

Tema nº 1.199, do e. STF – a definição de (ir)retroatividade das disposições da Lei nº 14.230/2021, em especial, em relação à: (i) necessidade da presença do elemento subjetivo (dolo) para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (ii) aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente

### Gina Copola

Advogada militante em Direito Administrativo. Pós-Graduada em Direito Administrativo pela FMU. Ex-Professora de Direito Administrativo na FMU. Autora dos livros *Elementos de Direito Ambiental*, Rio de Janeiro: Temas e Ideias, 2003; *Desestatização e terceirização*, São Paulo: NDJ – Nova Dimensão Jurídica, 2006; *A lei dos crimes ambientais comentada artigo por artigo*, Minas Gerais: Editora Fórum, 2008, e 2ª edição em 2012; *A improbidade administrativa no Direito Brasileiro*, Minas Gerais: Editora Fórum, 2011; *Comentários ao Sistema Legal Brasileiro de Licitações e Contratos Administrativos*, coautora, São Paulo: ed. NDJ – Nova Dimensão Jurídica, 2016; *Temas polêmicos de improbidade administrativa*, coautora, Minas Gerais: Ed. Casa do Direito – Grupo Editorial Letramento, 2019, com artigo sobre improbidade administrativa; *Defesas em Juízo e nos Tribunais de Contas – Improbidade Administrativa*, coautora, Minas Gerais: Ed. Fórum, 2021; e, ainda, autora de diversos artigos sobre temas de direito administrativo e ambiental, todos publicados em periódicos especializados.

**Palavras-chave:** Tema nº 1.199. Improbidade administrativa. Novos prazos de prescrição geral e intercorrente.

I – Em 18 de agosto de 2022, o e. Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do Tema nº 1.199 para fixar as teses de repercussão geral no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 843.989, que 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;
- 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, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do tipo culposo, 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.

II – Com todo efeito, o e. STF decretou que é exigido o elemento subjetivo do dolo para a ocorrência dos atos de improbidade administrativa (art. 9º, art. 10 e art. 11 da LIA), incluindo-se os atos de improbidade administrativa praticados na vigência do texto anterior, *porém sem condenação transitada em julgado*.

Tem-se, portanto, que a lei não retroagirá para atingir as ações já transitadas em julgado, de modo que não será admitida a propositura de ação rescisória para anulação de condenações impostas sob a vigência da lei anterior.

Para as ações ainda em curso, não é admitida a condenação por ato de improbidade administrativa na modalidade culposa, sendo exigida a comprovação do dolo, sendo que tal comprovação deve ser realizada pelo autor da ação, vez que não cabe em ação de improbidade administrativa a imposição de ônus da prova ao réu, conforme expressamente consta do art. 17, §19, inc. II, da Lei Federal nº 8.429, de 1992, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei Federal nº 14.230, de 2021.

III – A novel Lei Federal nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, alterou a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, em seu art. 1º, §§1º a 3º, nos seguintes termos:

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.

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.

§ 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.

§ 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.

Ou seja, a Lei nº 8.429/92, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 14.230/21, alcança apenas o administrador desonesto, e não o inábil, de modo que *a culpa não é elemento subjetivo suficiente para a configuração do ato de improbidade administrativa*.

IV – Nesse sentido é o venerando acórdão do e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido após a edição da nova LIA na Apelação nº 0005734-58.2010.8.26.0655, rel. Des. Carlos Eduardo Pachi, da 9ª Câmara de Direito Público, julgado em 17 de dezembro de 2021, em que era apelante o Ministério Público do Estado de São Paulo, com a seguinte ementa:

PROCESSO CIVIL Entrada em vigor da Lei 14.230/21 - Aplicação as ações em andamento - Inteligência de seu artigo 1º, § 4º - Direito Administrativo Sancionador.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Improbidade Administrativa - Contas desaprovadas pelo TCE no período compreendido entre 2000 e 2005 - Repasse de duodécimos ao Legislativo além do limite permitido e inexistência de segregação contábil do FUSSBE que, embora constituam irregularidades administrativas não são condutas aptas a justificar a aplicação da LIA. *Ausência de dolo*. Artigo 1º, § 1º da Lei 14.230/01 - Improbidade administrativa não configurada Precedentes - R. sentença mantida. Recurso improvido.

V – E também, após a edição da nova LIA, é o venerando acórdão do e. Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação nº 1001594-31.2019.8.26.0369, rel. Des. Oswaldo Luiz Palu, da 9ª Câmara de Direito Público, julgado em 10 de novembro de 2021, com a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. Ação civil pública. Pretensão direcionada a ex-prefeito do Município de Nipoã.

1. Improbidade administrativa. Gastos excessivos com combustível nos exercícios de 2014 e 2015 e falhas nas licitações realizadas para a aquisição do produto no referido período. Sentença de parcial procedência.

2. Processo licitatório realizado no ano de 2014 que não observou pesquisa de preços. Pregão Presencial efetivado no ano de 2015, cuja cotação preliminar de preços ocorreu em dia anterior à sessão pública. Prejuízo ao erário no gasto excessivo, não se falando em superfaturamento de preços. Pregões que foram regularmente publicados, havendo competição entre os interessados. *Dolo não configurado sob esse aspecto*. Comportamento negligente, mas ausência de má-fé com relação às discrepâncias apontadas.

3. Excesso de gastos com combustíveis nos anos de 2014 e 2015 comprovados. Ao menos não justificadas com fatos novos ou supervenientes. Significativa elevação de consumo que corresponde no ano de 2013 a R\$ 438.252,16 e passou a R\$ 706.140,22 em 2014 e R\$ 909.874,92 no ano de 2015. Alegação no sentido de que houve aumento da frota, o que justificaria a elevação dos gastos. Inocorrência. Municipalidade que possuía 41 veículos no ano de 2014 e passou a ter 44 veículos em 2015, quantia insuficiente para justificar o consumo excessivo no importe de R\$ 98.317,82. Situação que foi identificada pelo Tribunal de Contas, que alertou o ex-Prefeito em diversas oportunidades acerca do gasto desordenado com combustível.
4. Controle de percurso e quilometragem de parte da frota que vinha sendo realizado e que poderia ter sido observado com relação aos demais veículos públicos. Laudo elaborado pelo CAEX que apontou ausência no controle de abastecimentos, de quilometragem e horas de uso.
5. Desvio de finalidade evidenciada. Dever indissociável da função pública exercida, que nasce da própria Carta Constitucional, das Leis nº 8.429/92 e 4.320/64. Responsabilidade que recai sobre o gestor da Municipalidade que tem o dever de zelar pelo dinheiro público, inerente à sua função o controle e fiscalização das contas desembolsadas sob o seu mandato. Negligência configurada no trato do dinheiro público. Despreparo na condução da faina do cargo.
6. Violação ao artigo 10, inciso X, da Lei nº 8.429/92. Ato de improbidade administrativa caracterizado de forma culposa. Redação originária.
7. Superveniência da Lei n. 14.203/2021 que, em seu artigo 1º, § 4º estabelece ao sistema de improbidade a aplicação dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador. Retroatividade da norma mais benéfica, por disposição específica da mesma (art. 1.º § 4.º). Supressão das modalidades culposas. Atos de improbidade administrativa somente dolosos, não verificados na espécie. Ausência de má-fé no trato com o dinheiro público ou obtenção de vantagem. Negligência durante a gestão.
8. Sentença reformada. Decreto de improcedência da ação. Recurso provido. (Grifamos)

O dolo, portanto, é o elemento subjetivo exigido para a configuração do ato de improbidade administrativa.

Nesse sentido, cite-se o artigo de nossa autoria, intitulado *A nova Lei de Improbidade Administrativa e o elemento subjetivo do dolo*, publicado no Boletim de Administração Pública Municipal, Fiorilli, dez./2021, assunto 452, e na revista Síntese de Direito Administrativo, dez./21, p. 15.

VI – O e. Supremo Tribunal Federal decretou também que “o novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é irretroativo, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei”.

Reza o art. 23 da Lei nº 8.429/92, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 14.230/21:

Art. 23. A ação para a aplicação das sanções previstas nesta Lei prescreve em 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência.

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado).

§ 1º A instauração de inquérito civil ou de processo administrativo para apuração dos ilícitos referidos nesta Lei suspende o curso do prazo prescricional por, no máximo, 180 (cento e oitenta) dias corridos, recomeçando a correr após a sua conclusão ou, caso não concluído o processo, esgotado o prazo de suspensão.

§ 2º O inquérito civil para apuração do ato de improbidade será concluído no prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias corridos, prorrogável uma única vez por igual período, mediante ato fundamentado submetido à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

§ 3º Encerrado o prazo previsto no § 2º deste artigo, a ação deverá ser proposta no prazo de 30 (trinta) dias, se não for caso de arquivamento do inquérito civil.

§ 4º O prazo da prescrição referido no *caput* deste artigo interrompe-se:

I - pelo ajuizamento da ação de improbidade administrativa;

II - pela publicação da sentença condenatória;

III - pela publicação de decisão ou acórdão de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal que confirma sentença condenatória ou que reforma sentença de improcedência;

IV - pela publicação de decisão ou acórdão do Superior Tribunal de Justiça que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência;

V - pela publicação de decisão ou acórdão do Supremo Tribunal Federal que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência.

§ 5º Interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo previsto no *caput* deste artigo.

§ 6º A suspensão e a interrupção da prescrição produzem efeitos relativamente a todos os que concorreram para a prática do ato de improbidade.

§ 7º Nos atos de improbidade conexos que sejam objeto do mesmo processo, a suspensão e a interrupção relativas a qualquer deles estendem-se aos demais.

§ 8º O juiz ou o tribunal, depois de ouvido o Ministério Público, deverá, de ofício ou a requerimento da parte interessada, reconhecer a prescrição intercorrente da pretensão sancionadora e decretá-la de imediato, caso, entre os marcos interruptivos referidos no § 4º, transcorra o prazo previsto no § 5º deste artigo.

(NR)

VII – Nosso entendimento, muito respeitosamente, é o de que melhor seria se a posição adotada pelo Pretório Excelso estivesse em absoluto compasso com o eminente voto do excelentíssimo ministro André Mendonça, de onde se extrai que:

(...) III) as alterações promovidas pela Lei 14.230/2021 em relação aos novos prazos de prescrição intercorrente aplicam-se de maneira imediata, inclusive aos processos em curso e aos fatos ainda não processados, tendo como termo inicial, nestes casos, a data de entrada em vigor da inovação legislativa;

IV) o novo prazo de prescrição geral, previsto no *caput* do artigo 23 da Lei 8.429/1992, alterado pela Lei 14.230/2021, tem aplicação imediata, inclusive quanto a fatos pretéritos. Contudo, se a prescrição do direito de ação já havia se iniciado quando do advento da alteração promovida pela Lei 14.230/2021, aplica-se o princípio da ultratividade da norma anterior, ou seja, prevalece o prazo prescricional de cinco anos já em curso;

Isso porque a Lei Federal nº 8.429, de 2 de junho de 1992, alterada pela novel Lei Federal nº 14.230, de 27 de outubro de 2021, integra o denominado *direito administrativo sancionador*, e prova disso é o contido no §4º do art. 1º da lei com a redação dada pela Lei nº 14.230/21, que reza:

Art. 1º (...)

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

Tal disposição legal transcrita significa dizer que devem ser observados os *princípios da legalidade formal ou tipicidade, da legalidade material ou lesividade, da antijuridicidade e da culpabilidade*, conforme muito bem descrito pelo ministro do e. STJ Benedito Gonçalves e por Renato César Guedes Grilo no recente artigo intitulado *Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da Constituição de 1988*, publicado na Revista Estudos Institucionais, v. 7, n. 2, p. 467-478, maio/ago. 2021, com tópico específico para tratar do tema improbidade administrativa.

VIII – Nesse sentido é o excelente e muito bem fundamentado artigo de autoria de Mauro Roberto Gomes de Mattos, intitulado *Aplicação retroativa da Lei nº 14.230/2021 (Lei de Improbidade Administrativa) e as ações distribuídas pela lei anterior (Lei nº 8.429/92) e demais normas de direito administrativo sancionador*, de onde se lê que:

Ou seja, a irretroatividade da lei mais severa (*lex gravior*) e retroatividade da lei mais benígna (*lex mitior*).

Mesmo sendo focado para o Direito Penal, por se tratar de Direito Sancionador, na hipótese da improbidade Administrativa, o princípio constitucional da retroatividade da lei mais benéfica, caso da Lei nº 14.230/2021, deve ser aplicado ao campo administrativo e judicial sancionador, cenário no qual se inserem atos ímprobos, justamente por que, assim como a lei penal, a Lei de Improbidade também prevê em seu corpo estrutural um coletivo de sanções e penalidades.

Dessa forma, a retroatividade da lei mais benígna se insere em princípio constitucional com aplicabilidade para todo o exercício do *jus puniendi* estatal neste se inserindo a Lei de Improbidade Administrativa.

Como subspécie do direito punitivo – o Direito Administrativo Sancionador é destinatário da retroatividade mais benéfica, razão pela qual novas leis que limitam a atividade repressora do Estado, devem ter aplicação imediata, como retroagir aos casos em andamento.

No caso da lei mais gravosa, situação jurídica da Lei nº 8.429/92, quando revogou a Lei nº 4.717/65, como por exemplo, por se tratar dos fatos anteriores à nova lei, o Superior Tribunal de Justiça – STJ negou a retroatividade da mesma, apesar dos fatos terem sido praticados após a promulgação da Constituição Federal, para não privilegiar a *lex gravior*.

E conclui o eminente professor:

Por essas razões, a nova Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 14.230/2021), em virtude de sua natureza jurídica de cunho sancionatório (tantas as normas de natureza material e processual) se aplica retroativamente aos casos em cursos, por ser mais benéfica do que a Lei nº 8.429/92, na forma do artigo 5º, XL da Constituição Federal.

Isso quer dizer que se aplica às ações em curso a Lei Federal nº 14.230, de 2021, quando for mais benéfica ao réu.

IX – Nessa esteira é outro recente v. acórdão do e. TJSP, nos autos da Apelação nº 3010759-26.2013.8.26.0451, rel. Des. José Luiz Gavião de Almeida, da 3ª Câmara de Direito Público, julgado em 15 de dezembro de 2021, com a ementa:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Dispensa de licitação - Contratações diretas realizadas no exercício de 2006 pela EMDHAP em favor de diversas empresas, que atingiram o total de R\$ 1.007.934,65 - Montante negociado que ultrapassa em muito o limite permitido dos incisos I e II do art. 24 da lei nº 8.666/93 – Dispensa de licitação indevida – Dano ao erário presumido – Inteligência do artigo 10 inciso VIII da Lei nº 8.429/92 - Superveniência da Lei n. 14.203/2021 que, em seu artigo 1º

§ 4º determina a aplicação, no sistema de improbidade, dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador - Retroatividade da norma mais benéfica - Supressão do dano presumido constante na antiga redação do citado artigo 10 inciso VIII da Lei nº 8.429/92 – Sentença reformada para julgar improcedente o pedido inicial – Recurso provido.

Salta aos olhos, de tal sorte, que é aplicável às ações de improbidade em curso a retroatividade da norma mais benéfica, por disposição clara e expressa do art. 1º, §4º, da nova Lei de Improbidade Administrativa.

Citem-se ainda no mesmo sentido os seguintes acórdãos do e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: AI nº 2252979-86.2021.8.26.000, rel. Des. Luiz Francisco Aguilar Cortez, da 1ª Câmara de Direito Público, julgado em 14 de dezembro de 2021; AI nº 2252253.15.2021.8.26.0000, rel. Des. José Câmara Júnior, da 8ª Câmara de Direito Público, julgado em 2 de dezembro de 2021; Apelação nº 0006089-24.2008.8.26.0272, rel. Carlos Von Adamek, da 2ª Câmara de Direito Público, julgada em 30 de novembro de 2021; e Apelação nº 1000577-40.2015.8.26.0323, rel. Des. Maria Laura Tavares, da 5ª Câmara de Direito Público, julgada em 12 de novembro de 2021.

X – Dito isso, é de clareza solar que seria melhor o entendimento no sentido de que é aplicável às ações em curso o prazo prescricional previsto na nova Lei de Improbidade, caso seja mais benéfico ao réu.

É o que já decidiu o e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação nº 0004027-84.2013.8.26.0288, relator Des. Afonso Faro Júnior, da 11ª Câmara de Direito Público, julgada em 7 de junho de 2022, com a seguinte ementa:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA Falecimento do réu Imposição de sanções diversas do ressarcimento do dano. Caráter pessoalíssimo das mesmas que impede a transmissão aos herdeiros Extinção do processo com base no art. 485, inc. IX, do CPC.

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE Art. 23, §§ 4º, 5º e 8º, da Lei nº 8.429/92, com redação da Lei nº 14.230/21. Retroatividade *in mellius* - Ocorrência Sentença reformada.**

PROCESSUAL CIVIL PREQUESTIONAMENTO Desnecessidade de menção aos dispositivos legais referidos pela parte em suas razões de recurso.

EXTINÇÃO DO PROCESSO EM RELAÇÃO AO RÉU MÁRIO, SEM ENFRENTAMENTO DO MÉRITO, E, EM RELAÇÃO AOS RÉUS MESSIAS E JOSÉ EDUARDO, SUA EXTINÇÃO PELA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. (Negritamos)

E consta do v. voto condutor:

A alegação de prescrição intercorrente prospera.

Inicialmente, cabe observar que as ações relacionadas a fatos praticados na vigência da Lei nº 8.429/92 devem observar os paradigmas e conceitos previstos no novo regime legal da Lei nº 14.230/21, cuja aplicabilidade é imperativa por beneficiar os réus.

Dispõe o art. 23 da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Lei nº 14.230/21:

“Art. 23. A ação para a aplicação das sanções previstas nesta Lei prescreve em 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência. (...)”

§ 4º O prazo da prescrição referido no caput deste artigo interrompe-se:

I - pelo ajuizamento da ação de improbidade administrativa;

II - pela publicação da sentença condenatória;

III - pela publicação de decisão ou acórdão de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal que confirma sentença condenatória ou que reforma sentença de improcedência; (...)

§ 5º Interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo previsto no caput deste artigo. (...)

§ 8º O juiz ou o tribunal, depois de ouvido o Ministério Público, deverá, de ofício ou a requerimento da parte interessada, reconhecer a prescrição intercorrente da pretensão sancionadora e decretá-la de imediato, caso, entre os marcos interruptivos referidos no § 4º, transcorra o prazo previsto no § 5º deste artigo.”

No caso em apreço, a ação foi ajuizada em 28/08/13 (fls. 01) e a sentença condenatória foi publicada somente em 26/07/18 (fls. 1.247), quando decorridos mais de quatro anos do ajuizamento. Logo, deve ser reconhecida a prescrição intercorrente da pretensão sancionadora.

Pontue-se que não houve, na hipótese, condenação ao ressarcimento de dano ao erário, que atrairia a observância da tese firmada no julgamento do recurso extraordinário nº 852.475 pelo E. STF (Tema nº 897): “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”. A r. sentença condenou os réus tão somente ao pagamento de multa civil, à suspensão dos direitos políticos e à proibição de contratar com o Poder Público Municipal de Ituverava ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

A respeito da retroatividade da prescrição intercorrente na lei de improbidade administrativa, leciona FERNANDO CAPEZ:

“Prescrição é a extinção da pretensão de punir, devido à inércia do Estado em satisfazê-la no prazo legal. Seus fundamentos estão nos princípios da eficiência, da duração razoável do processo e da segurança jurídica: combate a ineficiência do Estado, compelindo-o a agir dentro de prazos determinados. As normas que tratam de prescrição são de Direito material, e não processual, pois não dizem respeito ao procedimento que deve ser seguido, mas afetam diretamente o próprio direito de punir do Estado. Toda norma que extingue,

cria, aumenta ou reduz a pretensão punitiva tem natureza de Direito material e, dessa forma, retroage para beneficiar o sujeito, nos termos da CF, artigo 5º, XL. (...)

A Lei nº 14.230/21 introduziu um novo lapso prescricional a partir do ajuizamento da ação de improbidade. Alterou o caput do artigo 23 da LIA e acrescentou-lhe os §§ 4º e 5º, segundo os quais o prazo prescricional de oito anos, contado a partir do ato de improbidade, interrompe-se com o ajuizamento da ação e volta a correr pela metade do tempo (quatro anos) até interromper-se novamente com a publicação da primeira decisão condenatória.

Ocorre que são inúmeras as ações de improbidade ajuizadas há muito mais do que quatro anos, sem decisão condenatória.

Algumas sequer entraram na fase de instrução, outras já duram mais de 20 anos sem perspectiva de sentença de primeira instância. São ações feitas para não acabar.

A questão que se coloca é sobre a incidência imediata da nova prescrição intercorrente aos casos em andamento, ou seja, se ela retroagirá para alcançar fatos praticados antes de sua entrada em vigor, extinguindo as ações em curso há mais de quatro anos sem decisão condenatória. (...)

A identidade principiológica entre as garantias do processo penal e do processo por improbidade faz com que a prescrição dos atos de improbidade receba o mesmo tratamento da prescrição penal e, assim, retroagir para incidir sobre todos os processos em andamento, alcançando fatos praticados antes de sua entrada em vigor, em obediência ao princípio da retroatividade *in mellius* (CF, artigo 5º, XL: 'A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu'). (...)

Do mesmo modo, o lúcido parecer do subprocurador-geral da República Nicolao Dino, no Recurso Especial nº 1966002-SP: 'Em 26/10/2021, foi publicada a Lei n. 14.230, alterando inúmeros dispositivos da Lei nº 8.429/1992 (...). A persecução por ato administrativo se insere no âmbito do Direito Sancionador e, por coerência sistêmica, a exemplo do que ocorre com os mecanismos de persecução penal, deve nortear-se pelo postulado da retroatividade da norma mais favorável ao réu, nos termos do artigo 5º, XL, CF'.

Diante do exposto, dada a natureza material da prescrição e a identidade principiológica entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, as novas regras de prescrição dos atos de improbidade, quando benéficas, devem retroagir imediatamente para alcançar fatos praticados antes de sua entrada em vigor e extinguir a punibilidade em todas as ações de improbidade ajuizadas há mais de quatro anos, sem decisão condenatória, aplicando-se o princípio constitucional da retroatividade da lei mais benéfica, previsto na CF, o artigo 5º, XL.

A invocação de argumentos político-ideológicos, desprovidos de caráter dogmático, anarquizam e rompem a lógica do sistema, e não prevalecem sobre princípios constitucionais explícitos, como o da retroatividade *in mellius*. A proteção deficiente não deriva da prescrição, mas da violação à duração razoável do processo (CF, artigo 5º, LXXVIII). A nova lei, ao tratar da prescrição,

pune a desídia do Estado em satisfazer sua pretensão punitiva, seja ela penal ou sancionatória, e o orienta a ser mais eficiente nas ações futuras.”

Na mesma linha, opina ALAN DINIZ MOREIRA GUEDES DE ORNELAS:

“No que se refere às regulamentações da Lei n.º 14.230/21, o instituto da prescrição, a depender do caso concreto, pode beneficiar o réu em processo já prescrito, a fazer com que a nova lei retroaja em seu benefício, assim como ocorre no Processo Penal. Nesse sentido, os princípios fundamentais de Direito Penal vêm aplicados no âmbito do Direito Administrativo repressivo, considerando que a configuração da sanção administrativa em grande medida se aproxima da sanção penal, já que o regime jurídico de ambas as sanções possui similitudes, especialmente no que concerne aos princípios fundamentais de Direito Penal aplicados no âmbito do Direito Administrativo Sancionador. (...)”

Ainda, como é sabido, prescrição é instituto jurídico de Direito eminentemente material; dessa forma, em que pese a regra geral discipline que a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada e, muito embora tecnicamente não se trate de lei de natureza puramente penal, é indubitavelmente relacionada a Direito material e não processual, que trata da prescrição, a qual, se claramente mais benéfica réu (Direito Administrativo Sancionador enquanto subsistema penal extensão do jus puniendi estatal e do sistema criminal), a ele não se pode negar o direito de retroação. (...)”

Desse modo, não há como negar que ao Direito Administrativo Sancionador devem ser aplicados os mesmos princípios constitucionais que emanam sobre o Processo Penal; ou, ainda, somente admitir a incidência seletiva dos princípios, por livre convicção. Ora, do mesmo modo com que princípios basilares como o do contraditório permeiam no âmbito sancionador, inexistente justificativa para a exclusão dos demais. Não se pode, assim, permitir que ao processo administrativo sancionatório sejam aplicados entendimentos e soluções retrógrados, engessados ao longo do tempo e que impedem a efetivação das garantias fundamentais inerentes ao sujeito processual que jamais podem ser tolhidas por ferir o próprio texto constitucional, tornando plenamente possível que aos processos em curso haja aplicação imediata dos novos regimentos prescricionais, inclusive para considerar os prazos já transcorridos e retroagindo para beneficiar o réu.”

E o voto relator cita ainda precedente:

Nesse sentido, há recente decisão deste E. Tribunal de Justiça:

“RECURSO DE APELAÇÃO AÇÃO CIVIL PÚBLICA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. Ação proposta pelo Estado de São Paulo, em 21/07/2017, objetivando a condenação do réu por suposta prática de ato de improbidade administrativa, ao gerir o contrato nº 001/2006 para fornecimento de refeições à unidade prisional do qual era diretor, consistente

em divergência entre a quantidade de refeições contratadas e o número de consumidores e ainda permitir a presença de duas pessoas da contratada trabalhando dentro do estabelecimento prisional, sem vínculo com a Administração Pública. Pede a condenação de ressarcimento ao erário no valor de R\$ 48.244,74 e de multa civil correspondente aos meses em que houve o fornecimento excessivo de refeições, isto é, de janeiro a novembro de 2008. Sentença de improcedência. PRELIMINAR Aplicabilidade, quanto aos processos em curso, das modificações da Lei de Improbidade Administrativa instituída pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021 Aplicabilidade imediata quanto às normas processuais nos termos do artigo 14, do CPC e, por analogia, do artigo 2º, do CPP Aplicabilidade imediata e retroativa das normas materiais mais benéficas ao agente, nos termos do artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal: 'XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu' 'Lei penal' que deve ser entendida como sendo todo o jus puniendi estatal - Direito administrativo sancionador que compartilha com o direito penal, das garantias constitucionais fundamentais, tais como, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, os princípios da legalidade, da tipicidade, da culpabilidade, da pessoalidade das penas, da individualização da sanção, da razoabilidade e da proporcionalidade e, como não poderia deixar de ser, da retroatividade da lei mais benéfica. PRESCRIÇÃO Ocorrência - Prazo prescricional de 08 anos contados da data do fato que é interrompido pelo ajuizamento da ação de improbidade Após interrompido, o prazo recomeça pela metade, contado da data da interrupção. Ação ajuizada em 21/07/2017, tendo decorrido o prazo prescricional de 08 anos contados da data do fato, isto é, janeiro a novembro de 2008 Verifica-se a prescrição ainda pelo fato de o prazo, interrompido com o ajuizamento da petição inicial, ser contado pela metade, 04 anos, após o ajuizamento, o que leva ao reconhecimento da prescrição em 22/07/2021 - Inteligência do artigo 23, caput e §4º, inciso I e §§ 5º e 8º da Lei de Improbidade Administrativa, com a redação dada pela Lei 14.230 de 25/10/2021. Reconhecimento da prescrição intercorrente e consequente extinção do processo. ELEMENTO SUBJETIVO Extraí-se dos autos que não houve dolo na conduta do réu Inexistência de comprovação de dolo que afasta a aplicação no caso do TEMA 897 do STF: 'São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa' Ação de ressarcimento fundada em culpa e por isso deve ser reconhecida sua prescrição nos exatos termos decidido pelo Supremo Tribunal. Sentença reformada para reconhecer a prescrição. Recurso prejudicado." (TJSP; Apelação Cível 1009214-10.2017.8.26.0161; Relator (a): Leonel Costa; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Diadema - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 22/02/2022; Data de Registro: 22/02/2022) (g.n.)

Tal entendimento está em consonância com o voto do Exmo. ministro André Mendonça, que, por seu turno, não prevaleceu no julgamento do Tema nº 1.199, conforme se pode denotar pela leitura da ementa oficial, acima transcrita.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

COPOLA, Gina. Tema nº 1.199, do e. STF – a definição de (ir)retroatividade das disposições da Lei nº 14.230/2021, em especial, em relação à: (i) necessidade da presença do elemento subjetivo (dolo) para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (ii) aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 23, n. 263, p. 13-25, jan. 2023.