

# ATUALIZAÇÃO

ROG FERNANDES  
FREDERICO AUGUSTO LEOPOLDINO KOEHLER  
JACQUELINE PAIVA RUFINO  
SILVANO JOSÉ GOMES FLUMIGNAN

## LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Principais alterações da Lei 14.230/2021  
e o impacto na jurisprudência do STJ

⇒ **ANEXO I – Julgamento do Tema 1.199/  
STF (ARE 843.989/PR)**

**1. Resultado do julgamento. 2. O livro está de acordo com o entendimento adotado pelo STF. 3. Delimitação do tema. 4. Prescrição. 5. Dolo. 6. Análise crítica da problemática do prequestionamento e do tema 181/STF.**

## 1. Resultado do julgamento.

Em 18 de agosto de 2022, logo após a publicação da primeira edição da obra, o STF finalizou o julgamento do Tema 1.199 da Repercussão Geral (ARE 843.989/PR). O livro havia sido atualizado até o parecer do Ministério Público Federal (que inclusive é dissecado no item 3.3.5 da obra), mas já defendia boa parte do resultado atingido pela Corte Suprema, ainda que com fundamento distinto.

Foram aprovadas as seguintes teses, de acordo com o voto do Relator Min. Alexandre de Moraes, que foi vencedor em todos os pontos debatidos:

- 1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO;
- 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;
- 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;
- 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei<sup>1</sup>.

Como se percebe do julgamento do tema, foram fixadas quatro teses, sendo que três delas versaram sobre o elemento subjetivo dolo e uma sobre o regime de prescrição.

Inicialmente, debateu-se sobre a natureza jurídica do ato de improbidade, tendo vencido, por 6 votos a 4, a tese de que é de direito administrativo sancionador. A divergência entendia que a natureza do ato de improbidade era civil, enquanto o Ministro Gilmar Mendes reconheceu, em posição isolada, a natureza de crime de responsabilidade.

Em seguida, todos os ministros votaram contra a aplicação automática dos princípios constitucionais do Direito Penal à Lei de Improbidade Administra-

---

1. Acesso online por <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidence=4652910&numeroProcesso=843989&classeProcesso=ARE&numeroTema=1199> em 18/09/2022

tiva, com exceção dos Ministros Dias Tóffoli e Gilmar Mendes, que seguiam essa diretriz.

Ou seja, diferentemente do que ocorre no direito espanhol, em que houve uma completa transposição dos princípios do Direito Penal para o Direito Administrativo Sancionador, o STF estabeleceu uma distinção entre os dois sistemas, limitando a transposição apenas a alguns casos. Interessante notar que a Espanha adotou essa sistemática por razões históricas ligadas aos arbítrios das monarquias, a exemplo do Tribunal do Santo Ofício da Inquisição, e, mais recentemente, da ditadura de Francisco Franco (entre 1939 e 1975). A aplicação automática dos princípios do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador pelo simples fato de decorrerem ambos do *ius puniendi* estatal já sofria pesadas críticas doutrinárias, pois a lógica operativa de cada um é distinta<sup>2</sup>. Isso é especialmente claro no que concerne à distinção entre as sanções, sendo a pena privativa de liberdade exclusiva da seara penal.

Por maioria apertada de 6 x 5, venceu a tese da não aplicação do art. 5º, inc. XL, da Constituição Federal (“*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*”) na ação de improbidade. Prevaleceu, diante da própria literalidade da norma, o argumento de que a aplicabilidade da norma constitucional em tela é restrita à seara penal. Os votos vencidos argumentavam a identificação ontológica entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, pelo que deveriam ser aplicáveis a esse último ramo todas as normas referentes ao primeiro.

Pelo placar de 7 x 4, decidiu-se que a atipicidade da culpa atinge os processos em curso, isto é, o Poder Judiciário não pode mais condenar o acusado por improbidade administrativa culposa nos processos que ainda não tenham transitado em julgado. Não se trata propriamente de retroatividade da norma mais benéfica no ponto, mas sim do reconhecimento superveniente de uma espécie de *abolitio* da modalidade culposa.

Em complemento, por 8 x 3, o STF entendeu que os processos transitados em julgado não são afetados pela eliminação do ato de improbidade na modalidade culposa, em obediência ao princípio constitucional da segurança jurídica (art. 5º, inc. XXXV, da CF). Julgou-se não ser cabível sequer a propositura de ação rescisória para desfazer o título condenatório acobertado pelo manto da coisa julgada. Em consequência, os processos envolvendo condenações por

---

2. CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. Imperativos constitucionais de tutela da probidade e dos direitos fundamentais dos agentes públicos e terceiros investigados. In: CERQUEIRA, Marcelo Malheiros; PAULINO, Galtieni da Cruz; SCHOUCAIR, João Paulo Santos; BALLAN JÚNIOR, Octahydes. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa: interpretação constitucional em consonância com a eficácia jurídica e social*. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 29.

improbidade culposa que estejam em fase de cumprimento de sentença não serão afetados pela nova legislação.

Por votação de 7 x 4, entendeu-se que a prescrição geral não retroage para beneficiar o réu, alcançando apenas os fatos ocorridos a partir da publicação da Lei n.º 14.230/21, ou seja, 26 de outubro de 2021.

Por 9 x 2 – vencidos, no ponto, os Ministros Dias Tóffoli e Kássio Nunes Marques – decidiu o STF que a prescrição intercorrente também se aplica apenas aos processos em curso, não retroagindo para beneficiar os acusados.

Na certidão de julgamento ficou assentado que prevaleceriam os fundamentos do voto do Ministro Alexandre de Moraes<sup>3</sup>, em que pese os entendimentos tenham sido os mais diversos para se chegar às quatro teses supramencionadas.

## **2. O livro está de acordo com o entendimento adotado pelo STF.**

O livro já trabalhava com os resultados que foram consolidados. No que se refere à prescrição, por fundamento diverso, já fora defendido que o regime de prescrição intercorrente teria eficácia prospectiva.

A prescrição intercorrente seria uma modalidade autônoma por não seguir a lógica tradicional do art. 189 do CC. Sua ocorrência dependerá do retardamento na prestação jurisdicional, o que não é um comportamento atribuível à parte. Não se exige, portanto, a ocorrência de ilícito ou de qualquer ato ou omissão da parte, até mesmo porque a pretensão já havia sido por ela exercida<sup>4</sup>.

Na análise do Tema 1.199/STF, os Ministros Luiz Fux<sup>5</sup> e Gilmar Mendes<sup>6</sup> ressaltaram a preponderância do aspecto processual da prescrição intercorrente.

A prevalência do aspecto processual faz com que o regime de prescrição intercorrente prevaleça após a entrada em vigor da Lei n.º 14.230/2021, atraindo uma eficácia prospectiva, como ficou decidido na quarta tese do julgamento.

---

3. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidental=4652910&numeroProcesso=843989&classeProcesso=ARE&numeroTema=1199> (acesso online em 04/10/2022). Confira-se: "O Tribunal, por unanimidade, apreciando o tema 1.199 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para extinguir a presente ação, e, por maioria, o Tribunal acompanhou os fundamentos do voto do Ministro Alexandre de Moraes (Relator)".

4. KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Suspensão do prazo de prescrição intercorrente na Lei de Improbidade. Acesso online por <https://www.conjur.com.br/2022-set-04/koehler-flumignan-prescricao-intercorrente-lia> em 04/10/2022.

5. <https://www.youtube.com/watch?v=9PXeOlx6n4c> Acesso online em 22/8/2022.

6. <https://www.youtube.com/watch?v=isoMVuxm1AM> Acesso online em 22/8/2022.

No que se refere ao dolo, o livro também está de acordo com o entendimento exarado no julgamento do tema 1.199/STF. O capítulo II.3, ao tratar do dolo, previu:

Antes da Lei n.º 14.230/2021, a jurisprudência do STJ havia consolidado a tese de que seria imprescindível o dolo para as condutas descritas nos arts. 9º e 11 da LIA (enriquecimento ilícito e violação de princípios, respectivamente), sendo suficiente a culpa para as condutas descritas no art. 10 (ressarcimento ao erário). Nas hipóteses de comportamento meramente culposo, compreendia-se a exigência da comprovação de atuação negligente, imprudente e imperita.

A Primeira Seção do STJ previu também que nas condutas do art. 11 (violação de princípios) seria possível a ocorrência de dolo genérico. Pela previsão do dolo genérico, bastaria a intenção de praticar o ato sem verificar o dolo específico para cometer o ilícito e buscar as suas consequências.

Com o advento da Lei n.º 14.230/2021, o panorama foi alterado. O art. 1º prevê que o dolo é requisito para as três modalidades de condutas descritas na Lei de Improbidade (enriquecimento ilícito, ressarcimento ao erário e violação de princípios), o que afasta a tese da suficiência da culpa para as condutas de ressarcimento ao erário. O art. 1º, §2º, estabelece que se considera dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11, não bastando a voluntariedade do ato, o que afasta a tese do dolo genérico para a conduta de violação de princípios<sup>7</sup>.

Ademais, no Capítulo III, que trata da necessidade de adequação da jurisprudência do STJ, no tópico 6, defende-se a superação do dolo genérico pelo dolo específico:

Antes da Lei n.º 14.230/2021, a jurisprudência do STJ era no sentido de que a condenação à sanção de improbidade por violação de princípios exigiria a previsão de dolo genérico (...).

A previsão de dolo genérico significa que bastaria a voluntariedade do ato para a configuração da conduta ímproba. Essa previsão exigia tão-somente que o agente tivesse intenção de praticar a conduta, ainda que não ficasse comprovado o escopo de praticar o ilícito e o atingimento de suas consequências.

---

7. FERNANDES, Og; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; RUFINO, Jacqueline Paiva; FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Lei de improbidade administrativa: principais alterações da Lei 14.230/2021 e o impacto na jurisprudência do STJ*. Salvador: Juspodivm, 2022, pp. 67-68.

Com a nova redação, existe a previsão de dolo para todas as condutas de improbidade e, mais do que isso, o art. 1º, §2º, da Nova LIA afirma que não basta a voluntariedade do agente.

Além disso, há que se frisar o disposto nos §§1º e 2º do art. 11 da Nova LIA, no sentido de que somente haverá improbidade administrativa – aqui se aplicando a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais – 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<sup>8</sup>.

Como se vê, o entendimento e as propostas previstas na obra já iam ao encontro do que veio a se tornar o resultado do tema 1.199/STF.

De qualquer forma, é possível ainda o esclarecimento de alguns pontos, como a delimitação do tema de julgamento e o marco temporal do trânsito em julgado, que serão analisados nos tópicos seguintes.

### **3. Delimitação do tema.**

O tópico 3.3.4 do Capítulo V já havia sido crítico à afetação e à decisão de suspensão por terem ampliado o objeto do debate para toda e qualquer situação de retroatividade.

Apenas para ilustrar, colaciona-se a seguinte passagem:

O tema afetado foi a (ir)retroatividade da Lei n.º 14.230/2021, a chamada Nova Lei de Improbidade Administrativa, nos seguintes termos:

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

No entanto, o Agravo em Recurso Extraordinário n.º 843.989 parece tratar apenas de parte dos temas da repercussão geral. Ele aborda a questão do dolo e a prescrição de maneira genérica, não tratando da prescrição intercorrente, uma das grandes novidades da nova legislação e que possui peculiaridades.

---

8. FERNANDES, Og; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; RUFINO, Jacqueline Paiva; FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Ob. Cit.*, pp. 67-68.

Frisa-se que, nesse caso, existe ainda um agravante. O tema afetado foi a retroatividade ou irretroatividade de uma lei de grande impacto, como é o caso da Lei n.º 14.230/2021.

Existe nesse caso uma evidente ampliação do tema que é objeto do recurso. Isso fica claro quando se observa que, no julgamento da repercussão geral, utiliza-se a expressão “em especial” com nítida finalidade de não restrição aos dois temas objeto do recurso. O intuito parece ser que o STF, ao julgar o mérito do tema afetado em repercussão geral, possa avançar sobre qualquer discussão que toque na temática da (ir)retroatividade da Lei n.º 14.230/2021, não se limitando aos pontos objeto do recurso extraordinário, que, como dito, se limitam à questão do dolo e da prescrição – aqui se restringindo à alegação de que “*imprescritibilidade prevista no artigo 37, § 5º, da CF/1988 refere-se a danos decorrentes de atos de improbidade administrativa, e não a ilícito civil*” (trecho do relatório do Min. Alexandre de Moraes no voto em que reconhece a repercussão geral da matéria constitucional no ARE n.º 843.989 RG/PR)<sup>9</sup>.

A decisão de suspensão foi ainda mais ampliativa por determinar a sua incidência a todos os recursos especiais no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que versassem sobre a aplicação retroativa da Lei n.º 14.230/2021.

Quando do julgamento do tema 1.199/STF, houve a restrição de conteúdo para apenas dois objetos: exigência de dolo para todos as condutas de improbidade e regime jurídico de prescrição. Quanto à prescrição, não houve restrição de modalidade. Houve o tratamento tanto da prescrição principal como da prescrição intercorrente.

Portanto, o tema não versou de maneira genérica sobre a aplicação retroativa ou imediata das alterações inseridas pela Lei n.º 14.230/2021, mas apenas sobre dois pontos específicos. Inúmeras alterações processuais e materiais não foram objeto de análise e tratamento.

#### **4. Prescrição.**

O tema 1.199/STF enfrentou a temática da prescrição com as mesmas consequências que já haviam sido apontadas no livro. Percebeu-se a coexistência de duas modalidades de prescrição: principal e intercorrente.

---

9. FERNANDES, Og; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; RUFINO, Jacqueline Paiva; FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Ob. Cit.*, pp. 230-231.

No voto condutor do tema 1.199/STF, a base doutrinária utilizada foi Antônio Luís da Câmara Leal<sup>10</sup>. O pressuposto tomado no entendimento pre-valecente foi o de que a prescrição seria o perecimento da pretensão punitiva ou da pretensão executória pela inércia. No caso da improbidade, seria a inércia do próprio Estado - como Ministério Público ou Fazenda Pública - no exercício da função de legitimado ativo.

Destaca-se o seguinte trecho do voto condutor:

“Sem INÉRCIA não há PRESCRIÇÃO. Sem INÉRCIA não há sancionamento ao titular da pretensão. Sem INÉRCIA não há possibilidade de se afastar a proteção à probidade e ao patrimônio público. (...)”

A inércia nunca poderá ser caracterizada por uma lei futura que, diminuindo os prazos prescricionais, passe a exigir o impossível, ou seja, que, retroativamente o poder público – que foi diligente e atuou dentro dos prazos à época existentes – cumpra algo até então inexistente. A irretroatividade é flagrante, pois como salientado por Humberto Theodoro Júnior, “Somente assim se evitará o risco do absurdo de provocar a lei superveniente a surpresa de uma prescrição consumada retroativamente. (...)”

Em conclusão, o novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/21 NÃO RETROAGE, em respeito ao ato jurídico perfeito e em observância aos princípios da segurança jurídica, do acesso à Justiça e da proteção da confiança, garantindo-se a plena eficácia dos atos praticados validamente antes da alteração legislativa<sup>11</sup>.

Em nosso entendimento, a prescrição não constitui uma sanção pela inércia do titular da pretensão. No entanto, a previsão de irretroatividade do regime prescricional pode ser defendida como resultado da garantia da segurança jurídica.

---

10. *Da prescrição e da decadência*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, pp. 16-17. “Posto que muitos escritores, como Beviláqua, neguem que a prescrição constitua um castigo à negligência do titular, outros, como João Mendes Júnior, secundando a lição de Savigny, aliás fundada nas formas romanas, o afirmam. Estamos com o grande romanista tedesco e o saudoso mestre da Faculdade de Direito de São Paulo. Se a prescrição priva o titular de sua ação, fazendo-o sofrer a perda de um direito, impõe-lhe, de fato, um mal. E, se essa imposição é motivada pela sua inércia, de que resulta um mal social, pelo estado antijurídico que não foi removido pela ação, representando essa inércia a falta de cumprimento de um dever social, não se poderá negar que o mal imposto pela prescrição é, efetivamente, uma repressão do mal causado pela negligência do titular. E, assim encarada, a prescrição apresenta o característico da pena, cuja clássica definição é: *poena est malum passionis, propter malum actionis*”.

11. <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE843989LIA.pdf> Acesso online em 09/11/2022.



A consequência desse entendimento é de que tanto a prescrição principal quanto a prescrição intercorrente seriam irretroativas.

O resultado dessa linha de argumentação é que a prescrição intercorrente não se aplicaria aos processos em curso e deveriam ser levados em conta os prazos prescricionais do momento anterior à Lei n.º 14.230/2021 para os fatos pretéritos.

Contudo, essa argumentação não enfrenta uma série de problemas insuperáveis e, necessariamente, deverá ser revisitada em futuro próximo.

Do ponto de vista doutrinário, a doutrina de Antônio Luís da Câmara Leal, fundamental sob um aspecto histórico, esbarra em dois problemas clássicos apontados por Agnelo Amorim Filho. O primeiro é o seu empirismo, o que permite a solução de alguns casos práticos, mas não traz a cientificidade capaz de solucionar todas as questões. O segundo é que não resolve a questão das ações imprescritíveis<sup>12</sup>.

A superação do segundo problema veio de maneira casuística, em parte, no próprio julgado do voto condutor em relação às demandas de dano ao erário por condutas dolosas em virtude do tema 897/STF:

Por óbvio, os prazos prescricionais da nova lei não se aplicam às ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, que permanecem imprescritíveis, conforme decidido pelo Plenário da CORTE, no TEMA 897, Repercussão Geral no RE 852.475, Red. p/Acórdão: Min. EDSON FACHIN.

Contudo, a determinação de aplicação do tema 897/STF ainda será uma solução casuística.

---

12. AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 744/1997, p. 725 - 750, Out./1997. "Todavia, o critério proposto por Câmara Leal, embora muito útil na prática, se ressentido de dupla falha: Em primeiro lugar, é um critério empírico, carecedor de base científica, e isto é reconhecido pelo próprio Câmara Leal, pois êle fala em discriminação prática dos prazos de decadência das ações (op. cit., p. 434). Com efeito, adotando-se o referido critério, é fácil verificar, praticamente, na maioria dos casos, se determinado prazo extintivo é prescricional ou decadencial, mas o autor não fixou, em bases científicas, uma norma para identificar aquelas situações em que o direito nasce, ou não, concomitantemente com a ação, pois é êste o seu ponto de partida para a distinção entre os dois institutos. Em segundo lugar, o critério em exame não fornece elementos para se identificar, direta ou mesmo indiretamente (isto é, por exclusão), as denominadas ações imprescritíveis".

O tema da prescrição intercorrente, que é a grande novidade inaugurada pela Lei n.º 14.230/2021, não foi enfrentado por Antônio Luís da Câmara Leal, o marco teórico do voto condutor.

Para essa modalidade, não houve enfrentamento de nenhuma das doutrinas citadas no voto condutor e existe uma razão básica para que os autores clássicos não tivessem o devido enfrentamento: a prescrição intercorrente não existia no momento da construção teórica dos referidos autores.

De qualquer forma, o resultado ficou estabelecido no julgamento do tema 1.199/STF. O prazo da prescrição intercorrente somente terá aplicação após o início da vigência da Lei n.º 14.230/2021.

A solução, no entanto, foi simplista. Ela não abordou alguns pontos fundamentais como a natureza jurídica da prescrição intercorrente e nem mesmo o regime jurídico de suspensão, aspectos não versados pela lei de improbidade.

Nesse ponto, o livro é mais completo ao defender a natureza preponderantemente processual da prescrição intercorrente. Isso faz com que, de fato, a prescrição intercorrente seja aplicada para os processos em curso após a vigência da Lei n.º 14.230/2021, por força do art. 14 do CPC, mas permite que as causas de suspensão processual impactem na fluência da prescrição intercorrente.

Aliás, mesmo não enfrentando essa questão, o STF, no recurso de embargos de declaração contra a decisão que determinou a suspensão dos recursos no âmbito do STJ, determinou a suspensão dos prazos de prescrição enquanto estivesse suspenso o processamento dos recursos.

Propomos que esse raciocínio seja ampliado para qualquer causa de suspensão processual, como ocorre nas hipóteses do art. 313 do CPC<sup>13</sup>.

## 5. Dolo

Três teses aprovadas no julgamento do tema 1.199/STF versaram sobre a temática do dolo:

---

13. KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Suspensão do prazo de prescrição intercorrente na Lei de Improbidade. Acesso online por <https://www.conjur.com.br/2022-set-04/koehler-flumignan-prescricao-intercorrente-ia> em 04/10/2022. "A natureza preponderantemente processual da prescrição intercorrente ajuda a conclusão imediata da suspensão da fluência do prazo, mas, como restou demonstrado no voto do ministro Alexandre de Moraes, é possível se atingir o mesmo resultado por caminho diverso. Quanto ao Ministério Público, para se evitar esse debate no futuro, recomenda-se que, quando da suspensão do processo, pelo artigo 313 do CPC ou por qualquer outro fundamento, requeira, de imediato, a suspensão da fluência do prazo de prescrição intercorrente. Assim, a suspensão do processo, com o impedimento da prestação jurisdicional, acarretará a suspensão da fluência do prazo de prescrição intercorrente".

- 1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO;
- 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;
- 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;

Ainda que em controle difuso de constitucionalidade, a tese 1 pressupõe a constitucionalidade da exigência da presença do dolo – e a consequente exclusão da atuação culposa – para todas as modalidades de improbidade administrativa.

Esse tema será revisitado quando do julgamento das ADIs. 7.236 e 7.237/STF, em que, entre outros pontos, se questiona a constitucionalidade da previsão de dolo para a improbidade administrativa por dano ao erário, enriquecimento ilícito e violação de princípios da Administração.

Outro ponto interessante diz respeito à previsão da tese 2 de que a revogação da modalidade culposa seria irretroativa. Ao se observar de maneira isolada a conclusão poder-se-ia deduzir que as condutas realizadas sob a vigência anterior à Lei n.º 14.230/2021, deveriam ser consideradas como ímprobos mesmo na modalidade culposa.

Contudo, é preciso fazer a leitura conjunta das teses 2 e 3. O marco temporal utilizado para a afirmação da irretroatividade é a data do trânsito em julgado. Assim, para processos já transitados em julgado com condenação do agente por improbidade administrativa na modalidade culposa, deverá ser mantida a penalidade aplicada, não sendo possível o ajuizamento de ação rescisória e nem mesmo a revisão da penalidade perante o juízo da execução.

Dois exemplos práticos esclarecem melhor a interpretação adequada à leitura conjugada das teses 2 e 3.

*Exemplo A:* o agente público pratica ato culposo *após* a vigência da Lei nº 14.230/2021, ou seja, a partir de 26/10/2021. Nesse caso, o ato não se configura como improbidade administrativa.

*Exemplo B:* o agente público pratica ato culposo *antes* da vigência da Lei nº 14.230/2021, ou seja, antes de 26/10/2021. Surgem duas possibilidades. A *primeira*, é que ele já tenha sido processado e condenado com trânsito em

julgado. Nesse caso, a pena será mantida e cumprida, sem impacto da nova legislação. A *segunda possibilidade* é que não tenha ainda havido o trânsito em julgado. Não importa aqui em qual instância o processo se encontre, se no TJ/TRF, STJ ou STF. Se a sentença condenatória ainda não transitou em julgado, o processo deverá ser extinto sem mérito, em virtude da exclusão superveniente da improbidade administrativa na modalidade culposa.

Acrescente-se que, para os processos de improbidade administrativa na modalidade culposa em que ainda não houve o trânsito em julgado, deverá ser verificado em concreto se existe dolo, independentemente do momento processual.

Alguns aspectos não ficaram expostos nas teses, mas são de grande relevância. Trata-se do interessante e polêmico ponto de definir se há exigência de um dolo específico ou se é suficiente o dolo genérico, como tradicionalmente se exigia na versão original da Lei de Improbidade Administrativa.

O voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes argumenta que, mesmo após a reforma da LIA, o dolo genérico continua sendo a regra geral na configuração dos atos de improbidade administrativa. Eventualmente, havendo uma finalidade especial expressamente prevista dentro do tipo, pode-se falar em dolo específico. É o que ocorre, por exemplo, na nova redação dos incisos V e VI do art. 11. No inciso V fala-se na conduta de “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*”. No inciso VI a norma prescreve a conduta de “deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, *com vistas a ocultar irregularidades*”. Os trechos grifados, como se vê, demonstram uma finalidade especial que vai além do dolo genérico, e que ocorre apenas excepcionalmente, em alguns pontos da nova legislação.

Segundo o Ministro Alexandre de Moraes, a repetição da menção ao dolo em vários pontos da nova lei teve o intuito de enfatizar a impossibilidade de responsabilização objetiva do agente. Tal ponto, entretanto, não foi expressamente debatido pelo Plenário do STF, que apenas mirou nos aspectos pertinentes à culpa. Essa a razão pela qual não constou nas teses firmadas.

## **6. Análise crítica da problemática do prequestionamento e do tema 181/STF.**

Uma questão muito interessante que deverá ser solucionada em breve pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal diz respeito ao

tema 1.199/STF e à aplicação ou não das teses tradicionais sobre prequestionamento e sobre o tema 181/STF.

Como já afirmado, o STF estabeleceu como marco temporal para a aplicação das teses, o trânsito em julgado dos processos. Isso levará a uma análise muito interessante sobre o comportamento dos tribunais superiores sobre a matéria.

Tanto os recursos especiais interpostos até o início da vigência da Lei n.º 14.230/2021 quanto aqueles interpostos após o início da vigência da Lei n.º 14.230/2021 e antes do julgamento do tema 1.199/STF estavam suspensos ou sobrestados até o julgamento da matéria, desde que tenha havido requerimento de aplicação retroativa ou imediata dos novos comandos normativos.

Essa suspensão poderia ocorrer de duas formas: sobrestamento no Superior Tribunal de Justiça ou baixa para o tribunal de origem.

A partir dessas duas situações, caso seja adotado o entendimento tradicional, é possível que o tratamento aos recursos especiais não seja isonômico.

Para os processos baixados à origem, existe a determinação de aplicação de tema pelo exercício do juízo de conformação. Nesse caso, é possível que a questão do dolo para todas as condutas de improbidade administrativa seja analisada pelas cortes locais.

Para os processos baixados em que a questão do dolo não seja o aspecto relevante a gerar a suspensão do processamento do recurso, deverá haver a devolução para o processamento do recurso especial.

No tocante aos processos sobrestados no STJ e para aqueles em que não se havia ainda analisado a questão da suspensão, o entendimento tradicional previa que, para que o STJ analisasse o mérito do recurso, seria preciso a verificação do prequestionamento da matéria, inclusive para a nova legislação<sup>14</sup>.

---

14. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE FATO NOVO EM SEDE RECURSAL. PREQUESTIONAMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIAS. JUNTADA EXTEMPORÂNEA DE DOCUMENTOS. DIREITO AO CONTRADITÓRIO. SÚMULA 168/STJ.

1. Cuida-se de ação de cobrança por inadimplência de cédula de crédito bancário.

2. Não cabem embargos de divergência quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado. Aplicação da Súmula 168/STJ.

3. Consoante a jurisprudência de ambas as Turmas de Direito Privado deste Tribunal, é inviável a análise de fato novo em sede de recurso especial em razão da ausência de prequestionamento e da possibilidade de caracterização de supressão de instâncias. Precedentes.

4. A jurisprudência da Terceira e Quarta Turmas é assente no sentido de admitir a juntada extemporânea de documentos, desde que ouvida a parte contrária e inexistente o espírito de ocultação premeditada ou de surpresa para o Juízo. Precedentes.

5. Embargos de divergência indeferidos liminarmente (STJ, EAREsp: 1831357/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ 07/03/2022)

Esse entendimento é severamente questionado ao ponto de o Fórum Permanente dos Processualistas Civis ter aprovado enunciado específico sobre a matéria:

Enunciado 718/FPPC (arts. 493, 933 e 1.034; art. 255, RISTJ; art. 105, III, alínea “a”; CF; súmula STF, n. 456): Interposto o recurso especial antes da vigência da Lei nº 14.230/2021, o Superior Tribunal de Justiça não poderá inadmiti-lo com fundamento na ausência de pré-questionamento de seus dispositivos. (*Grupo: Nova Lei de Improbidade*)

Outro ponto relevante é que o STJ, nessa visão tradicional, tem decidido no sentido de desprezar o requerimento da parte quando não se superam os óbices - inclusive os sumulares - à análise do mérito:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI NOVA MAIS BENÉFICA. PEDIDO DE APLICAÇÃO AO CASO. INVIABILIDADE. ACÓRDÃO EMBARGADO. NÃO APRECIÇÃO DO MÉRITO RECURSAL. DESCABIMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.

1. Não se justifica pedido de aplicação da Lei n. 14.230/2021 aos processos de improbidade administrativa em fase de embargos de divergência que não versam sobre as questões meritórias tratadas na novel legislação.

2. São inviáveis os embargos de divergência quando o acórdão embargado não aprecia o mérito do recurso especial, deixando, assim, de emitir tese sobre a questão controvertida.

3. Nos termos dos incisos I e III do art. 1.043 do CPC de 2015, os embargos de divergência somente têm cabimento quando os acórdãos confrontados tiverem analisado o mérito recursal. Assim, não são cabíveis embargos de divergência quando o acórdão embargado restringiu-se ao juízo negativo de admissibilidade, à míngua de decisão meritória a ser confrontada.

4. Agravo interno desprovido.

(STJ, AgInt nos EAREsp n. 1.702.663/PR, relator Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 11/10/2022, DJe de 21/10/2022.)

O entendimento é perfeitamente compreensível. Contudo, como decorrência da aplicação do regime jurídico de precedentes e da primazia do julgamento do mérito, para o tema relativo ao dolo para todas as condutas de improbidade administrativa, é preciso que seja superada análise de óbices sumulares a fim de que seja o processo devolvido à origem para a verificação em concreto

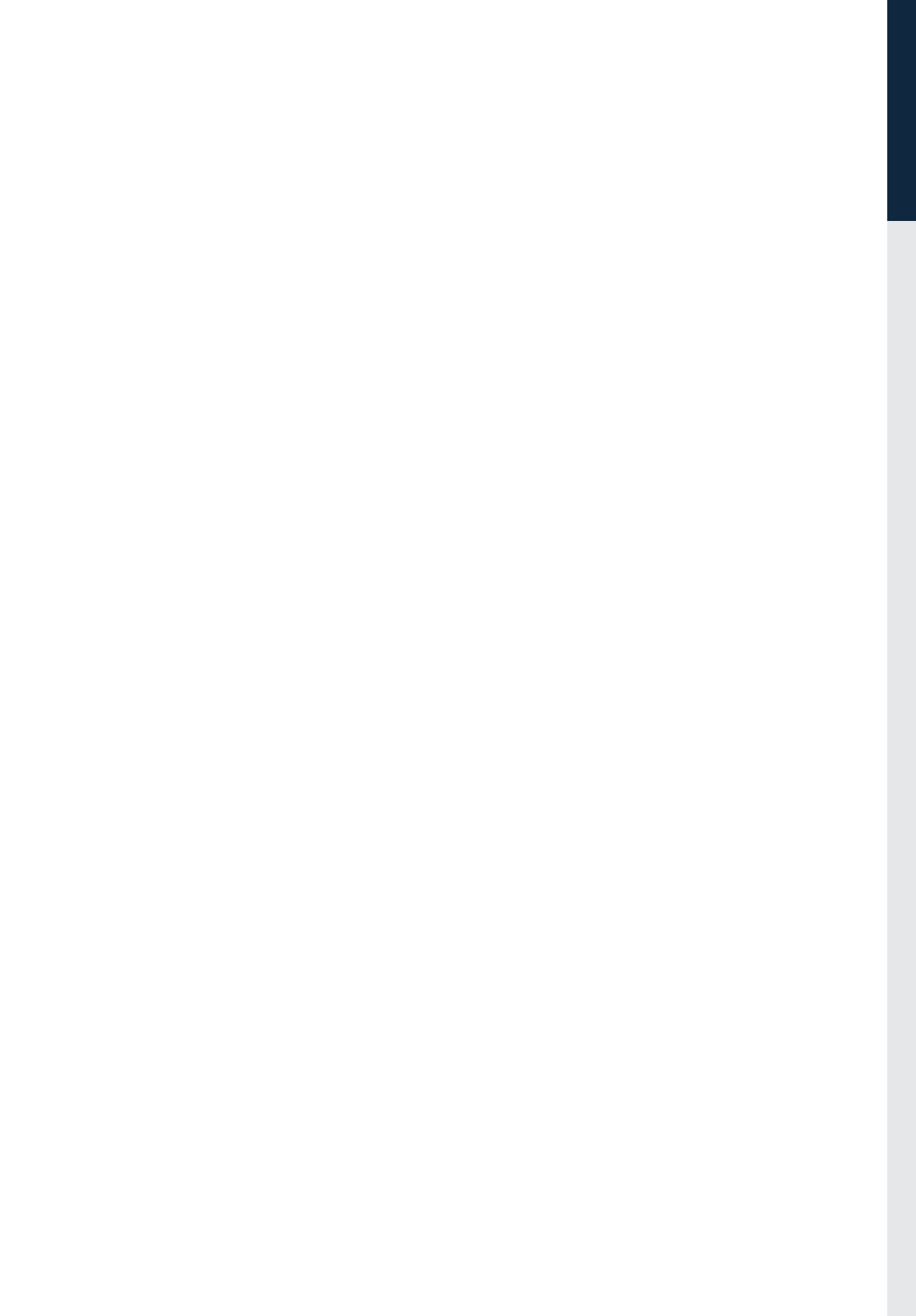
da presença do elemento subjetivo, como decorrência do necessário juízo de conformação determinado pelo STF.

Pelo fato de o STF ter decidido que não é possível ação rescisória e, nem mesmo, revisão em fase de execução, mas que deve ser aplicada a lei mais benéfica para os processos não transitados em julgado, essa é a única compreensão possível.

O mesmo raciocínio deveria ser aplicado no enfrentamento do tema 181/STF para o recurso extraordinário. O referido tema prevê que “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, nos termos do precedente fixado no RE n. 584.608, rel. a Ministra Ellen Gracie, DJe 13/03/2009”.

Com a ampliação da aplicação do tema 181/STF, tem-se entendido que o simples não enfrentamento do mérito do recurso especial impediria o seguimento do eventual recurso extraordinário.

Contudo, mais uma vez, por existir tema específico (tema 1.199/STF), entendemos que eventual recurso extraordinário sobre a aplicação retroativa da conduta dolosa para todos os atos de improbidade administrativa deve gerar a devolução dos recursos aos relatores no STJ para avaliar o eventual juízo de conformação ou, em caso negativo, admissão do recurso extraordinário e encaminhamento para o STF.





# ATUALIZAÇÃO

OG FERNANDES  
FREDERICO AUGUSTO LEOPOLDINO KOEHLER  
JACQUELINE PAIVA RUFINO  
SILVANO JOSÉ GOMES FLUMIGNAN

## LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Principais alterações da Lei 14.230/2021  
e o impacto na jurisprudência do STJ

⇒ **Anexo II – Julgamento das ADIs 7.042 e  
7.043/STF**

O presente anexo tem como objeto o julgamento das ADIs 7.042 e 7.043/STF, propostas, respectivamente, pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal - ANAPE e pela Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais - ANAFE.

Ao final do julgamento, em 31 de agosto de 2022, o Plenário do STF chegou à seguinte decisão, de acordo com o voto do Relator Min. Alexandre de Moraes, que foi vencedor em todos os pontos debatidos:

O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação direta para: (a) declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do caput e dos §§ 6º-A e 10-C do art. 17, assim como do caput e dos §§ 5º e 7º do art. 17-B, da Lei 8.429/1992, na redação dada pela Lei 14.230/2021, de modo a restabelecer a existência de legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil; (b) declarar a inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, do § 20 do art. 17 da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021, no sentido de que não existe “obrigatoriedade de defesa judicial”; havendo, porém, a possibilidade dos órgãos da Advocacia Pública autorizarem a realização dessa representação judicial, por parte da assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia dos atos administrativos praticados pelo administrador público, nos termos autorizados por lei específica; (c) declarar a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 14.230/2021; e, em consequência, declarou a constitucionalidade: (a) do § 14 do art. 17 da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021; e (b) do art. 4º, X, da Lei 14.230/2021.

Foram aprovadas as seguintes teses:

- 1) A legitimidade ativa para o ajuizamento de ação de improbidade administrativa é concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e a Fazenda Pública;
- 2) A legitimidade ativa para celebração de acordo de não persecução civil (ANPC) é concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e a Fazenda Pública;
- 3) É inconstitucional a defesa *obrigatória* do agente público pela assessoria jurídica que deu parecer favorável ao ato impugnado, podendo a lei autorizar a defesa de forma discricionária;
- 4) Inconstitucionalidade da regra de transição que autorizava o Ministério Público a assumir os processos ajuizados pela Fazenda Pública.

Por votação de 8 x 3, o STF declarou a inconstitucionalidade da legitimidade exclusiva do MP para ajuizar a ação de improbidade administrativa (art. 17 da Lei nº 14.230/2021). Pelo mesmo placar, declarou-se a inconstitucionalidade da previsão de legitimidade exclusiva do MP para celebrar acordo de não persecução civil (ANPC), previsto no art. 17-B da Lei nº 14.230/2021. A votação se repetiu no ponto em que se declarou a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 14.230/2021, o qual previa a suspensão dos processos ajuizados pela Fazenda Pública pelo prazo máximo de 1 (um) ano a partir da data de publicação da nova lei, a fim de que o Ministério Público competente manifestasse interesse em seu prosseguimento, assumindo o polo ativo da demanda. Em todos esses pontos, ficaram vencidos os Ministros Kássio Nunes Marques, Dias Tóffoli e Gilmar Mendes.

Por unanimidade – algo bastante raro no julgamento das duas ADIs e também do Tema 1.199 – julgou-se inconstitucional a previsão de defesa obrigatória do agente público pela advocacia pública quando a decisão apontada como ímproba houver se pautado em parecer jurídico (art. 17, §20 da Lei nº 14.230/2021). Decidiu o STF, no ponto, que a Administração Pública deve avaliar, caso a caso, qual a postura a ser adotada. Ou seja, poderá promover a defesa do agente público ou até mesmo encampar a acusação e buscar o ressarcimento do erário.

No capítulo I, tópico 2.1, tratamos do tema “*Legitimidade da Fazenda Pública para postular o ressarcimento após a Nova Lei de Improbidade Administrativa*”, ocasião em que divergimos do entendimento agora adotado pelo STF, por entendermos não ser verdadeira a afirmação de que a restrição da legitimidade para a ação de improbidade ao Ministério Público levaria ao monopólio do combate à corrupção. Além disso, a legitimidade exclusiva do MP não traria prejuízos ao ressarcimento do erário, pois: i) não se trata de sanção, mas apenas de pressuposto de uma das condutas de improbidade, permitindo-se, por economia processual, que seja apurado no curso da ação de improbidade; ii) nada impede que seja perseguido em demanda autônoma. Indicamos a leitura do referido tópico em que expusemos com detalhes os motivos da nossa divergência.

No capítulo II, tópico 9, examinamos o tema “*Obrigatoriedade de defesa judicial pelo parecerista*”. Na oportunidade, argumentamos que a assessoria jurídica que emitiu o parecer pode ser instada a se manifestar sobre a opinião técnica emitida, esclarecer seus fundamentos e razões, mas que obrigá-la a defender o agente público seria uma extrapolação por parte do legislador. Além disso, apontamos duas inconstitucionalidades formais: i) vício de iniciativa, pois uma lei de iniciativa do Poder Legislativo atribuiu funções a agentes

públicos do Poder Executivo; ii) violação ao federalismo, pois uma lei federal criou funções para a advocacia pública estadual e municipal. O STF adotou a mesma conclusão que defendemos no ponto, embora enfatizando apenas a inconstitucionalidade material.