa finalidade.

10. DOS ATOS QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PROIBIÇÃO DO NEPOTISMO

O art. 11 define os atos infracionais que atentem contra os princípios da Administração Pública entendendo como tais “a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade”. Exige-se o *dolo específico*, ou seja, não só a vontade livre e consciente de praticar o ato punido pela lei, mas também deve haver lesão à finalidade do ato.

Observe-se que aqui não há o *Notadamente*. Nessa hipótese, a enumeração dos ilícitos é *taxativa*. Como já observei, parece que o mesmo se aplica às previsões anteriores.

O que são princípios? O direito através das normas edita *princípios e regras*. Os primeiros traçam o que há de substância no mundo jurídico. As segundas dispõem sobre sua aplicabilidade. Por exemplo, o art. 4º da Constituição Federal estabelece que a República Federativa do Brasil rege-se, em suas relações internacionais, pelos *princípios* que arrola. O art. 5º traça os princípios maiores dos direitos e garantias. O art. 37 cuida dos princípios aplicáveis à Administração Pública. São normas básicas do Estado brasileiro. As *regras* estruturam e garantem o exercício dos princípios.

O art. 47 da Constituição Federal fala em princípios de “legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

O texto legal em seu art. 11 ao cuidar de atos de improbidade que atentam contra os *princípios da Administração Pública* refere-se aos previstos no art. 37 da Constituição Federal. São os que atentam contra “os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade” (art. 11 da lei em comento).

No inciso II, aquele que revela: “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.”

Fato gravíssimo, mas sempre praticado por *dolo*. Ademais, *específico*, porque o comportamento deve propiciar informação privilegiada ou pôr em risco a segurança da sociedade e do Estado. Não é só o deixar vazar informação, mas ela deve ter produzido um resultado.

O inciso IV cuida do 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”. Veja-se o acréscimo inserido pela lei nova, de forma a exigir o dolo específico.

O inciso V cuida da frustração de caráter concorrencial do concurso público. O inciso VI trata do ato do que deixa de prestar contas, quando obrigado a fazê-lo, “desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades”. Exigência de dolo específico. O inciso VII veda a divulgação de fato que possa afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço. O inciso VIII impede o descumprimento de atenção ao descumprimento de contas de parcerias firmadas com entidades privadas.

O inciso XI foi acrescentado e cuida da vedação a *Nepotismo*. Nomear parente na gradação descrita constitui ato de improbidade, inclusive o que se denomina de *nepotismo cruzado*, ou seja, “ajuste mediante designações recíprocas” (parte final). Isso se opera em cargos em comissão ou funções de confiança normalmente de chefia ou direção. O nepotismo cruzado pode ocorrer entre todos os órgãos da Administração Pública e no interior dos Poderes do Estado.

Claro está que não é qualquer nomeação que alcança o servidor. Se nomeia as pessoas arroladas para cargo em decorrência de aprovação em concurso público, nada mais faz que exercer suas atribuições legais. A lei se refere a cargos em comissão e funções de confiança.

A Súmula Vinculante 13 do STJ entendia que a nomeação de parentes até o terceiro grau agride a Constituição, notando-se voto em contrário do ex-Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (REsp 1.193.248).

O inciso XII igualmente acrescido proíbe atos de publicidade de forma a promover enaltecimento *inequívoco* de agente público. A Constituição Federal já veda a prática de tais atos no § 1º do art. 37. O texto legal é limitativo porque exige inequívoco “enaltecimento” do agente e “personalização” do ato.

O § 1º do art. 11 é explicativo e serve de orientação a promotores e juizes. Só 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”.

A incidência do parágrafo alcança qualquer outra lei e “quaisquer tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei” (§ 2º). A disposição abarca todos os tipos infracionais existentes em leis extravagantes. O enquadramento na legislação atual pressupõe “demonstração objetiva da prática da ilegalidade” (§ 3º).

Pondo termo a qualquer controvérsia, o § 4º é incisivo:

“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.”

Está claro. Exigem lesividade e dispensam a produção de danos ao erário e de enriquecimento ilícito.

É que os atos de improbidade previstos neste art. 11 atentam contra os *princípios*. Não há se falar em dano ao erário nem enriquecimento de agentes. A única exigência é a lesividade aos *princípios*.

Em relação à nomeação ou indicação política é necessária a caracterização de dolo com finalidade ilícita por parte do agente (§ 5º do mesmo art. 11).

11. OS TRÊS TIPOS INFRACIONAIS

Bom que se resuma os tipos infracionais previstos na legislação com as alterações introduzidas: a) há atos ímprobos em que se deve demonstrar o *enriquecimento ilícito* (art. 9º); b) atos que se deve demonstrar o *prejuízo ao erário* e c) atos que agri-
dam os *princípios da Administração Pública*.

Cada qual dos incisos contém dispositivos diferentes. Para os primeiros, é imprescindível que haja transferência de qualquer valor para o agente ou para particulares; para os segundos, é necessária a prova do dano ao erário e para os terceiros basta a demonstração da agressão aos princípios previstos no art. 37 da Constituição Federal.

12. DAS PENAS. IMPRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO (§ 5º DO ART. 37 DA CF)

A lei passa a cuidar das sanções administrativas que devem ser aplicadas aos infratores. Como ensina Hans Kelsen:

“uma determinada conduta apenas pode ser considerada, no sentido dessa ordem social, como prescrita – ou seja, na hipótese de uma ordem jurídica, como juridicamente prescrita – na medida em que a conduta oposta é pressuposto de uma sanção.”¹⁰ (grifos nossos).

O direito é estruturado, pois, tendo uma *hipótese* que constitui a captação, pela norma, de um fato (ou fenômeno) e uma *sanção*. O pressuposto capta o fenômeno; a consequência prevê a sanção. Não há norma sem sanção.

Sanção é a repulsa do ordenamento jurídico a determinado comportamento. Pode mais ou menos grave dependendo da gravidade da infração. Como já expliquei, “o comportamento contrário ao devido é a antijuridicidade; a consequência jurídica que se imputa a este é a sanção”¹¹.

Uma primeira aproximação à nova lei diz respeito a que toda e qualquer lesão aos cofres públicos deve ser ressarcida. Ademais, a sanção nela prevista independe de infrações e a outras esferas jurídicas, como penal, administrativa e civil. Pode, no entanto, ser aplicada de forma cumulativa (art. 12). Vê-se, claramente, que sanção não se confunde com a indenização que é devida em decorrência de dano causado. À gravidade do fato corresponde a gravidade da sanção.

A Constituição estabelece a prescrição dos atos ímprobos, mas ressalva “as respectivas ações de ressarcimento” (§ 5º do art. 37). Efetuei análise mais detida do assunto em *Infrações e sanções administrativas*¹². Tentei dar interpretação inteligente ao dispositivo. Discurso:

10. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1960. p. 49.

11. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 27.

12. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 172-177.

“O dispositivo tem dois comandos. O primeiro é de que a lei estabelecerá os prazos de prescrição dos atos ilícitos que causem prejuízo ao erário. Este é um preceito. O segundo é que a lei estabelecerá prescrições para as respectivas ações de ressarcimento”¹³.

O verbo *prescrever* igualmente alcança duas ações diferentes. Acrescento: “O *res-salvar* utilizado no texto impõe não a exclusão do alcance da prescrição, mas que haveria as ações respectivas de ressarcimento com *prazos diferentes e em outro texto normativo*”¹⁴ (grifos nossos). Ademais, a imprescritibilidade de ação em benefício do Estado destoa de todo o ordenamento normativo e de seus princípios. Esclareço melhor os fundamentos no texto mencionado.

O Supremo Tribunal Federal firmou a tese de que “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundado na prática de ato doloso tipificado a Lei de Improbidade Administrativa” (RE 669.069/MG). Observe-se que a decisão ocorreu por seus votos a cinco e alcança apenas os atos praticados com *dolo*.

O novo rol de penas previsto no art. 12 guarda compatibilidade com o preceituado na Constituição Federal. O § 4º do art. 37 da Constituição da República estabelece que os atos de improbidade “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*” (grifos nossos). O que significa o texto? Significa que as penas ali arroladas podem ser utilizadas pelo legislador para punir o infrator ímprobo. Cabe ao legislador, dentro de suas inúmeras opções, estabelecer quais as sanções serão aplicadas de acordo com a gravidade da infração. Não são penas que se aplicam automaticamente. O constituinte indica um rol. O legislador torna-as aplicáveis e indica sua incidência, de acordo com a gravidade da agressão ao ordenamento jurídico. São, pois, constitucionais as penas previstas na novel legislação.

Cumulatividade ou não de sanções. A lei contornou disputa que se instaurava na jurisprudência: as penas podem ser aplicadas cumulativamente. Institui uma restrição: a gravidade do fato. Atenção: não podem ser aplicadas cumulativamente; depende da *gravidade do fato*.

Na hipótese das infrações cometidas ao art. 9º (*enriquecimento ilícito*), podem ser aplicadas as seguintes penas: a) perda dos bens ou valores acrescidos indevidamente ao patrimônio, b) perda da função pública, c) suspensão dos direitos políticos, até catorze (14) anos, pagamento de multa civil e d) proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios (inciso I do art. 12).

13. Ibidem, p. 174.

14. Ibidem, p. 175.

Na hipótese do art. 10 (prejuízo ao erário), as sanções serão: a) perda dos bens ou valores acrescidos indevidamente, b) perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, c) pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e d) proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios e incentivos fiscais (inciso II do art. 12). O Tema 1.096 do STJ cuidava do *dano presumido*. Agora, a lei exige comprovação de “perda patrimonial efetiva”. A orientação da jurisprudência cede ante texto expresso de lei.

Vê-se que as penas são bastante próximas. Muda o tempo de suspensão dos direitos políticos.

Para as infrações previstas no art. 11, a lei prevê as seguintes sanções: a) multa civil de até 24 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e b) proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios fiscais ou creditícios pelo prazo não superior a quatro (4) anos.

Na hipótese do art. 11, as sanções são bem menores. São graduadas de acordo com a gravidade da infração.

A *perda da função pública* atinge o vínculo agente-Poder Público, podendo o magistrado estendê-las aos demais vínculos (no caso do inciso I do *caput*), consideradas as circunstâncias do caso e a gravidade da infração (§ 1º do art. 12). Aqui, o legislador considerou apenas a hipótese de a sanção ser aplicada pelo Judiciário. Pode ocorrer, no entanto, que a sanção seja aplicada na esfera administrativa ou mesmo perante o Poder Legislativo (cassação de mandato).

A *multa* pode ser aumentada até o dobro considerada a situação econômica do réu e se o juiz considerar que será ineficaz para reprovação do ato de improbidade (§ 2º do art. 12). Aqui também a lei fala em juiz, não se referindo às autoridades administrativas.

Se a pessoa jurídica for responsabilizada deverão ser considerados “os efeitos econômicos e sociais das sanções, de modo a viabilizar a manutenção de suas atividades” (§ 3º).

Na hipótese de *proibição de contratar com o poder público* pode a sanção extrapolar o âmbito em que a pena é aplicada. Se no Município, por exemplo, o aplicador da sanção pode determinar que valha a vedação para outras esferas governamentais. Também se leva em conta a subsistência da pessoa jurídica (§ 4º).

No caso de *menor ofensa*, a sanção é de multa, sem prejuízo do ressarcimento (§ 5º).

Em tendo havido ocorrência em outras esferas jurídicas, haverá abatimento do pago em outra instância (§ 6º).

As sanções aplicadas a pessoas jurídicas devem observar o princípio do *non bis in idem*, ou seja, sem duplicidade (§ 7º).

A proibição de contratação deve constar do CEIS (Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas), conforme § 8º.

A execução das sentenças somente poderá ser executada após trânsito em julgado (§ 9º), a saber, esgotados todos os recursos previstos em lei.

Para contagem do tempo do prazo da sanção de suspensão dos direitos políticos, “computar-se-á retroativamente o intervalo de tempo entre a decisão colegiada e o trânsito em julgado da sentença condenatória” (§ 10). Isto é, a contagem do impedimento passa a fluir a partir da decisão colegiada e não de seu trânsito em julgado.

A inelegibilidade pode decorrer de vedação constitucional (inalistáveis, analfabetos – art. 14, §§ 4º e 7º) ou de norma hierarquicamente inferior (lei complementar 64/1990 com alterações das leis complementares 81/1990 e 135/2010). A denominada Lei da Ficha Limpa acrescentou casos de inelegibilidade. A matéria principal que foi discutida na época foi sobre os efeitos da decisão proferida em segundo grau (art. 1º, I, “I” da LC 64/1990). Basta a decisão proferida por órgão colegiado, independentemente do trânsito em julgado.

A lei retira a pena de suspensão dos direitos políticos da condenação decorrente de agressão aos princípios administrativos (art. 11), ficando mantida nos demais artigos (9º e 10). O Juiz deverá, então, expressamente, indicar o artigo infringido para evitar qualquer interpretação diversa.

13. DECLARAÇÃO DE BENS

A posse e exercício ficam condicionados à apresentação de declaração do IR (art. 13) e que será atualizada anualmente (§ 2º). Quem se recusar a apresentar a declaração ou apresentá-la falsa poderá ser demitido, sem prejuízo de outras sanções (§ 3º).

Outrora admitia-se uma declaração “solta”. Agora, a declaração é cópia da prestada junto ao Imposto de Renda.

14. DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E DO PROCESSO JUDICIAL

14.1. Do procedimento administrativo

Qualquer pessoa pode representar junto ao Poder Público para apurar ato de improbidade (art. 14). A representação deverá ser autêntica e indicará provas (§ 1º). A autoridade competente rejeitará na hipótese de não conter as formalidades. A rejeição poderá ser apreciada pelo Ministério Público se a ele encaminhada (§ 2º). Formalmente em ordem, determina-se a instauração do competente processo administrativo (§ 3º).

A Comissão Processante dará conhecimento ao MP e ao Tribunal de Contas da existência do processo administrativo (art. 15) que poderão, querendo, indicar representantes para acompanhar o feito (parágrafo único).

Indagação que se impõe é que a Súmula 651 do STJ assim dispõe:

“Compete à autoridade administrativa aplicar a servidor público a pena de demissão em razão da prática de improbidade administrativa, independentemente de prévia condenação, por autorização judiciária, à perda da função pública.”

Pergunta: A Súmula subsiste diante das novas disposições da lei?

Entendo que sim. A previsão de condenação judicial não elimina a mesma apuração feita pela autoridade administrativa. Esta não foi privada de sua competência própria que é de fiscalização, apuração e punição de atos infracionais. Nem a lei lhe retirou tal atribuição.

14.2. Do processo judicial. Da indisponibilidade de bens

As leis que anteriormente estabeleciam o sequestro de bens (Leis 3.164, de 1957 e 3.502, de 1958) foram expressamente revogadas (ar. 25). A providência cautelar foi substituída pela declaração de indisponibilidade de bens, com algumas restrições, como se verá.

O Tema 701 do STJ assim dispõe:

“É possível a decretação da indisponibilidade de bens do promovido em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, quando ausente (ou não demonstrada) a prática de atos (ou sua tentativa) que induzam a conclusão de risco de alienação, oneração ou dilapidação patrimonial de bens do acionado, dificultando ou impossibilitando o eventual ressarcimento futuro.”

A tese cai diante do disposto no art. 16, § 3º, da Lei 14.230/2021 que apenas permite o deferimento “mediante demonstração no caso concreto de perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo”.

A previsão normativa segue em sentido contrário ao decidido pelo STJ. A orientação jurisprudencial cede ante texto de lei.

Na ação de improbidade pode haver requerimento de indisponibilidade de bens, de forma antecedente ou incidente, para garantir a recomposição ao erário (art. 16). Pode ser formulado independentemente da representação ao MP (§ 1º). Se for o caso, o requerimento incluirá investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior (§ 2º) e só será deferido se houver demonstração do perigo do dano irreparável (§ 3º).

Como é de rigor e deflui do raciocínio jurídico lógico, a cautela apenas se impõe se não houver perigo de dano irreparável. Se o patrimônio do réu é suficiente para garantir o ressarcimento, não há por que tornar indisponíveis excesso de bens. Ainda não há sequer condenação, como se calcular o montante do dano? Tudo no direito deve guardar relação de razoabilidade.

A indisponibilidade pode ser decretada sem ouvida do réu e com todas as cautelas necessárias (§ 4º). Se houver mais de um réu, a somatória não pode exceder o montante da cautela (§ 5º). O valor da indisponibilidade leva em conta a estimativa do dano apontado (§ 6º). A indisponibilidade de bens de terceiro depende da demonstração efetiva de sua participação (§ 7º). A empresa é terceira? Pode ser. Depende de prova. E a pessoa física? Se o terceiro não participou da prática do ato ímprobo, como incluí-lo? Seria necessária a desconsideração da pessoa jurídica. A providência é disciplinada pelo regime de tutela provisória (Código de Processo Civil), como dispõe o § 8º. Da decisão cabe agravo de instrumento (§ 9º). A cautela incidirá sobre bens que garantam o dano (§ 10). A lei confronta com o Tema 1.055 do STJ. A multa civil fica fora.

O § 11 estabelece ordem de indisponibilidade e guarda compatibilidade com o ônus imposto ao réu. Não pode o juiz tomar decisões que possam afetar a “prestação de serviços públicos”. Se investir seriamente contra bens de concessionária, por exemplo, pode criar dificuldades para a boa ordem dos serviços. Daí impor-se a cautela.

O § 12 determina a aplicação da LINDB, isto é, que o juiz observe os “efeitos práticos da decisão”.

De outro lado, há um limite para indisponibilidade de bens depositados em caderneta de poupança (§ 13). Aí se encontram guardadas as reservas de pessoa física para garantir seu futuro. É razoável que se imponha limitação. Tanto assim é que se impede a indisponibilidade do bem de família (§ 14). Se pretende alcançar tal bem, o Ministério Público deve comprovar que o imóvel é “fruto de vantagem patrimonial indevida”. O ônus é do autor da ação.

Evidente que a apreensão de bens do devedor deve ser compatível com o dano a ser ressarcido. Não se pode onerar indevidamente o réu. Há que existir compatibilidade entre os bens tornados indisponíveis e o dano ao erário. Impõe-se a indisponibilidade, mas proporcional à indenização pretendida.

15. DA AÇÃO DE IMPROBIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA EXCLUSIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INCONSTITUCIONALIDADE. TÉRMINO DA DEFESA PRÉVIA

O titular exclusivo da ação é o Ministério Público (art. 17) e segue o rito estabelecido no Código de Processo Civil e é proposta no local onde ocorrer o dano

ou da pessoa jurídica prejudicada (§ 4º-A). Todas as demais ficam com foro prevenida (§ 5º).

A disposição é inconstitucional, pois retira dos entes federativos e dos lesados por ação ímproba a possibilidade de irem a juízo para recompor seu patrimônio ou para buscar reparação pela lesão sofrida. O STF deu pela inconstitucionalidade do caput e dos §§ 6º A e 10-C do art. Assim como do *caput* e dos §§ 5º e 7º do art. 17-B da Lei 8.429/1992, com a redação dada pela Lei 14.230/2021, restabelecer a existência de legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas na propositura da ação por ato de improbidade.

Término da denominada defesa prévia. Na legislação ora revogada havia uma fase inicial em que o juiz determinava que o réu era notificado a apresentar uma manifestação escrita sobre a inicial. Poderia alegar tudo que lhe cabia, como a ocorrência de prescrição ou decadência. Tal fase foi revogada. Agora, aplica-se o regramento processual civil comum, sendo o réu citado para contestar a ação.

A petição inicial (§ 6º) deve individualizar a conduta do réu e apontar elementos probatórios mínimos que demonstrem fato ímprobo e sua autoria (inciso I) e vir acompanhada dos documentos correspondentes (inciso II). Não precisa descer a minúcias, mas tem que demonstrar sobejamente o *fato ímprobo e sua autoria*. Não só isso, mas também a especificação da conduta. Dela se auffle o elemento subjetivo infracional.

Pode o MP requerer todas as providências que entender devidas (§ 6º-A). A petição será rejeitada se não contiver todos os elementos (§ 6º-B). Estando em ordem o réu será citado para contestação em trinta dias (§ 7º). Da decisão que rejeitar questões preliminares caberá agravo (§ 9º-A). Se houver possibilidade de solução amigável o processo é suspenso (§ 10-A). Contestado o feito, se houver possibilidade será julgado de imediato (§ 10-B, inciso I). Pode desmembrar o litisconsórcio (inciso II do § 10-B). Após réplica, o juiz proferirá decisão com os requisitos normais (§ 10-C). Cada ato ímprobo é identificado por um dos artigos (9º, 10 ou 11). Cabe especificação de provas (§ 10-E).

A lei restringe o entendimento ao estabelecer que “para cada ato de improbidade administrativa, deverá necessariamente ser indicado apenas um tipo dentre aqueles previstos nos arts. 9º, 10 e 11 desta lei” (§ 10-D). O mesmo fato não pode estar tipificado em dois dispositivos. O Ministério Público deve enquadrá-lo em apenas um dispositivo. Eventualmente, o fato pode estar englobado em mais de um. Em tal caso, o Ministério Público deve optar pelo mais gravoso. Se houve dano ao erário, este tipo incorpora outro, menos grave. Não pode haver reverberação. Não há se falar em inconstitucionalidade; é enquadramento legal.

Inexiste qualquer lesão à Constituição em face do procedimento adotado. As garantias processuais estão asseguradas a autor e réu. Ademais, a legislação vem

atribuindo ao juiz, cada vez mais, o impulso processual. Deve ser indicado, com precisão, o dispositivo infringido, bem como a tipificação do ato.

Haverá nulidade da decisão se o juiz indicar tipo diverso do definido na petição inicial (§ 10-F, I), se condenar sem produção de provas (§ 10-F II). Aqui as garantias constitucionais são sopesadas em benefício do réu.

Em qualquer momento do processo o juiz, verificada a inexistência do ato de improbidade julgará improcedente a demanda (§ 11).

A pessoa jurídica é chamada a intervir (§ 14). Se envolver desconconsideração da pessoa jurídica, procede-se como no Código de Processo Civil (§ 15). Pode o juiz converter ação de improbidade em ação civil pública (§ 16) e dela cabe agravo (§ 17). Não há agressão ao ordenamento jurídico. Cabe ao juiz, como isento na triangularidade processual, identificar qualquer ilegalidade ou irregularidade. Na hipótese de entender não presentes os requisitos da ação de improbidade, pode convertê-la em ação civil pública disciplinada pela Lei 7.347/1985.

Cabe o interrogatório do réu (§ 18) que pode exigir tal ato.

Na ação de improbidade não se aplica a presunção da verdade dos fatos, no caso de revelia (inciso I do § 19) e imposição de ônus ao réu (inciso II), o ajuizamento de mais de uma ação (inciso III) e o reexame obrigatório da sentença (inciso IV).

Tais providências constituem-se em garantias aos réus. Como os fatos devem ser exhaustivamente demonstrados, carece de sentido impor a *presunção de veracidade*. Deve haver demonstração inequívoca de sua ocorrência fática. O ônus da prova, de outro lado, é do Ministério Público, como autor processual. Aqui não se está outorgando atribuição ao Conselho Nacional do Ministério Público. Simplesmente reconhecendo sua competência. Não se acrescenta atribuição nova. Por fim, dispensável o reexame obrigatório. A garantia é do Poder Público e não do Ministério Público. Nada impede que a lei elimine a exigência do duplo grau de jurisdição.

A assessoria jurídica que emitiu parecer atestando a legalidade prévia dos atos fica obrigado a defendê-lo (§ 20). Interessante o dispositivo. Atribui-se responsabilidade ao emissor de parecer administrativo. Fica vinculado ao seu conteúdo. Nem se está atribuindo a defesa ao signatário de parecer. Simplesmente torna-o responsável aos pareceres que emite. Deve responder por eles.

Das decisões interlocutórias cabe agravo de instrumento (§ 21).

16. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

O MP pode celebrar acordo de não persecução (art. 17-B) se houver o ressarcimento do dano (inciso I), reversão da vantagem (inciso II). O acordo depende (§ 1º) da oitiva do ente lesado (inciso I), da aprovação do MP (inciso II), da homologação judicial (antes ou no curso do processo – inciso III). A fiscalização por parte do

Judiciário é sempre necessária e imprescindível. Serão levadas em conta as situações descritas no § 2º do art. 17-B, quais sejam, personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens para o interesse público. Poderá ser ouvido o Tribunal de Contas para parâmetros do dano (§ 3º). O acordo pode ser celebrado a qualquer momento (§ 4º) entre MP e réu (§ 5º). Levam-se em conta a adoção de mecanismos internos de auditoria e de incentivo à denúncia (§ 6º). Em caso de descumprimento, não se pode celebrar novo acordo (§ 7º).

O critério de aferição de satisfação das exigências legais pertence ao Ministério Público. Deve tomar todas as providências para aferir o valor de possível acordo. O juízo é exclusivo seu. O acordo pode ser celebrado mesmo após condenação.

17. DA SENTENÇA

A sentença que for proferida indicará seus fundamentos e considerará as consequências práticas sempre que decidir em valores abstratos (inciso II do art. 17-C combinado com a LINDB). Deverá levar em conta a proporcionalidade, razoabilidade, natureza e gravidade da infração cometida, extensão do dano causado, proveito patrimonial obtido, circunstâncias atenuantes e agravantes, atuação do agente em minorar os prejuízos e os antecedentes do agente (letras *a* a *g* do inciso IV do art. 17-C). Deverá também levar em conta a dosimetria das sanções já aplicadas ao agente, considerar atuação de terceiros, indicar critérios objetivos que justifiquem a sanção.

Nesse passo, as disposições do Decreto-lei 4.657/1942 com as alterações da Lei 12.376/2010 merecem algumas considerações. O texto da LINDB trouxe substanciais modificações na compreensão do direito brasileiro. Em primeiro lugar, impede decisões “com base em valores jurídicos abstratos” (art. 20). É que devem ser levadas em consideração “as consequências práticas da decisão”. Normalmente, o juiz vê-se indiferente ao que possa suceder no campo prático das consequências de sua decisão. Agora, deve verificar os efeitos que produzirá.

É que sempre se entendeu que a atividade jurisdicional é desvinculada da realidade social. O juiz decidiu, cumpra-se. Não é o que se vê modernamente com a inserção no direito brasileiro de tais normas. As consequências são relevantes. Nem por outro motivo é que o art. 22 estabelece: “Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.”

Logo, o juiz *tem que atentar para as dificuldades efetivas do administrador*. Não lhe pode ser indiferente. Se não condições materiais de desempenhar com

absoluta eficiência suas funções, isso deve ser levado em conta pelo magistrado em seu julgamento. Significa: o juiz não está desobrigado a analisar a situação fática para a qual decide.

Norma que assume importância é a contida no art. 28 da LINDB que dispõe: “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. O erro grosseiro é culpa. Logo, o disposto na parte final do dispositivo transcrito está revogado. Só responde o agente público em caso de dolo.

O § 1º do art. 17-C reitera a necessidade de ação mediante conduta *dolosa*, confirmando: “A ilegalidade sem a presença de dolo que a qualifique não configura ato de improbidade”.

Na condenação, não haverá solidariedade (§ 2º do inciso VII do art. 17-C).

Não haverá remessa necessária se vencido o Poder Público (§ 3º). Este dispositivo revoga o Tema 1.042 do STJ que exigia a remessa à segunda instância.

18. DISTINÇÃO DE AÇÃO DE IMPROBIDADE E AÇÃO CIVIL DE RESPONSABILIDADE POR DANOS CAUSADOS AO MEIO-AMBIENTE, AO CONSUMIDOR E A BENS E DIREITOS DE VALOR ARTÍSTICO, ESTÉTICO, HISTÓRICO, TURÍSTICO E PAISAGÍSTICO

O art. 17-D distingue a ação por ato de improbidade das destinadas à ação civil para controle de legalidade de políticas públicas. São ações distintas e não se confundem. As demais ações se submetem à Lei 7.347, de 24 de julho de 1985.

Dispõe o artigo:

“A ação de 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.”

O controle de legalidade de todos os demais atos que infringirem a legalidade de políticas públicas é disciplinado pela lei própria (Lei 7.347/1985).

Na ação por improbidade, o objetivo primeiro é a *punição do infrator*. Segue-se o imprescindível ressarcimento. Na ação civil pública, o objetivo é a *reparação do dano*. Dirige-se à proteção de direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos.

O STF decidiu que

“a norma constitucional prevista no § 4º do art. 37 exigiu tratamentos sancionatórios diferenciados entre os atos ilícitos em geral (civis, penais e político-administrativos) e os atos de improbidade administrativa, com determinação expressa

ao Congresso Nacional para edição de lei específica (lei 8.429/1992) que não punisse a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público voltada para a corrupção e a de todo aquele que ao auxilie, no intuito de prevenir a corrosão da máquina burocrática do Estado e de evitar o perigo de uma administração corrupta caracterizada pelo descrédito e pela ineficiência.¹⁵”

19. DA CONDENAÇÃO

A sentença que julgar procedente a ação condenará ao ressarcimento dos danos e reversão de bens e valores (art. 18). Pode haver necessidade de liquidação (§ 1º). Se a pessoa jurídica de direito público lesada não providenciar a execução do julgado, cabe ao Ministério Público fazê-lo (§ 2º). Legitimação subsidiária para a execução. Descontam-se os serviços efetivamente prestados, na hipótese de execução (§ 3º). O cumprimento da execução pode ocorrer em até quarenta e oito (48) parcelas (§ 4º).

Unificação de sanções. A requerimento do réu o juiz pode unificar eventuais sanções com outras já impostas em outros processos, reconhecendo a continuidade infracional. Em tal hipótese, o juiz aplicará a pena maior aumentada de um termo (1/3) ou a soma das penas se beneficiar o réu. No caso de novos ilícitos haverá soma de penas.

20. DISPOSIÇÕES PENAIIS

Constitui crime “a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente”. É a imputação falsa de crime a servidor público. Denúnciação caluniosa (art. 339 do Código Penal, alterado pela Lei 14.110/2020). Cabe pena cumulada com indenização (art. 19 e parágrafo único).

A perda da função pública só ocorre após o trânsito em julgado (art. 20). Pode o juiz determinar o afastamento do réu da função pública (§ 1º) por noventa (90) dias prorrogáveis pelo mesmo prazo (§ 2º).

As sanções previstas na nova lei independem da efetiva ocorrência de dano, salvo as previstas no art. 11 (art. 21, inciso I) e da aprovação ou rejeição de contas (inciso II). Os atos do órgão de controle serão considerados pelo juiz quando tiverem servido de fundamento para a conduta do agente (§ 1º). As provas produzidas no âmbito administrativo devem ser sopesadas pelo juiz (§ 2º).

A *dosimetria* da pena deve ser sopesada conscientemente pelo magistrado. Ela não é discricionária. Não pode o juiz escolher a pena. Entre as alternativas que lhe são apresentadas deve aplicar a mais adequada à hipótese.

15. STF, RE 976.566/PA, j. 13.09.2019, rel. Min. Alexandre de Moraes.

21. REPERCUSSÃO DAS DECISÕES EM ESFERAS DISTINTAS

As sentenças civis e penais produzirão efeito em relação à ação de improbidade quando concluírem pela inexistência da conduta ou pela negativa da autoria (§ 3º do art. 21). Não há inconstitucionalidade na previsão legal. Os efeitos transmitem-se a outras esferas. A absolvição criminal impede nova discussão (§ 4º). A determinação é incisiva.

Depende muito da produção probatória. O surgimento de prova nova poderá ensejar a alteração do raciocínio jurídico sobre o fato. O fato não pode ser rediscutido. Mas, nada impede que a prova o seja. O tipo poderá ser complementado por prova nova.

A esfera penal exige maiores cuidados porque lida com a liberdade das pessoas. Assim, inexistentes provas ou demonstrada a inexistência do fato, a absolvição estende seus efeitos à esfera administrativa e civil. É o *non bis in idem*. As sanções aplicadas em outra ação devem ser compensadas (§ 5º).

22. O INQUÉRITO CIVIL INSTAURADO PELO MP

O MP pode instaurar inquérito civil investigativo para apurar qualquer ilícito previsto na lei (art. 22), de ofício ou mediante requerimento de autoridade administrativa ou representação de qualquer do povo. Poderá também requisitar inquérito policial.

A direção, no caso de inquérito civil é exclusiva do Ministério Público.

23. PRESCRIÇÃO

Dispõe o art. 189 do Código Civil que “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”. A prescrição alcança a *pretensão*, ou seja, o direito de ação. Se violada as normas previstas nos arts. 9º, 10 e 11 da lei em comento, perde o Ministério Público o direito de ação, como titular único da pretensão sancionatória. Perde-se a ação. Torna-se desnecessária a aplicação da norma¹⁶ (Grifos nossos). O dispositivo inovador tem incidência imediata. Alcança todas as infrações que fluíram anteriormente. Não se cuida de aplicação retroativa, mas de vigência imediata. Não há qualquer violação de direito.

Se o infrator cometeu crime anteriormente à vigência da lei e já decorreram oito (8) anos, não mais pode ser acionado por força dos fatos.

16. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 169.

Toda ação prescreve em oito (8) anos contados da ocorrência do fato. No caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência (art. 23).

A instauração de inquérito civil ou processo administrativo interrompe a fluência do prazo (§ 1º). O inquérito civil tem prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco dias), prorrogável uma única vez pelo mesmo prazo (§ 2º). Findo o prazo, a ação será proposta em trinta dias ou arquivada (§ 3º). O prazo para formulação da ação é igualmente constitucional. Não agride a intimidade de convicção do integrante do Ministério Público. Tudo no direito tem prazo. Há que alcançar igualmente o comportamento do Ministério Público.

Não se pode confundir o prazo prescricional do fato (direito de ação) com o prazo decadencial de o integrante do órgão ministerial propor a ação. São coisas distintas.

O prazo para término do inquérito é constitucional. Não viola autonomia do Ministério Público. O que se determina é que não podem os inquéritos durarem indefinidamente. Pôs-se um termo na disponibilidade da apuração.

O prazo se interrompe pelo ajuizamento da ação, pela publicação da sentença condenatória, pela publicação de acórdão confirmatório da sentença, pela publicação de decisão do STJ ou por decisão do STF (incisos I a V do § 4º do art. 23).

Interrompida a prescrição, recomeça a fluir o prazo pela metade do prazo (§ 5º) e os atos produzem efeitos (§ 6º) e se estendem a atos conexos (§ 7º). Cabe ao juiz reconhecer a prescrição intercorrente (§ 8º). Os prazos têm contínua fluência e, pois, podem alcançar a morosidade na produção de atos processuais. A demora imputável ao Judiciário (art. 240, § 3º, do CPC) não será motivo para se deixar de reconhecer a prescrição.

24. DEVERES DOS ÓRGÃOS DE REPRESSÃO OU PREVENÇÃO

Cabe ao Poder Público propiciar contínua capacitação aos órgãos de prevenção ou repressão (art. 23-A).

25. DAS CUSTAS E DESPESAS

Nas ações de improbidade “não haverá adiantamento de custas, de preparo, de emolumentos, de honorários periciais e quaisquer outras despesas” (art. 23-B). No caso de procedência, as custas e demais despesas serão pagas a final. Honorários são devidos, se comprovada a má-fé (§ 2º do art. 23-B).

26. PREJUÍZO DE PARTIDO POLÍTICO

“Atos que ensejam enriquecimento ilícito, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de recursos públicos dos partidos políticos

ou de suas fundações, serão responsabilizados nos termos da lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995. (Lei dos Partidos Políticos).”

A tais atos não se aplicam os ditames dessa lei. Incide aqui a Lei dos Partidos Políticos. O legislador quis separar as coisas, atos lesivos ao patrimônio praticado por agentes de atos praticados por integrantes de partidos políticos.

27. PRAZO PARA O MP MANIFESTAR INTERESSE NO PROSSEGUIMENTO DAS AÇÕES EM CURSO

O art. 3º da lei em análise estabelece o prazo de um (1) ano para que o MP manifeste interesse no prosseguimento das ações por improbidade que estiverem em curso. Neste prazo, o processo fica suspenso.

Nada requerendo, extingue-se o feito (§ 2º).

28. LEIS REVOGADAS

O art. 25 da lei em comento revogou expressamente as Leis 3.164/1957 e 3.502/1958, que estabeleciam a possibilidade de sequestro de bens dos infratores. Agora, cabe a declaração de indisponibilidade de bens. O efeito é o mesmo.

29. CONCLUSÕES. AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

A lei alterada modifica substancialmente seu conteúdo anterior. Era comum assistir-se a embates entre agentes políticos e o Ministério Público. Este, investido em competências de intervenção no âmbito da administração pública, arvorou-se em quase administrador ou copartícipe dela. A todo instante exigia que prefeitos, governadores, dirigentes de órgãos colegiados, presidentes de Câmaras municipais ou Assembleias legislativas atendessem a orientações que entendia devidas.

A instauração de inquéritos ministeriais para apuração de infrações ímprobas era uma constante e constrangia as autoridades políticas. Tal situação, quando chega a limites extremos, leva à reação. Foi o que aconteceu.

Incomodados com tantas e tamanhas intervenções na Administração Públicas e a todo instante sendo convocados para darem satisfação aos promotores locais, inclusive com celebração dos Termos de Ajustamento de Conduta (os TACs), que significavam indevida invasão na intimidade da administração local, os políticos se movimentaram e, por fim, acabaram conseguindo a aprovação de “nova” lei de improbidade.

Agora, não há infração culposa, as pessoas jurídicas de direito público não podem mover ação contra os agentes políticos, o inquérito ministerial passa a ter prazo

de conclusão e as iniciais de ações que forem movidas passam a ter rigores de identificação das condutas apontadas como ímprobas. Impôs-se, sem dúvida, maior seriedade na “acusação” de fatos que possam causar enriquecimento ilícito, que redundem em prejuízo ao erário ou que agredam os princípios de direito administrativo. Qual a sanção se a inicial não identificar os fatos com cuidado? Indeferimento da inicial.

A lei veio dificultar, sem dúvida, o trabalho ministerial. De outro lado, deu tranquilidade especialmente a prefeitos para que possam administrar sem medo suas comunas. Buscou-se um maior equilíbrio entre a autoridade investigadora e acusadora e o agente político. Parece bom avanço para equilibrar as posições dos agentes públicos.

Associações ligadas ao Ministério Público ingressaram com ação direta de inconstitucionalidade junto ao STF (ADIN 7.042 e 7.043) postulando a invalidade de alguns artigos. Em verdade, pouco há o STF que fazer. Primeiro, se reconhecer a inconstitucionalidade da lei, não há como repristinar dispositivos anteriores. Segundo, porque descabe ao STF reestabelecer a culpa como integrando do tipo infracional. Terceiro, porque a competência estrita para dispor sobre o tema é do Poder Legislativo.

Evidente que um ou outro artigo poderá ser acoimado de inconstitucional, tanto que já o Ministro relator solicitou pauta no Plenário para decidir a matéria.

Entendo constitucional o texto em sua inteireza, sendo legítimo ao Poder Legislativo dispor sobre os tipos infracionais da forma que lhe aprouver.

30. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARISTÓTELES. *Metafísica*, livro V. 2. ed. São Paulo: Ed. Edipro, 2012.
- CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 2002.
- GIACOIA JÚNIOR, Oswaldo. *Pequeno dicionário de filosofia contemporânea*. São Paulo: Ed. Publifolha, 2006.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1960.
- OLIVEIRA, Ana Carolina. *Direito de intervenção e direito administrativo sancionador*. Tese (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Ed. RT, ed. Kindle.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Administrativo

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A conversão da ação de improbidade administrativa em ação civil pública, de Flávio Chelini Jorge – *RePro* 345/267-287;
- Ativismo judicial, indisponibilidade de bens e ação de improbidade administrativa, de Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira e Gustavo Henrique Schneider Nunes – *RePro* 315/231-250;
- Comentários à nova Lei de Improbidade administrativa, de Fernando da Fonseca Gajardoni *et al.*, de Teresa Arruda Alvim – *RePro* 339/395-396;
- Improbidade administrativa e o acordo de não persecução civil, de Edilson Pereira Nobre Júnior – *RDAI* 21/301-307;
- Improbidade administrativa, processo coletivo e a Lei 14.230/2021: Consensos e dissensos numa coautoria, de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. – *RePro* 338/299-312;
- Mudanças na lei de improbidade administrativa: Irretroatividade das alterações para condenações definitivas, de Editorial RT – *Boletim Revista dos Tribunais Online* 31; e
- Pontos polêmicos instrumentais na nova Lei de Improbidade administrativa: Juízo de prelibação, vinculação da assessoria jurídica à defesa do ato e acordo de não persecução civil, de José Jerônimo Nogueira de Lima e Thiago Reis Augusto Rigamonti – *RT* 1052/19-36.