

Aluizio Bezerra Filho

Processo de Improbidade Administrativa

Anotado e Comentado

5^a edição | revista
atualizada
ampliada

2023

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

1. A Improbidade Administrativa

1.1. MATRIZ CONSTITUCIONAL

A fonte originária que descreve conduta típica de ato de improbidade administrativa de agente público à frente da gestão da coisa pública é a Constituição da República, a lei fundamental do Estado brasileiro, a base de todas as demais leis.

A Carta Política no seu art. 14, § 9º, prescreve:

“lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

Trata-se, pois, da primeira manifestação da nossa Carta na defesa do patrimônio público e dos valores morais, legais e éticos no trato dos interesses da administração pública em nosso país.

Essa proteção que emana da ossatura constitucional tem como escopo resguardar o patrimônio do povo brasileiro, os bens públicos e as riquezas nacionais, construídas, mantidas e financiadas com o esforço do trabalho das pessoas físicas e os serviços das empresas na formação do nosso produto interno bruto.

O produto e o resultado dessa mobilização de forças da sociedade brasileira na perquirição do desenvolvimento nacional exigem um elevado grau de responsabilidade pública na gestão dos recursos públicos para serem otimizados na sua aplicação e que redunde em serviços públicos eficientes para a população, assim como os investimentos na infraestrutura do país sejam implementados com eficácia, almejando atingir os melhores níveis de aproveitamento, rendimento e desenvolvimento econômico e social.

Saliente-se que o brasileiro tem uma carga tributária semelhante à dos países do primeiro mundo, mas os serviços públicos postos à sua disposição, num padrão do continente africano, tudo por conta da atuação ímproba de expressivo número de agentes públicos no exercício de cargos executivos nas esferas federal, estadual e municipal.

O desperdício de verbas aplicadas em obras, produtos ou serviços desnecessários, de pouca utilidade ou de insignificante alcance social, associado ao desvio de recursos públicos com superfaturamentos, licitações forçadas ou viciadas, acrescentando-se a prática acintosa da corrupção para subtrair do patrimônio público os seus valores, têm como reflexos diretos a exclusão de direitos básicos à população de baixa renda, tais como: saúde, educação e segurança pública.

A pobreza do nosso povo e a miséria da maioria da população são resultados da cultura nociva da desonestidade, ganância e egoísmo daqueles que desfrutam da confiança popular através do sufrágio do voto, com promessas nunca cumpridas e dos seus elencos de auxiliares de malfeitores que executam as políticas públicas voltadas apenas para interesses escusos e enriquecimento próprio.

Por tudo isso, é que o constituinte de 1988 fez uma opção em desfavor dos agentes públicos desonestos, de forma direta e abrangente, para penalizá-los, recuperar e repatriar os pertences do erário.

O princípio da moralidade previsto no art. 37 da Carta Política, é a matriz dos pilares de sustentação e proteção da administração pública.

Pretende a Lei Maior, na incontestada lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, *“inibir que a administração se conduza perante o administrado de modo caviloso, com astúcia ou malícia preordenadas a submergir-lhe direitos ou embaraçar-lhe o exercício e, reversamente, impor-lhe um comportamento franco, sincero, leal”*¹.

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho assim ensina:

De um modo geral, a moralidade administrativa passou a constituir pressuposto de validade de todo ato da administração pública. Não se trata, contudo, da moral comum, mas sim da moral jurídica. E para a qual prevalece a necessária distinção entre o bem e o mal, o honesto e o desonesto, o justo e o injusto, o conveniente, o oportuno e o inoportuno, o legal e o ilegal. Não obedecendo o ato administrativo somente à lei jurídica².

Segundo a cátedra de Marino Pazzaglini Filho:

A imoralidade exsurge, pois, do próprio objeto do ato administrativo, quando esta afronta a honestidade, a boa-fé, as normas de conduta aceitas como legítimas pelos administrados, a dignidade humana e a ética. Resulta de um confronto lógico entre os meios de que se vale o agente público e os fins colimados com o ato. Adequação, compatibilidade, em uma palavra: proporcionalidade. A conduta administrativa deve ser eficiente, à medida que ao agente público é exigível o dever da boa administração, o que não significa apenas honestidade, mas, também, produtividade, profissionalismo

1. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Direito Administrativo na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 37.
2. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *In: O Controle da Moralidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 207.

e adequação técnica do exercício funcional às metas administrativas e a legalidade³.

Desse modo, qualquer conduta ilegal dolosa que acarrete lesão ao erário importa na aplicação de norma supracitada.

A reprimenda à improbidade administrativa instituiu a teoria da purificação com vistas a excluir da vida pública ou política, aqueles flagrados em ilicitude, com a perda da função e a suspensão dos direitos políticos.

A deslealdade dos agentes públicos ou políticos com suas fraquezas morais e cívicas impõe a responsabilização civil, política e administrativa visando à proteção da coisa pública e do interesse da coletividade.

Deslembra-se esses incautos agentes do subdesenvolvimento cultural de suas práticas delituosas contra o patrimônio público, a lição de Georges Ripert⁴ de que “o dever de não fazer mal injustamente aos outros é o fundamento do princípio da responsabilidade civil”; o que aniquila a lei de Gerson neste país de levar vantagem em tudo, especialmente o enriquecimento sem causa, que, à luz da norma de regência, tem o alcance de reaver todos os valores desviados, saqueados ou malversados, até dos herdeiros daqueles considerados ímprobos.

Com efeito, o espírito da lei é a composição saudável de categorias de agentes públicos idôneos que desempenhem suas atividades funcionais com eficiência e fidelidade aos princípios norteadores da administração pública, para, desta maneira, alcançar resultados positivos na gestão administrativa em favor do bem comum.

1.2. CONCEITO

O ato de improbidade retrata a noção de desonestidade, de má-fé e ilegalidade que importa no auferimento de vantagem ilícita ou que resulta em prejuízo ao erário ou que atenta contra os princípios norteadores da administração pública.

Trata-se do ato de improbidade de autoria exclusiva de agente público ou político no exercício de suas funções públicas, atuando de forma antijurídica em benefício pessoal ou em favor de outrem, mas sempre em desfavor do interesse e do patrimônio público.

O interesse público é aquele, submetido a um regime jurídico de ordem pública, resguardado por normas que primam pela preeminência do interesse público sobre o particular e, principalmente, pela indisponibilidade do direito vindicado.

Infirma-se, assim, que os atos administrativos necessariamente deverão ser primados pela escorreita formação legal, desinfluyente de qualquer eiva de vício formal, material ou subjetivo na sua consecução acoimada na cogência e inderrogabilidade das normas incumbidas de proteger os interesses públicos, proteção

3. PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Atlas, 1996. p. 50.

4. **Regra Moral nas Obrigações Cívicas**, p. 24.

que se justifica à medida que transcendem a individualidade, fazendo repercutir sua satisfação sobre o todo da coletividade, fazem com que todos, indistintamente, sejam destinatários de seus preceitos.

A Constituição da República, quando estabelece dentre os princípios norteadores da administração pública a moralidade, prescreve que o agente público ou político tem o poder-dever de agir focado nas condições impostas pelo órgão público a que presta serviços visando exclusivamente ao bem comum, em favor do interesse da coletividade.

De modo que, sendo a moralidade pública de caráter normativo conquanto é tirada do conjunto de deveres imputados funcionalmente dentro das regras de condutas pela própria administração, ao se afastar destas obrigações estatutárias, estará incorrendo em conduta definidora de improbidade por atentar contra os princípios gerais da administração pública.

Acrescente-se que, ao atentar contra o conjunto normativo regulatório da sua atividade funcional, esse comportamento antijurídico resulta na obtenção de vantagem indevida ou enriquecimento ilícito, estará incorrendo numa gradação mais gravosa da sua conduta ímproba.

Como se vê, a caracterização da conduta de improbidade reúne elementos subjetivos da vontade humana para a sua concretização, que por ação ou omissão dolosa, mas que implique em afetação ao interesse da administração pública, seja jurídico ou material, pois a moralidade pública exige do agente o seu esforço incondicional em favor do bem coletivo.

Como se vê, a caracterização da conduta de improbidade reúne elementos subjetivos da vontade humana para a sua concretização, que por ação ou omissão, dolo ou culpa, mas que implique afetação ao interesse da administração pública, seja jurídico ou material, pois a moralidade pública exige do agente o seu esforço incondicional em favor do bem coletivo.

Toda ação ou conduta de um agente público que não venha agregar valor jurídico ou econômico ao interesse público se constitui em ato de improbidade administrativa considerando-se a norma de regência, pois a postura ética inerente ao homem público e à moralidade pública estão articuladas com o princípio constitucional da eficiência.

Aliás, a mensuração do trabalho desenvolvido pelo agente público ou político é exigido pela Carta Política ao inferir dentre os seus princípios luminares da coisa pública, a prática e o resultado da eficiência, consistente na realização das atribuições funcionais com presteza, perfeição e rendimento positivo; exige melhores resultados com menos recursos, é a otimização dos valores postos à disposição para alcançar boa performance e atendimento satisfatório das necessidades do seu destinatário, o cidadão que paga elevados tributos com a sua força de trabalho, integrante ativo da sociedade contributiva dos recursos financeiros colocados nas mãos daqueles que mereceram a confiança de todos e têm o dever imperioso de lealdade para os gerir da forma mais eficaz e traduzi-los em bons serviços à população, especialmente àquele de menor poder aquisitivo que não tem acesso aos bens da civilização.

Quando se fala em ética, deve-se vislumbrar que a mesma traduz o que é bom ou o melhor para o indivíduo e para o coletivo ou para a comunidade, que deve ser observada como sendo a garantia do interesse público acima de qualquer outro destinatário menor; quando se prima pela legalidade e o interesse público, o produto desta ação gera utilidade e bem-estar à coletividade.

Os atos de improbidade administrativa são aqueles que importam em enriquecimento ilícito, ou os que causam prejuízo ao erário e os que atentam contra os princípios da administração pública.

É invariável que os atos que importam em enriquecimento ilícito geram invariavelmente danos ao patrimônio público, pois o produto financeiro que alimenta aquele decorre do desfalque, de alguma forma, dos cofres públicos.

A situação mais comum é o sobrepreço ou superfaturamento de preços de obras, produtos ou serviços para poder haver a subtração do valor que irá resultar no enriquecimento sem causa.

Outra modalidade bem catalogada pelos registros das Cortes de Conta é o pagamento de serviços não prestados ou bens, produtos ou equipamentos, de qualidade inferior ao licitado.

Consigne-se que o preço da propina é tirado dos cofres públicos; o corruptor não tem despesa alguma, ele apenas repassa o que lhe foi transferido pelo sobrepreço por qualquer forma ou manipulação de desvio de verba pública.

Mesmo que não haja prejuízo para o Poder Público, a violação dos princípios que orientam, de forma vinculada, os atos de gestão estão sujeitos à sanção pela lei de improbidade administrativa independente daquela efetiva ocorrência danosa.

Por isso, é importante assinalar que a moralidade se infere em pressuposto de toda a atuação do agente público ou político para lhe conferir legitimidade aos atos por ele praticados.

Não basta apenas cumprir a lei para seguir dentro da legalidade; hoje, além de legal, o ato deve atender ao princípio da moralidade.

A moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito do “bom administrador”, que, no dizer autorizado de Franco Sobrinho:

é aquele que usando de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum”. Há que conhecer, assim, as fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto nos seus efeitos, é para admitir a lei como regra comum e medida ajustada. Falando, contudo de boa administração, referimo-nos subjetivamente a critérios morais que, de uma maneira ou de outra, dão valor jurídico à vontade psicológica do administrador⁵.

5. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *In: O Controle da Moralidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974. p.11.

É de expressiva objetividade assinalar que a moralidade administrativa integra o direito como elemento indissociável na sua aplicação e na sua finalidade, erigindo-se em fator de legalidade. Daí por que o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que “o controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas, por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo”⁶.

Com esse julgado pioneiro, a moralidade administrativa ficou consagrada pela Justiça, como necessária à validade da conduta do administrador público.

Com efeito, ao incorrer em ato de improbidade atentando contra os princípios impostos à gestão da coisa pública, ou gerando enriquecimento ilícito ou dano ao erário, a consequência é aviltar o princípio constitucional da moralidade, elemento integrativo da legalidade do ato administrativo, a ilegalidade é manifesta.

Dessa forma, a legalidade do ato está condicionada à sua comunhão com a moralidade, sem a qual incorre em ilegalidade.

Afora a relevância da defesa da moralidade pública, deve-se afigurar de destaque que a honestidade se constitui num dever de estado permanente do agente público ou político, deflui do princípio da moralidade para representar critério essencial para a aferição da conduta daquele no exercício de sua atividade funcional, isso porque a honestidade, conjugada com a eficiência e a lealdade às instituições públicas, é o mínimo que se espera dos agentes públicos.

A gravidade da improbidade na administração pública, em todas as suas esferas de poder, vem disseminando-se e impõe uma política mais rígida de controle, assim definida por Miguel Reale: “aos olhos do homem comum o Direito é lei e ordem, isto é, um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros”⁷.

Merece registro o fato da atuação dos Tribunais de Contas e do Ministério Público quanto à apuração de atos de improbidade em prol da moralidade administrativa e da defesa do patrimônio público, mas se sabe que o esforço que o Ministério Público tem desenvolvido com a finalidade de recompor o patrimônio público e moralizar a administração, lamentavelmente, tem enfrentado óbice no âmbito do Poder Judiciário por sua morosidade judicante aliada ao formalismo processual e à falta de priorização na tramitação de feitos desta natureza.

Outro aspecto a ser enfocado sobre a desonestidade ou corrupção nos órgãos da administração pública brasileira tem a ver com a cultura que se formou ao longo dos tempos, aliás, desde o império, matriz de todas as mazelas da vida pública nacional.

Ora, a conduta de improbidade não pode ser tida por costumeira e, por isto, legitimada com a impunidade num passado ou com tolerância do presente.

6. TJSP, RDA 89/134.

7. **Lições Preliminares de Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 1-2.

Gunnar Myrdal, economista sueco, Prêmio Nobel de 1974, já em 1968 proclamava e denunciava o conceito de “folclore da corrupção”.

Myrdal demonstrou, em estudo que não cabe aqui reproduzir, que, numa sociedade em mudança, a construção de uma ideia imperfeita e fatalista da extensão das roubafeiras termina por prejudicar a moralidade pública e os esforços de servidores honrados.

É o seguinte: A ideia é que, quanto mais se divulga e passa a ideia de que a corrupção é geral, mais a corrupção aumenta. Ou, em outros termos, o folclore sobre a corrupção só interessa ao corrupto.

Por isso, certamente, é que, no Brasil, mais e mais pessoas praticam a corrupção, exatamente porque se tornou comum – e natural – dizer que “a roubafeira é geral”.

O Judiciário não pode ceder a tal despropósito.

Segundo Hely Lopes Meirelles⁸,

“A moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da administração pública (CF, art. 37, *caput*). Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da moral comum, mas se de uma moral jurídica, entendida como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”. Desenvolvendo sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto”.

E complementa:

“O certo é que a moralidade do ato administrativo juntamente com a sua legalidade e finalidade, além da sua adequação aos demais princípios, constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima. Já disse notável Jurista luso – Antônio José Brandão – que ‘a atividade dos administradores, além de traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência administrativa, terá ainda de corresponder à vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de dar a cada um o que lhe pertence – princípios de Direito Natural já lapidarmente formulados pelos jurisconsultos romanos”.

Depreende-se, portanto, que a moralidade pública deve predominar sobre todos os outros pontos de vista quando da aferição dos atos dos agentes públicos ou políticos, visto que, se não agregou valor ao interesse público, merece tratamento conservador de defesa.

8. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 87-88.

1.3. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E PENAL

Os atos de improbidade administrativa consumados não se restringem apenas às sanções da seara do art. 12 da Lei nº 8.429/1992, que penalizam os agentes públicos declarados ímprobos com a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

As referidas condutas descritas na citada norma especial resultam em danos ao patrimônio público ou violação aos princípios norteadores da administração pública, circunstância jurídica que conduzem os agentes ou funcionários na prática de crimes contra a administração pública.

Admite-se, também, que essa conduta ímproba importe no cometimento dos crimes contra as finanças públicas em relação aos agentes públicos inseridos na condição de gestores ou ordenadores de despesas públicas.

Além das condutas tipificadas nos crimes contra a administração pública, de forma isolada ou cumulada com as definidas de crimes contra as finanças públicas, tantos funcionários ou agentes públicos, de igual forma, podem ser responsabilizados penalmente pelos crimes previstos na Lei nº 14.133/2021 (Lei de Licitações).

Registre-se que a condenação por ato de improbidade administrativa se opera na esfera civil, política e administrativa, que é autônoma em relação ao campo penal, não se configurando, por conseguinte, a hipótese de duplicidade de penas pelo mesmo fato, porque são de diferentes ramos do direito.

Essa diferenciação se apresenta clara quando uma norma protege probidade administrativa e a integridade do patrimônio público com aplicação de sanção que suspende direitos políticos para afastar o indigitado agente público do âmbito da vida política e administrativa, confere a garantia ao direito imprescritível de perquirir o ressarcimento ao erário da subtração efetivada, a sua proibição de contratar com o Poder Público, inclusive na condição de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, o pagamento de multa civil e a perda da sua função pública, enquanto no campo criminal ocorre à aplicação da pena de reclusão e de multa, portanto, privativa do direito de liberdade ou, ainda, pena de detenção ou restritivas de direito.

Essa distinção entre sancionamento por ato de improbidade administrativa e a reprimenda penal está delineada pela Constituição Federal cujo dispositivo está assim redigido:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ [...]

§ 4º – 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.

O texto constitucional não permite outra leitura literal no sentido de que a lei especial preceitua as sanções de suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, medidas repressivas no campo civil, administrativo e do direito político para aqueles que se conduzirem de forma desonesta ou com má-fé no trato da coisa pública, sem prejuízo da ação penal cabível. Portanto, a conduta ilícita reclama a ação político-administrativa e a criminal.

Sobre a temática de validade das sanções civis previstas na aludida norma, o STF assim decidiu:

“As sanções civis impostas pelo art. 12 da Lei 8.429/1992 aos atos de improbidade administrativa estão em sintonia com os princípios constitucionais que regem a administração pública.” (RE 598.588-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 2-2-2010, Segunda Turma, DJE de 26-2-2010.)

Dessa forma, a Carta Política ao estabelecer, além das reprimendas no âmbito civil, administrativo e dos direitos políticos, na forma e gradação previstas em lei, no caso, tratando das sanções aos atos de improbidade administrativa descreve as condutas e situações para sua aplicação, que “*sem prejuízo da ação penal cabível*”, para instituir autonomia na responsabilização penal derivada do malfeito cometido.

Aqui o legislador constituinte acresceu que, além das sanções civis, o agente público flagrado em malfeitos na administração pública responde também na esfera da ilicitude penal pela conduta imputa assemelhada tipificada por norma criminal, seja do Código Penal ou de lei especial ou esparsa vigente no ordenamento jurídico.

Como se vê, é a própria Constituição que define a responsabilização do ato de improbidade perpetrado com sanções civis, sem prejuízo da ação penal cabível oriunda do mesmo ato ou conduta do agente ou funcionário público, cuja tipificação se enquadre na norma penal ordinária ou especial.

Com efeito, havendo identidade dos ilícitos administrativos com as condutas penais, descritas no rol dos crimes contra a Administração Pública, crimes contra as finanças públicas e a aquelas definidas na Lei de Licitação, é dever do órgão do Ministério Público promover a ação penal pública incondicional, denunciando os autores do ato de improbidade administrativo.

Diferentemente das sanções civis, políticas ou patrimoniais impostas pela procedência da ação de improbidade administrativa, a ação penal importará na aplicação da pena privativa de liberdade, além de multa, portanto, são resultados da mesma conduta fática, mas com reprimendas revestidas de conteúdos expiatórios diferenciados em campos de aplicação diversos.

CONSTITUCIONAL. AUTONOMIA DE INSTÂNCIAS. POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL E POLÍTICA ADMINISTRATIVA (DL 201/1967) SIMULTÂNEA À POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, DEVIDAMENTE TIPIFICADO NA LEI 8.429/92. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. 1. “Fazem muito mal à República os políticos corruptos, pois não apenas se impregnam de vícios eles mesmos, mas os infundem na sociedade, e não apenas a prejudicam por se corromperem, mas também porque a corrompem, e são mais nocivos pelo exemplo do que pelo crime” (MARCO TÚLIO CÍCERO. Manual do candidato às eleições. As leis, III, XIV, 32). 2. 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 de-terminação 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 o 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. 3. A Constituição Federal inovou no campo civil para punir mais severamente o agente público corrupto, que se utiliza do cargo ou de funções públicas para enriquecer ou causar prejuízo ao erário, desrespeitando a legalidade e moralidade administrativas, independentemente das já existentes responsabilidades penal e político-administrativa de Prefeitos e Vereadores. 4. Consagração da autonomia de instâncias. Independentemente de as condutas dos Prefeitos e Vereadores serem tipificadas como infração penal (artigo 1º) ou infração político-administrativa (artigo 4º), previstas no DL 201/67, a responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa é autônoma e deve ser apurada em instância diversa. 5. NEGADO PROVIMENTO ao Recurso Extraordinário. TESE DE REPERCUSÃO GERAL: “O processo e julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-lei 201/67) não impede sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992, em virtude da autonomia das instâncias”. (RE 976566, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 13/09/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-210 DIVULG 25-09-2019 PUBLIC 26-09-2019)

1.4. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E PENAL: AUTÔNOMAS

Os princípios constitucionais norteadores da administração pública inferidos no art. 37 da Constituição da República constituem-se na tutela da probidade administrativa, um pressuposto de agir em consonância dos valores da honestidade, eficiência e moralidade, imposto a todo agente público no exercício de suas funções públicas.

Convém ressaltar que a prerrogativa da discricionariedade compreendida na essência da liberdade de ação administrativa na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo, deve-se portar dentro dos limites da permissibilidade

2. Parte Especial

2.1. A NATUREZA SANCIONADORA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei de Improbidade Administrativa no seu art. 4º estabelece a aplicação dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador, que em paralelo ao Direito Penal abrangem o conjunto do poder punitivo do Estado.

São sanções que extrapolam largamente os domínios do Direito Civil e Administrativo, para se situar no campo penal por ser de Direito Sancionador.

Nesse sentido, esta Lei preceitua que a ação de improbidade é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal (Art. 17-D), e que não se constitui de ação civil.

Com efeito, assenta a natureza penal ao excluir a sua índole de ação civil para ser considerada de repressão e de penalidade.

Sinale-se que pena é a imposição da perda ou diminuição de um bem jurídico prevista em lei e aplicada pelo órgão judiciário, a quem praticou um ilícito Penal. E tem finalidade retributiva ao impor uma privação de bem jurídico ao violador da norma penal⁴².

Bettiol⁴³ conceitua pena como: “*Consequência jurídica do crime, ou seja, a sanção prefixada pela violação de um preceito penal*”.

E Heleno Cláudio Fragoso⁴⁴, diz que a pena: “É a perda de bens jurídicos imposta pelo Órgão da justiça a quem comete crime. Trata-se da sanção característica do Direito Penal, em sua essência retributiva”.

“É uníssona a doutrina no sentido de que, quanto aos aspectos penais da lei de improbidade, impõe-se exegese idêntica à que se empreende com relação às figuras típicas penais, quanto à necessidade de a improbidade colorir-se de atuar imoral com feição de corrupção de natureza econômica”, leciona o Ministro Luiz Fux⁴⁵.

Com efeito, trata-se de ação cível com cunho penal diante da veiculação inegável de seus efeitos sancionatórios que são próprios da jurisdição penal em razão da perda ou suspensão de bens jurídicos tutelados pelo Direito.

42 Delmanto. Celso. Código Penal Comentado. São Paulo: Renovar. 2002, p. 67

43 Bettiol, in Kuehne, 2003, p. 24.

44 Fragoso, in Kuehne, 2003, p. 24.

45 (STJ – REsp 721.190/CE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/12/2005, DJ 13/02/2006, p. 696)

Assinale-se, por oportuno, que inexistente diferença relevante entre pena e sanção. Esta é uma punição ou pena correspondente à violação de uma lei, e aquela é a sanção imposta pelo Estado ao acusado culpado por crime.

A pena de multa é uma sanção penal consistente no pagamento de um valor em pecúnia previsto em lei e aplicada pelo órgão judiciário e, intransmissível, nos termos do art. 5º, XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

A repressão à improbidade administrativa objetiva a mesma reprovação aos crimes contra à administração pública, porquanto se trata de Direito Sancionador.

O Direito Sancionador tutela os bens jurídicos tratados na Constituição Federal no que se refere ao exercício da função ou cargo público, resultando na punição às condutas ilícitas com sanções previstas em lei.

A presente Lei de Improbidade Administrativa contém vários princípios da sanção penal, tais como: a) legalidade e anterioridade da lei; b) pessoalidade e individualização da sanção; c) proporcionalidade em razão da extensão do dano; d) proibição de dupla punição pelo mesmo fato; e, e) jurisdicionalidade porque só o Judiciário pode impor sanção e executá-la, observando-se as garantias fundamentais.

Dessa forma, aplica-se no processo de improbidade administrativa o princípio da presunção de inocência, do direito ao silêncio e a proibição da autoincriminação quando em depoimento de interrogatório na esfera administrativa ou jurisdicional, situações típicas de natureza penal.

Saliente-se, por fim, que a Constituição Federal estabelece:

Art. 5º [...] XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

Dessa maneira, mostra-se indubitosa que as sanções por ato de improbidade são de natureza penal pela definição constitucional das penas que exigem individualização para suas aplicações, porque estão inseridas no rol da Constituição Federal por sua própria descrição.

Destaque-se que a Lei de Improbidade Administrativa encampou princípios da dogmática penal ao igualar situações assemelhadas, tais como, o princípio da culpabilidade (artigo 59 do Código Penal e artigo 17-C da LIA); da proporcionalidade; da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI, da CF); do instituto da continuidade delitiva e do concurso de crimes (artigos 69, 70 e 71 do Código Penal e artigo 18-A da LIA).

Assim como nesta Lei, o Código Penal e de Processo Penal, igualam tipificações idênticas de tratamento normativo que demonstram a similitude do Direito Sancionador e do Direito Penal.

Inferindo-se, assim, que o Direito Administrativo Sancionador é embasado nos princípios instrumentais de controle do poder punitivo estatal em situação idêntica aos regramentos do Direito Penal.

2.2. A RETROATIVIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Como exposto acima, a Lei de Improbidade Administrativa é essencialmente de índole penal em razão da sua natureza sancionatória da perda de bens jurídicos como suspensão dos direitos políticos, a perda de função pública, a proibição de contratar com o poder público ou dele receber subvenções públicas, e ainda, a pena de multa.

A presente Lei de Improbidade Administrativa contém na sua normatividade diversas situações que são mais favoráveis ao representado/réu, do que a norma anterior.

Traz consigo circunstâncias, parâmetros e critérios objetivos que proporciona mais segurança jurídica na apuração da responsabilidade e culpabilidade do agente, que no seu contexto resulta em benefícios jurídicos ao representado/réu.

Dentre outras inovações, registre-se a exclusão da culpa para fins de conduta típica, e a necessária demonstração da presença do dolo como pressuposto para sua configuração, a previsão de restrição para perda da função pública, atos de menor ofensa aos bens jurídicos tutelados, dedução do ressarcimento nas instâncias criminal, cível e administrativa tendo por objeto os mesmos fatos, o limite do valor de indisponibilidade, aplicação da revelia, da apuração do valor do ressarcimento serão descontados os serviços efetivamente prestados, os efeitos das sentenças penais na ação de improbidade administrativa pelos mesmos fatos, assim como a absolvição criminal por órgão colegiado e a contagem do prazo prescricional.

Nesse contexto, merece realce a condenação de suspensão dos direitos políticos por infração ao art. 11 pela lei antiga, visto que a nova lei aboliu esse tipo de sanção, configurando-se assim, hipótese adequada de aplicação da retroatividade para anulação dessa condenação.

Sobreleva assinalar que a suspensão dos direitos políticos é uma pena de severa intensidade e repercussão no exercício da cidadania, que se mostrava desproporcional à infração ao art. 11, ou seja, aos princípios norteadores da administração pública.

Também foram abolidas as condutas típicas dos incisos I e II, do art. 11 desta Lei.

A entrada em vigor da lei nova (posterior), que deixa de considerar o fato como ilícito (*abolitio illicitus*) é uma das causas de extinção da punibilidade, ensejando a exclusão da sanção da suspensão dos direitos políticos por infração ao art. 11 da norma de regência.

Todos esses elementos de convicção e novo ambiente conjuntural, conduzem ao entendimento de que a lei posterior é mais benéfica do que a anterior, projetando, portanto, o fenômeno da extratividade de natureza penal, na sua categoria da retroatividade, que é aplicação de uma lei nova penal benéfica a um fato ou ilícito penal acontecido antes da sua vigência.

O evento da retroatividade está previsto na Constituição Federal quando assegura (art. 5º – XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu).

Com efeito, tratando-se de diploma legal mais favorável ao acusado, de rigor à aplicação da Lei posterior mais benéfica, porquanto o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República, deve também alcançar as leis que disciplinam o processo administrativo disciplinar.

Nessa linha, as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Reconhece-se a natureza administrativa de uma infração pela natureza da sanção que lhe corresponde, e se reconhece a natureza da sanção pela autoridade competente para impô-la. Não há, pois, cogitar de qualquer distinção substancial entre infrações e sanções administrativas e infrações e sanções penais. O que as aparta é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção, conforme correto e claríssimo ensinamento, que boamente sufragamos, de Heraldo Garcia Vitta. (Curso de Direito Administrativo, 32ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2015, p. 871, destaque meu).

Entretanto, na hipótese de se vislumbrar qualquer interesse teológico de aplicação restrita da retroatividade daquelas previstas no Código Penal, por falta de previsão no âmbito civil, pode-se, alargar essa interpretação míope para alcançar a sua aplicação por analogia, como preconiza a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Analogia é a comparação direta e explícita entre campos distintos com semelhança entre os mesmos fatos, cujo método de interpretação jurídica é utilizado diante da ausência de uma normal legal que regula situações idênticas ao que será julgado.

Ainda com relação ao princípio da analogia destaque-se que “*a primeira e mais importante recomendação, nesse caso, é de que, em tese, qualquer preceito isolado deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema*”⁴⁶.

E que “O fim é a causa final ou aquilo em razão do qual algo se faz.”⁴⁷

É indubitosa a essencialidade penal das sanções de improbidade pela perda de direitos e bens jurídicos, inclusive a pena de multa.

Mas se no âmbito civil não há previsão de retroatividade da lei mais benéfica e há no campo penal, aplica-se esta, até porque é imperativo ao juiz aplicar a lei para atender aos fins sociais (art. 5º da LINDB).

Acreditamos que fins sociais são resultantes das linhas mestras traçadas pelo ordenamento político e visando ao bem-estar e à prosperidade do indivíduo e da sociedade, enfim a realização da justiça como instrumento da solução de conflitos para as pessoas.

46 Tercio Sampaio Ferraz Jr., p. 285.

47 Aristóteles, *Ética a Nicômaco*. VII, 8, 1151, apud Maria Helena Diniz, op. cit, p. 162.

Não é demais afirmar que a Lei de Introdução ao Código Civil é uma *lex legum*, ou seja, um conjunto de normas sobre normas, constituindo um direito sobre direito, um superdireito, um direito coordenador de direito, regendo não as relações de vida, mas sim as normas, já que indica como interpretá-las e aplicá-las.⁴⁸

Como se vê, deve a aplicação da lei deve seguir a evolução dos fenômenos jurídicos e sociais para atender a sua finalidade de distribuição de justiça e preservação dos direitos supervenientes tutelados.

Sobre esse enfoque, Carlos Maximiliano assenta:

Desapareceu nas trevas do passado o método lógico, rígido, imobilizador do Direito: tratava todas as questões como se foram problemas de Geometria. O julgador hodierno preocupa-se com o bem e o mal resultantes do seu *verdictum*. Se é certo que o juiz deve buscar o verdadeiro sentido e alcance do texto; todavia este alcance e aquele sentido não podem estar em desacordo com o fim colimado pela legislação – o bem social.⁴⁹

Não como se admitir nos tempos modernos, como já alardeava IHERING, “o retorno aos tribunais da Idade Média, em que as decisões judiciais não estavam em harmonia com o sentido jurídico do povo, pois é no vigor, na energia do sentimento jurídico de cada cidadão, que possui o Estado o mais fecundo manancial de força, a garantia mais segura da sua própria duração. O sentimento jurídico é a raiz de toda árvore; se a raiz nada vale, tudo o mais não passa de uma miragem. Venha uma tempestade e toda a árvore será arrancada pela raiz”.⁵⁰

Depreende-se, dessa forma, que o princípio da retroatividade da lei deve ser aplicado nos casos em que ficar evidenciado benefícios em favor do representado/réu julgado ou em tramitação sob à égide da lei antiga, mas que à luz da nova norma lhe favorece do ponto de vista da sua situação jurídica.

A respeito dessa temática, infere-se a reprodução dos seguintes precedentes:

- Com a edição da Lei nº. 14.230/2021, que modificou substancialmente a lei de improbidade administrativa, encontra-se a necessidade de demonstração de dolo em todas as condutas descritas como improbas, constituindo norma de caráter benéfico ao acusado. – O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que ao direito administrativo sancionador aplicam-se as disposições relativas à retroatividade da lei mais benéfica. – Se para beneficiar o réu, a nova tipologia normativa dos atos de improbidade administrativa e de suas sanções, por força do art. 5.º, caput, XL da Constituição, cumulado com o artigo 1.º, § 4.º, da Lei 8.429/1992 (na redação da Lei 14.230/2021), aplica-se aos atos praticados antes de sua vigência e aos pro-cessos em curso, pois, quanto a este dispositivo legal: “Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador”. –Apesar de o STF ter admitido o Tema n. 1.199 sob o rito de repercussão geral, o relator do ARE 843.989/PR, Min. Alexandre de Moraes, entendeu pela desnecessidade de sobrestamento dos

48 Maria Helena Diniz, *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*, p. 4.

49 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001. 129-130.

50 Rudolf Von Ihering, op. cit., p. 60-5, passim.

processuais que atualmente tramitam nas instâncias ordinárias. – A nova Lei de Improbidade, alterada pela Lei n. 14.230/21, revogou expressamente os incisos I e II do art. 11, caracterizando, desta forma, a inegável extirpação das condutas antes descritas como ilícitas. – Não pode mais ser considerado ato ímprobo, a caracterizar as penas do art. 12, III, da LIA, “praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência” ou “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício”, de sorte que a nova lei de improbidade administrativa (nº 14.230/2021) promoveu a abolição ilicita, deixando assim, tais condutas serem típicas de improbidade administrativa. (TJPB – 0802108-76.2019.8.15.0141, Rel. Des. José Ricardo Porto, APELAÇÃO CÍVEL, 1ª Câmara Cível, juntado em 31/08/2022)

- “A nova lei de improbidade administrativa define a sua natureza de direito sancionador, repressivo, não sendo ação civil. Por ser mais benéfica, tem aplicação retroativa em observância à garantia fundamental descrita na Constituição Federal e protegida pela Convenção Americana de Direitos Humanos, do qual o Brasil é signatário, cujo dispositivo tem eficácia de norma constitucional. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NORMA SUPERVENIENTE. REVOGAÇÃO DOS INCISOS I e II DO ART. 11. INEXISTÊNCIA DE CONDOTA TÍPICA ILÍCITA. REJEIÇÃO DA AÇÃO. – A lei superveniente que revoga dispositivo que definia a conduta típica ilícita, abolindo-a do mundo jurídico, tem aplicação retroativa para declarar a improcedência da ação. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NORMA SUPERVENIENTE. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. LEI MAIS BENÉFICA. DIREITO SANCIONADOR. SEMELHANÇA. DIREITO PENAL. EXTENSÃO DO JUS PUNIENDI ESTATAL. SISTEMA CRIMINAL. GARANTIA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. DIREITO CONSTITUCIONAL. CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. BRASIL. SIGNATÁRIO. EQUIVALÊNCIA NORMA CONSTITUCIONAL. APLICABILIDADE. – Por força normativa a nova lei de improbidade administrativa é de Direito Sancionador, repressivo, punitivo e, não é direito civil, constituindo-se numa extensão do jus puniendi estatal e do sistema criminal, sendo aplicável por ser mais benéfica ao agente, de modo que, a prescrição intercorrente preceituada tem aplicabilidade por atender à garantia da duração razoável do processo e atender à Convenção Americana dos Direitos Humanos, do qual o Brasil é signatário, e tem imperativo de norma constitucional. VISTOS, relatados e discutidos estes autos, acima identificado: (TJPB – 0001722-03.2009.8.15.0021, Rel. Des. Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti Maranhão, APELAÇÃO CÍVEL, 1ª Câmara Cível, juntado em 10/06/2022)
- “O art. 5º, XL, da Constituição da República prevê a possibilidade de retroatividade da lei penal, sendo cabível extrair-se do dispositivo constitucional princípio implícito do Direito Sancionatório, segundo o qual a lei mais benéfica retroage no caso de sanções menos graves, como a administrativa. Precedente. (STJ – AgInt no REsp 1602122/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018).
- RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSUAL. EFEITO DEVOLUTIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENALIDADE DE SUSPENSÃO. SUCESSÃO DE LEIS. LEGALIDADE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. O efeito devolutivo do recurso ordinário não alcança questão de mérito estranha aos autos, que não foi apreciada pela decisão recorrida nem alegada na inicial. Constitui regra a aplicação da norma vigente à época dos fatos que regula. A retroatividade da lei que prevê penalidades só tem lugar quando do benefício, necessariamente, a condição do acusado. No caso, a lei nova que prevê pena máxima de trinta dias de suspensão a exemplo da lei revogada e pena mínima mais elevada que a norma antiga. Recurso a que se nega provimento. (RMS 12.539/TO, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2004, DJ 01/07/2004, p. 278.)
- ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. PODER DE POLÍCIA. SUNAB. MULTA ADMINISTRATIVA. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. POSSIBILIDADE. ART. 5º, XL, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRINCÍPIO DO DIREITO SANCIONATÓRIO. AFASTADA A APLICAÇÃO DA MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. I. O art. 5º, XL, da Constituição da República prevê a possibilidade de retroatividade da lei penal, sendo cabível extrair-se do dispositivo

constitucional princípio implícito do Direito Sancionatório, segundo o qual a lei mais benéfica retroage. Precedente. II. Afastado o fundamento da aplicação analógica do art. 106 do Código Tributário Nacional, bem como a multa aplicada com base no art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil. III. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1153083/MT, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 19/11/2014).

- RETROATIVIDADE DA NORMA. POSSIBILIDADE. “Conforme o Princípio da proibição de retroatividade normativa gravosa, a Lei não retroage para prejudicar direitos subjetivos ou situações jurídicas consolidadas, mas somente para favorecer os seus titulares, como é da mais corriqueira sabença, inclusive por se tratar de preceito gerado nos arraiais do Direito Sancionador, com a mais intensa carga garantística, sobretudo no Direito Penal. Na espécie, estamos diante de Direito Sancionador Administrativo, consubstanciado na imposição de multas pelo PROCON/MG. Por essa razão, a norma moderna mais favorável deve retroagir para não só permitir a prática desde a sua vigência, como também para afastar a exigibilidade das penas determinadas em contrariedade à inovação legislativa.” (AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 478.855/MG – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho).
- “Tendo o agente sido condenado nas iras do art. 157, §2º, I (emprego de arma branca), deve a lei 13.654/18 retroagir no presente caso, tendo em vista que se trata de lei posterior mais benéfica, vez que esta decotou expressamente a referida causa de aumento. Princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, art. 5º, XL, da Constituição Federal”. (TJMG - Agravo em Execução Penal 1.0525.14.001915-5/001, Relator(a): Des.(a) Sálvio Chaves, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 24/07/2019, publicação da súmula em 02/08/2019)
- “Nos termos do parágrafo único do artigo 2º do Código Penal, “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. Tendo em vista que o fato analisado nos autos ocorreu em 06/03/2018, ele resta alcançado pelo disposto no artigo 4º da Lei nº 13.654/2018. (TJDFT – Acórdão 1160608, 20181010007529APR, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Revisor: SILVANO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 21/3/2019, publicado no DJE: 1/4/2019. Pág.: 145/172)
- “O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que norma que altera a natureza da ação penal não retroage, salvo para beneficiar o réu”. (STJ. 6ª Turma. HC 182714-RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/11/2012).
- HABEAS CORPUS. CRIMINAL. HC. DIMINUIÇÃO DO QUANTUM DA MAJORANTE. LEX MITIOR. NORMA DE NATUREZA PENAL. RETROATIVIDADE. INSTITUTO MAIS BENÉFICO AO ACUSADO. AUMENTO DE 1/6 QUE DEVE SER APLICADO AO CASO. ORDEM CONCEDIDA. “A lei mais benéfica deve retroagir aos fatos anteriores à sua vigência, de acordo com o art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, e art. 2º, parágrafo único, do Código Penal. Enquanto a Carta Magna não condiciona temporalmente a retroatividade da lei penal mais benigna, o Código Penal ressalva que, mesmo na hipótese de trânsito em julgado da decisão condenatória, de qualquer modo, a lei posterior mais favorável deve ser aplicada aos fatos anteriores”. (STJ – HC 171.699/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 29/03/2012)
- “A recente jurisprudência da Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça firmou a compreensão no sentido da impossibilidade de combinação das leis nº 6.368/1976 e nº 11.343/2006. Nada impede, no entanto, que a novel legislação seja utilizada por inteiro, verificando-se em cada caso se a causa de diminuição prevista no parágrafo 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/2006, aplicada ao preceito secundário da nova lei, resulta em situação mais favorável ao acusado, respeitado, assim, o princípio da retroatividade da lei penal mais benigna. (STJ – HC 126.838/SP, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 22/06/2011)

- DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA AO ACUSADO. APLICABILIDADE. EFEITOS PATRIMONIAIS. PERÍODO ANTERIOR À IMPETRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 269 E 271 DO STF. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973. II – As condutas atribuídas ao Recorrente, apuradas no PAD que culminou na imposição da pena de demissão, ocorreram entre 03.11.2000 e 29.04.2003, ainda sob a vigência da Lei Municipal n. 8.979/79. Por outro lado, a sanção foi aplicada em 04.03.2008 (fls. 40/41e), quando já vigente a Lei Municipal n. 13.530/03, a qual prevê causas atenuantes de pena, não observadas na punição. III – Tratando-se de diploma legal mais favorável ao acusado, de rigor a aplicação da Lei Municipal n. 13.530/03, porquanto o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República, alcança as leis que disciplinam o direito administrativo sancionador. Precedente. IV – Dessarte, cumpre à Administração Pública do Município de São Paulo rever a dosimetria da sanção, observando a legislação mais benéfica ao Recorrente, mantendo-se indenes os demais atos processuais. V – A pretensão relativa à percepção de vencimentos e vantagens funcionais em período anterior ao manejo deste mandado de segurança, deve ser postulada na via ordinária, consoante inteligência dos enunciados das Súmulas n. 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. VI – Recurso em Mandado de Segurança parcialmente provido. (RMS 37.031/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 20/02/2018)
- Não há retroatividade da lei mais benigna para alcançar pena já cumprida. [RE 395.269 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, j. 10-2-2004, 2ª T, DJ de 5-3-2004.]
- Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna. [Súmula 611]
- “A lei posterior que beneficiar o réu, cominando ao fato pena menos rigorosa, deve incidir imediatamente nos processos em andamento” (TAPR -AC – Rel. Abraão Miguel – RT 508/433).
- Pontes de Miranda comentando o § 16, 2º parte da CF, “enquanto não se executou toda a pena, enquanto pode ser beneficiado o condenado, a lei nova incide; e pode, portanto, ser invocada. É o caso para revisão criminal” (autor cit, Comentários à Constituição de 1967 – com a Emenda n. I, de 1962, 2ª.Ed., t. V/249).
- Os efeitos da lei penal nova devem ser apreciados no juízo da execução (STF, RTJ 122/444, 115/1142; STJ, REsp 1.953, DJU 2.4.90, P. 2461; TJSP, RT 641/333). No caso de improbidade administrativo, o juízo da vara onde foi julgado o processo.
- Progressão de regime – Lei 13.964/2019 (pacote anticrime) – *novatio legis in mellius* – lacuna normativa – interpretação extensiva favorável ao sentenciado – aplicação retroativa. “1. Por força do disposto no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal e no artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal, tem aplicação o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, mesmo no caso de condenações com sentença transitada em julgado. 2. O inciso V do artigo 112 da Lei de Execuções Penais (com a redação determinada pela Lei nº 13.964/2019) estipulou o percentual para a progressão de regime de 40% aos condenados por crime hediondo ou equiparado, sem resultado morte, que sejam primários. Por outro lado, o inciso VII do artigo 112 da Lei de Execuções Penais (com a redação determinada pela Lei nº 13.964/2019), menciona o percentual de 60% (sessenta por cento) para os condenados reincidentes na prática de crime hediondo ou equiparado. 3. A lacuna normativa dos dispositivos legais acrescentados pela Lei nº 13.964/2019 deve ser interpretada de forma benéfica ao sentenciado, devendo ser aplicados, aos condenados que ostentam reincidência não específica, o percentual de 40% (quarenta por cento), para a progressão de regime,

quando se tratar de condenação por crime hediondo ou equiparado sem resultado morte. 4. Na espécie, o sentenciado faz jus à aplicação retroativa do artigo 112, incisos V, da Lei nº 7.210/84 (com redação determinada pela Lei nº 13.964/2019), por ser mais benéfica, visto que, condenado pelo crime de tráfico de drogas e outros delitos, não restou caracterizada a reincidência específica em crime hediondo ou equiparado.” (TJDFT – Acórdão 1330965, 07416216620208070000, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Câmara Criminal, data de julgamento: 7/4/2021, publicado no PJe: 19/4/2021).

- Estupro de vulnerável – aplicação retroativa da Lei 12.015/2009 – retroatividade da lei penal mais benéfica. “3. Na redação atual do artigo 213 do Código Penal, trazida com o advento da Lei nº 12.015/2009, o crime de atentado violento ao pudor passou a integrar o tipo penal do crime de estupro, tornando-se delito de ação múltipla. 4. “Tratando-se de estupro de vulnerável, a norma da Lei nº 12.015/2009 que regeria a conduta do condenado, se esta tivesse ocorrido sob sua vigência, seria a do art. 217-A e não a do art. 213 do Código Penal. Ainda que o novo tipo penal comine penas em abstrato superiores às previstas na redação pretérita dos artigos 213 e 214 do Código Penal, a possibilidade de unificação pode levar a pena inferior ao resultado da condenação em concurso material pela lei anterior.” (TJDFT – Acórdão 1322477, 07123934620208070000, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, Câmara Criminal, data de julgamento: 3/3/2021, publicado no PJe: 18/3/2021).
- RAMO DO DIREITO DIREITO PROCESSUAL PENAL TEMA Execução penal. Progressão de regime. Alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Diferenciação entre reincidência genérica e específica. Ausência de previsão dos lapsos relativos aos reincidentes genéricos. Lacuna legal. Integração da norma. Aplicação dos patamares previstos para os apenados primários. Retroatividade da lei penal mais benéfica. Tema 1084. (STJ – REsp 1.910.240-MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 26/05/2021, DJe 31/05/2021. (Tema 1084)
- RAMO DO DIREITO DIREITO ADMINISTRATIVO TEMA Concurso Público. Polícia militar. Sindi-cância de vida progressa. Controle judicial do ato administrativo. Possibilidade. Declaração realizada pelo próprio candidato. Uso de drogas na juventude. Fato ocorrido há vários anos. Posterior ingresso no serviço público. Cargo de professor. Razoabilidade e proporcionalidade do ato restritivo. Reexame. Cabimento. (STJ – REsp 1.806.617-DF, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, por unanimidade, julgado em 01/06/2021.

2.3. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL OU SANCIONADORA ALCANÇA A COISA JULGADA

Convém assinalar que a retroatividade da lei sancionadora mais benéfica alcança a coisa julgada por força do inciso XL, do art. 5º da Constituição Federal, quando diz que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, assim como, por outro dispositivo constitucional, no caso, o inciso XLVI, que estabelece “a individualização da pena”.

Neste aspecto leciona Celso Delmato que, “tratando-se de norma penal mais benéfica, a regra a ser aplicada é a da retroatividade. Isso pode acontecer em duas hipóteses:

- a) O fato não é mais considerado crime pela nova lei (abolitio criminis- art. 2º, *caput*, CP).
- b) A lei nova, de alguma forma, beneficia o agente (*lex mitior* – art. 2º, parágrafo único. CP)”.

Portanto, em caso de lei mais benéfica, há retroatividade, quando ela for posterior ao fato, ou há ultratividade, quando for anterior e se tratar de crime continuado”. (Código Penal comentado. 8º ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P.84).

Depreende-se, assim, que os institutos da *abolitio criminis* (extinção do crime anterior por nova lei) e *lex mitior* (nova lei que, de qualquer modo, beneficia o réu) podem ser empregados na fase de execução da pena, portanto, após o trânsito em julgado da sentença, desde que a retroatividade beneficie o condenado.

Nesse sentido, impende-se a transcrição da seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal:

- EMENTAS: 1. RECURSO. Extraordinário. Criminal. Fundamentação deficiente. Razões não coincidentes com os termos da questão decidida. Impossibilidade de cognição. Recurso não conhecido. Aplicação da súmula 284. Precedente. Não se conhece de recurso extraordinário cujas razões não guardem pertinência com os termos da questão decidida no acórdão impugnado. 2. PENA. Criminal. Prisão. Regime de cumprimento. Fase de execução. Aplicação de lei superveniente mais benigna. Admissibilidade. Existência de coisa julgada material. Irrelevância. Eficácia operante sob cláusula rebus sic stantibus. Crime hediondo. Progressão de regime. Direito reconhecido. Aplicação da Lei nº 11.464/2007, que deu nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, tido por inconstitucional. Declaração de inconstitucionalidade que beneficia o réu. Precedentes. HC concedido de ofício. Inteligência do art. 5º, XLVI, da CF, e 65 e seguintes da LEP, e da súmula 611. O trânsito em julgado de sentença penal condenatória não obsta à aplicação, no processo de execução, de lei superveniente mais benigna sobre o regime de cumprimento da pena, nem a fortiori à eficácia imediata de declaração de inconstitucionalidade que do mesmo modo beneficie o condenado. (STF – RE 534384 – 2ª Turma – rel. min. Cezar Peluso – j. 21/20/2008)

Extrai-se do voto do e. relator a seguinte manifestação judiciosa:

“A alteração do regime de cumprimento da pena, na fase da execução, não ofende a coisa julgada, cuja garantia deve ser conciliada com outro princípio constitucional, o da individualização da pena, previsto no art. 5º, inc. XLVI, da Constituição da República. Com o propósito de harmonizar tais princípios, esta Corte editou a súmula 611, que diz:

“Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna”

Ora, se até a lei nova mais benigna tem aplicação imediata nos casos em que haja sentença condenatória transitado em julgado, com razão maior terá imediata aplicação da declaração de inconstitucionalidade que resulte em benefício para o réu. É o que ocorre no caso.

É que “a sentença condenatória não é estática, mas dinâmica”, como reconhece a doutrina,⁵¹ ficando reservado ao juízo da execução o dever de promover a correta individualização da pena, conforme o disposto nos arts. 65 e seguintes da Lei de Execução Penal

51 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. P. 941

O Superior Tribunal de Justiça segue a mesma linha de entendimento:

- A norma que altera a natureza da ação penal não retroage, salvo para beneficiar o réu. A norma que dispõe sobre a classificação da ação penal influencia decisivamente *o jus puniendi*, pois interfere nas causas de extinção da punibilidade, como a decadência e a renúncia ao direito de queixa, portanto tem efeito material. Assim, a lei que possui normas de natureza híbrida (penal e processual) não tem pronta aplicabilidade nos moldes do art. 2º do CPP, vigorando a irretroatividade da lei, salvo para beneficiar o réu, conforme dispõem os arts. 5º, XL, da CF e 2º, parágrafo único, do CP. Precedente citado: HC 37.544-RJ, DJ 5/11/2007. HC 182.714-RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/11/2012.

2.4 A (ir)retroatividade da Lei de Improbidade Administrativa sob a ótica do STF

O Supremo Tribunal Federal considerando a relevância da temática decidiu reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional para 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.

Submetida ao plenário da Corte, a matéria ganhou a seguinte decisão:

Tema: 1199

Título: 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.

Descrição: Recurso extraordinário em que se discute, à luz do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, a prescribibilidade dos atos de improbidade administrativa imputados à recorrente, por alegada conduta negligente na condução dos processos judiciais em que atuava como representante contratada do INSS, sem demonstração do elemento subjetivo dolo (Temas 666, 897 e 899 do STF). Delimita-se a temática de repercussão geral em definir se as novidades inseridas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992, com as alterações dadas pela Lei 14.230/2021) devem retroagir para beneficiar aqueles que porventura tenham cometido atos de improbidade administrativa na modalidade culposa, inclusive quanto ao prazo de prescrição para as ações de ressarcimento.

Extrai-se, assim, que as teses, de forma detalhadas, de repercussão geral fixadas foram as seguintes:

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;

3. Lei nº 8.429/1992 atualizada pela Lei nº 14.230/2021

Capítulo I Das Disposições Gerais

3.1. DA RESPONSABILIDADE E TIPIFICAÇÃO DOLOSA

Art. 2º A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, passa a vigorar com as seguintes alterações: (Redação dada pela Lei nº 14.230 de 2021)

“Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei. (incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Parágrafo único. (Revogado).

§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais. (incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente. (incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 3º 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. (incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador. (incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 5º 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 da administração direta e indireta, no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. (incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 6º Estão sujeitos às sanções desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade privada que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais, previstos no § 5º deste artigo. (incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 7º Independentemente de integrar a administração indireta, estão sujeitos às sanções desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade privada para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra no seu patrimônio ou receita atual, limitado o ressarcimento de prejuízos, nesse caso, à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. (incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 8º Não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário.” (incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

É de sabença o caráter sancionador da Lei 8.429/92 aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) atentem contra os princípios da administração pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

A improbidade administrativa provém de um ato ilegal que traz na sua índole a falta de boa-fé ou a má-fé, a desonestidade, a deslealdade institucional ou a vontade manifesta e intencional de realizar o comportamento normativo que redunde em dano ao erário para a obtenção de vantagem ilícita para si ou outrem; é quando o agente quis o resultado em detrimento do interesse público. É a forma de dolo direto.

Mas também poderá o agente atuar de forma indireta ao admitir e aceitar o risco de produzir o resultado, exigindo-se apenas o seu consentimento no resultado prejudicial ao patrimônio público agindo por ação ou omissão, embora, sem a sua participação, não se alcançaria o efeito prático ou a sua consequência no processo que resultaria no cometimento do ato de improbidade administrativa.

Ensina José Afonso da Silva:

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição pune o ato ímprobo com a suspensão e direitos políticos (art. 37, § 4º). A probidade administrativa

consiste no dever de o “*funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal de outrem a quem queira favorecer*”. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e correspondente a uma vantagem ao ímprobo ou a outrem [...]⁵⁷.

Por conseguinte, são tuteladas juridicamente as condutas de honestidade e de boa-fé, impondo-se a punição pelo cometimento de atos de improbidade administrativa às decisões, iniciativas ou atos de gestão que redundem em prejuízo ao erário ou gerem enriquecimento ilícito de agentes públicos ou políticos, ou, ainda, que atentem contra os princípios regenciais da administração pública que estejam à frente ou participem ou integrem órgãos da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer das esferas de Poder.

Nesse primeiro momento definitório do alcance da presente lei, infere-se que os altos funcionários, que detêm o poder decisório nas entidades públicas, são os destinatários da aplicação da presente norma visando reprimir os atos dolosos ou culposos, por ação ou omissão, que se revestem de desonestidade ou má-fé no trato do gerenciamento da coisa pública.

Observe-se que, além desse nível administrativo, que é alvo desta lei, são alcançadas aquelas empresas que foram adquiridas ou incorporadas ao patrimônio público em que o poder estatal possua mais de cinquenta por cento das quotas acionárias ou do patrimônio adquirido ou, ainda, que a entidade pública perceba mais de cinquenta por cento da receita anual.

A largueza do enquadramento nessa norma ainda abrange os dirigentes das entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício, de órgão público, bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Essas entidades que recebem recursos públicos de forma permanente ou ocasional situam-se dentro da definição de organizações sociais disciplinadas pela Lei 9.637/98 e das organizações da sociedade civil de interesse público, instituídas pela Lei 9.790/99, para realizações de ações de interesse público no campo social, assistencial, esportivo ou de formação profissional ou ainda, de preparação acadêmica.

São entidades utilizadas pelo poder público para descentralizar ações que lhe são próprias e, através dessa rede capilar de pontos de atendimento, se a utiliza para melhor atender as camadas sociais mais carentes.

De uma forma geral, tem-se a definição sintetizada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para traçar o alcance da presente norma na defesa do erário:

57 **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

nos termos do art. 1º da Lei Federal 8.429, de 1992, onde houver um único centavo em dinheiro público envolvido, a lei terá incidência, independentemente da entidade exercer atividade de natureza pública ou privada. (Agravo de Instrumento 98.387, JTJ, LEX 220/167)

Como se vê, todas aquelas pessoas investidas em função pública ou à frente de entidade pública em que haja maioria patrimonial pertencente ao poder público, estão sujeitas à aplicação das sanções preceituadas nesta lei.

Ainda com relação ao alcance dessa norma, abrimos um espaço para focar a decisão do Supremo Tribunal Federal através da Reclamação 2.138⁵⁸, no sentido de que:

A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, c, (disciplinado pela Lei 1.079/1950)” e “Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos.

Esse julgamento merece uma reflexão conjuntural temporal dos fatos ensejadores da demanda, o *status* processual do agente e a sua causa de pedir, a ter aplicação pontual no caso concreto, mas com limitações em outras circunstâncias.

A Constituição Federal define no art. 102, I, “c”, que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, “nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica”, e no art. 105, I, atribui competência ao Superior Tribunal de Justiça, julgar nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais.

Considerando que a Lei 1.079/50, no seu art. 42, preceitua que “*A denúncia só poderá ser recebida se o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo*”, fica evidente que, só após sua dispensa ou exoneração do cargo, poderá responder por ato de improbidade administrativa.

Como inexistente no nosso ordenamento jurídico, a vitaliciedade de prerrogativa de foro ou direito hereditário para esse privilégio processual, a conclusão plausível é que as autoridades detentoras de prerrogativa de foro após o seu desligamento do cargo ou função que lhes assegura esse privilégio, estão juridicamente impossibilitadas de responder por crime de responsabilidade, e de forma residual, estarão sujeitas às regras desta norma.

Aqui não se trata de submeter um agente a dois sistemas jurídicos, mas de forma sucessiva e alternada, conquanto não há santuário jurídico de impunidade para os detentores de foro privilegiado, após a dispensa ou exoneração dos cargos que asseguram essa prerrogativa constitucional.

Além disso, mesmo ostentando a categoria de ministro de Estado, o servidor público não está imune à ação de improbidade administrativa que tenha como objeto o ressarcimento ao erário.

Mais ainda, se o fato imputável ao ministro de Estado ou a qualquer outro agente político não se enquadrar no rol dos crimes de responsabilidade, mas tipificado no elenco de atos de improbidade administrativa, não há como se proclamar uma situação de imunidade pelo *status* conferido ao detentor daquele cargo.

Essa posição ganha força quando dos votos proferidos pelos eminentes ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa na aludida Reclamação acima informada; senão, veja-se:

O Min. Carlos Velloso, tecendo considerações sobre a necessidade de preservar-se a observância do princípio da moralidade, e afirmando que os agentes políticos respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados nas respectivas leis especiais (CF, art. 85, parágrafo único), mas, em relação ao que não estivesse tipificado como crime de responsabilidade, e estivesse definido como ato de improbidade, deveriam responder na forma da lei própria, isto é, a Lei 8.429/92, aplicável a qualquer agente público, concluía que, na hipótese dos autos, as tipificações da Lei 8.429/92, invocadas na ação civil pública, não se enquadravam como crime de responsabilidade definido na Lei 1.079/50 e que a competência para julgar a ação seria do juízo federal de 1º grau. O Min. Joaquim Barbosa acompanhou o voto vencido do Min. Carlos Velloso quanto à conclusão de que os fatos em razão dos quais o Ministério Público Federal ajuizara a ação de improbidade não se enquadravam nas tipificações da Lei 1.079/50 e de que não seria aplicável, portanto, o art. 102, I, c, da CF. Em acréscimo a esses fundamentos, asseverava, também, a existência, no Brasil, de disciplinas normativas diversas em matéria de improbidade, as quais, embora visando à preservação da moralidade na Administração Pública, possuiriam objetivos constitucionais diversos: a específica da Lei 8.429/92, que disciplina o art. 37, § 4º, da CF, de tipificação cerrada e de incidência sobre um amplo rol de possíveis acusados, incluindo até mesmo pessoas que não tenham vínculo funcional com a Administração Pública; e a referente à exigência de probidade que a Constituição faz em relação aos agentes políticos, especialmente ao Chefe do Poder Executivo e aos Ministros de Estado (art. 85, V), a qual, no plano infraconstitucional, se completa com o art. 9º da Lei 1.079/1950. Esclarecia que o art. 37, § 4º, da CF traduziria concretização do princípio da moralidade administrativa inscrito no caput desse mesmo artigo, por meio do qual se teria buscado coibir a prática de atos desonestos e antiéticos, aplicando-se, aos acusados as várias e drásticas penas previstas na Lei 8.429/92. Já o tratamento jurídico da improbidade prevista no art. 85, V, da CF e na Lei 1.079/50, direcionada aos fins políticos, ou seja, de apuração da responsabilização política, assumiria

outra roupagem, porque o objetivo constitucional visado seria o de lançar no ostracismo político o agente político faltoso, cujas ações configurassem um risco para o estado de Direito; a natureza política e os objetivos constitucionais pretendidos com esse instituto explicariam a razão da aplicação de apenas duas punições ao agente político: perda do cargo e inabilitação para o exercício de funções públicas por 8 anos. Dessa forma, estar-se-ia diante de entidades distintas que não se excluiriam e poderiam ser processadas separadamente, em procedimentos autônomos, com resultados diversos, não obstante desencadeados pelos mesmos fatos. Salientando que nosso ordenamento jurídico admitiria, em matéria de responsabilização dos agentes políticos, a coexistência de um regime político com um regime puramente penal, afirmava não haver razão para esse mesmo ordenamento impedir a coabitação entre responsabilização política e improbidade administrativa. Entendia que eximir os agentes políticos da ação de improbidade administrativa, além de gerar situação de perplexidade que violaria os princípios isonômico e republicano, seria um desastre para a administração pública, um retrocesso institucional. Por fim, considerava que a solução então preconizada pela maioria dos Ministros, ao criar nova hipótese de competência originária para o Supremo (CF, art. 102), estaria rompendo com a jurisprudência tradicional, segundo a qual a competência da Corte só poderia ser estabelecida mediante norma de estatura constitucional, sendo insuscetível de extensões a situações outras que não as previstas no próprio texto constitucional. Destarte, a ação proposta deveria ter seu curso normal perante as instâncias ordinárias.

Corroborando o entendimento acima exposto, sobreleva destacar que o acórdão do Supremo Tribunal Federal enfatiza que, *“apesar de cessada sua investidura como Ministro de Estado, atualmente seria chefe de missão diplomática de caráter permanente, mantendo, por isso, a prerrogativa de ser julgado perante o Supremo, por força do disposto no art. 102, I, c, da CF”*.

De modo que, se o agente político não tivesse sido remanejado para um cargo com prerrogativa de foro perante aquela Corte, a Reclamação, certamente, não teria prosperado.

- “Como já teve o ensejo de consignar esta Corte, “o alcance conferido pelo legislador quanto à expressão ‘agente público’ possui expressivo elastério, o que faz com que os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa não sejam apenas os servidores públicos, mas, também, quaisquer outras pessoas que estejam de algum modo vinculadas ao Poder Público” (REsp 1.081.098/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 03/09/2009). No caso dos autos, a agravante, estagiária da Caixa Econômica Federal, possuía, sim, vínculo – ainda que transitório e de caráter educativo – com essa empresa pública federal, [...] Portanto, não há como deixar de reconhecer a sua legitimidade para figurar no polo passivo da demanda. Precedente específico: REsp 1.352.035/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 8/9/2015. (STJ – AgInt no REsp 1149493/BA, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 06/12/2016)
- “[...] Os arts. 1º e 3º da Lei 8.429/1992 são expressos ao prever a responsabilização de todos, agentes públicos ou não, que induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma, direta ou indireta. [...]”. (STJ – 2º T. – AgRg no AREsp 264086 MG, Relª. Minª. Eliana Calmon – j. em 06.08.2013 – DJe 28.08.2013)

- “[...] Considerando que as pessoas jurídicas podem ser beneficiadas e condenadas por atos ímprobos, é de se concluir que, de forma correlata, podem figurar no polo passivo de uma demanda de improbidade, ainda que desacompanhada de seus sócios. [...]” (REsp. 970.393/CE – Rel. Min. Benedito Gonçalves – 1ª T. – j. em 21.06.2012 – DJe 29.06.2012)

3.1.1. Ação dolosa

O § 2º deste dispositivo considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11, não bastando a voluntariedade do agente.

O dolo é a conjugação da consciência da ilicitude e da vontade manifestada em atos concretos da administração pública que revela o elemento moral intencional de realizar a conduta típica com afetação da norma, cujo resultado assumiu o risco de produzi-lo.

A compreensão do dolo provém do querer, pensado e desejado, com ofensa à lei cujos resultados danosos são assumidos pelo risco da posição adotada.

Esse cenário mostra o agente público sabedor das leis e regras para a realização do ato administrativo, mas assume o risco de efetivá-la em afronta aquelas, submetendo-se, assim, ao resultado que decorrerá da sua iniciativa voluntária de contrariar as leis.

Essa ação deliberada de agir conforme sua vontade e consciência, em detrimento da lei, mediante conduta maleficente na gestão dos recursos públicos, configura a sua conduta típica a ensejar o seu comportamento na lei de improbidade administrativa.

A atuação do agente público nessa circunstância poderá importar em conduta de enriquecimento ilícito, dano ao patrimônio público ou violação aos princípios norteadores da administração pública, de forma isolada ou conjunta, a depender da extensão e consequência do seu ato.

A Lei de Improbidade Administrativa objetiva tutelar a proteção dos bens, valores e interesses públicos, ao reprimir qualquer proceder que atente contra os princípios norteadores da administração pública preceituados pela Constituição Federal.

Com efeito, qualquer ato que derive reflexo infracional àqueles princípios de forma consciente e vontade, expressos nos procedimentos adotados que contrariam normas ou as desatendem na sua inteireza, para atender finalidades diversas do interesse da administração pública, incorrerá em ato de improbidade administrativa.

Deve-se atentar que o ato de improbidade administrativa contém na sua formação os elementos antiéticos da má-fé, pela sua ação maldosa, desleal ou fraudulenta, assim como da desonestidade esculpida no falseamento da verdade, na torpeza ou adulteração dos meios para alcançar os fins almejados.

De forma que a vontade, que vem a ser a faculdade que tem o agente público de querer, de escolher, de livremente praticar ou deixar de praticar certos atos, incrementados pelos predicados negativos da fraude material ou ideológica da norma,