

Estudos BRASINFRA

A NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Lei Federal nº 14.133 de 01 de abril de 2021



Tomo 10

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA



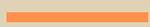
03

O QUE PODE CONFIGURAR
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA?



09

RETROATIVIDADE DA LEI
MAIS BENÉFICA



15

SANÇÕES



18

INDISPONIBILIDADE DE BENS



IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Embora não seja papel da NLLC definir o que seja “improbidade administrativa”, várias das infrações nela previstas resvalam ou se interligam a esse conceito.

A título de exemplo, fraudar licitação tanto é hipótese de sanção administrativa por descumprimento da NLLC como pode vir a ser hipótese (somado a outros componentes do conceito) de improbidade administrativa.

Para a improbidade administrativa devem ser analisadas as disposições da Lei federal nº 8.429/92 **com as importantes mudanças produzidas pela Lei federal nº 14.230/21.**

As mudanças são tão substanciais e relevantes a quem trata do tema de licitações e contratos públicos que a BRASINFRA entendeu pela relevância de um Tomo Especial sobre este assunto.

Assim, o objetivo aqui é ressaltar algumas dessas mudanças que podem interferir no universo das licitações e contratos administrativos.

O QUE PODE CONFIGURAR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA?

Partamos, então, do conceito de **improbidade administrativa** que sofreu alteração.

Ela está definida na própria lei com os acréscimos trazidos em 2021: “consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas **dolosas** tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais” (Art. 1º, §1º).

Há aqui uma importante mudança de 2021, que foi o **afastamento dos tipos culposos**, com o reforço de que **somente condutas comprovadamente dolosas** podem ser punidas e que esse **dolo não se presume**.

Para evitar dúvidas, a alteração de 2021 cuidou de definir o que se entende por dolo, ou seja, é 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”** (Art. 1º, §2º).

Além de delimitar os atos de improbidade aos atos dolosos, a lei esclareceu que “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” (Art. 1º, §3º).

Pretende-se dar aos agentes públicos mais conforto para a adoção de medidas que, mesmo sendo lícitas, não têm sido adotadas, diante do medo que circunda os gestores.

Isso significa afastar, definitivamente, qualquer interpretação de que mera ilegalidade (ou interpretação sobre texto de lei) se caracteriza como improbidade, senão que somente as ilegalidades qualificadas pela desonestidade ou má-fé.

Assim, não se caracterizariam como improbidades inabilidade, inexperiência, imprudência ou imperícia na realização dos fatos investigados.

Essa mudança é importante e emblemática, haja vista que desde a edição da Lei nº 8.429 em 1992 a jurisprudência oscilou e permitiu (de forma equivocada, diga-se) que a alegação de dolo independesse de prova e fosse meramente presumida, pelo simples fato de o ato ter sido praticado em desconformidade com a lei.

Destacamos ainda o Art. 1º, §4º (ou seja, a aplicação dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador, dentre os quais está a obrigação de provar e o direito à presunção de inocência) e o §8º (ou seja, não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa acerca 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).

A lei, a partir da reforma em 2021, inclusive passou a prever ser obrigação do Ministério Público, como autor da ação, instruir o pedido inicial com “documentos ou justificação que contenham **indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado** ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas” (Art. 17, §6º, inc. II), sendo a instrução processual o momento máximo de produzir todas essas, sob pena de os pedidos não serem acolhidos pelo Julgador.

Não se presumem verdadeiros os fatos alegados pelo Ministério Público (ou outro autor da ação[1]) nem quando o réu deixar de comparecer ao processo ou se defender precariamente, além de manter-se em mãos do Ministério Público (ou outro autor da ação) o dever de provar o que alega, o que inclui a existência de dolo (Art. 17, §19, incs. I e II).

Para compreender quais ações ou omissões dolosas e qualificadas, portanto, podem ser tidas como ímprobas, aqui estão algumas delas, previstas na referida lei, que as separa em 3 categorias:

[1] Explicaremos, mais adiante, a decisão do STF sobre a ampliação da legitimidade ativa para estas ações.

- 1) Atos que importam enriquecimento ilícito;
- 2) Atos que causam prejuízo ao erário;
- 3) Atos que atentam contra princípios da Administração Pública.

As ações de improbidade podem versar sobre um só ato que, em tese, se encaixaria em mais de uma categoria de improbidade.

Na redação da nova lei está expresso, inclusive, que a imputação única é obrigação do Poder Judiciário (Art. 16, §10-D, ou seja, “para cada ato de improbidade administrativa, **deverá necessariamente ser indicado apenas um tipo** dentre aqueles previstos nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei”).

Importa esclarecer que as empresas podem figurar como rés em ações de improbidade na condição de beneficiadas por atos praticados por agentes públicos.

Essa inclusão se dá por força dos Arts. 2º, parágrafo único (“*sujeita-se às sanções previstas nesta Lei o particular, pessoa física ou jurídica, que celebra com a administração pública convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, termo de cooperação ou ajuste administrativo equivalente*”) e 3º, caput e §1º (“*as disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade*” e “*os sócios, os cotistas, os diretores e os colaboradores da pessoa jurídica de direito privado não respondem pelo ato de improbidade que venha a ser imputado à pessoa jurídica, salvo se, comprovadamente, houver participação e benefícios diretos, caso em que responderão nos limites de sua participação*”).

ART. 9º	ART. 10	ART. 11
ATOS QUE IMPORTAM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO	ATOS QUE CAUSAM PREJUÍZO AO ERÁRIO	ATOS QUE ATENTAM CONTRA PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
Art. 9º. Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de :	Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:	Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas:

ART. 9º	ART. 10	ART. 11
ATOS QUE IMPORTAM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO	ATOS QUE CAUSAM PREJUÍZO AO ERÁRIO	ATOS QUE ATENTAM CONTRA PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
<p>emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente</p> <p>I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;</p> <p>II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;</p> <p>III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;</p> <p>IV - utilizar, em obra ou</p>	<p>entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:</p> <p>I - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a indevida incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, de rendas, de verbas ou de valores integrantes do acervo patrimonial das entidades referidas no art. 1º desta Lei;</p> <p>II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;</p> <p>IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;</p> <p>V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;</p>	<p>III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo, propiciando beneficiamento por informação privilegiada ou colocando em risco a segurança da sociedade e do Estado;</p> <p>V - frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros;</p> <p>VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades;</p> <p>XII - praticar, no âmbito da administração pública e com recursos do erário, ato de publicidade que contrarie o disposto no §1º do art. 37 da Constituição Federal, de forma a promover inequívoco enaltecimento do agente público e personalização de atos, de programas, de obras, de serviços ou de campanhas dos órgãos públicos.</p>

ART. 9º	ART. 10	ART. 11
ATOS QUE IMPORTAM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO	ATOS QUE CAUSAM PREJUÍZO AO ERÁRIO	ATOS QUE ATENTAM CONTRA PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
<p>serviço particular, qualquer bem móvel, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidores, de empregados ou de terceiros contratados por essas entidades;</p> <p>VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre qualquer dado técnico que envolva obras públicas ou qualquer outro serviço ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades referidas no art. 1º desta Lei;</p> <p>VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função pública, e em razão deles, bens de qualquer natureza, decorrentes dos atos descritos no caput deste artigo, cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público, assegurada a</p>	<p>VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente, acarretando perda patrimonial efetiva;</p> <p>IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;</p> <p>XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;</p> <p>XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;</p> <p>XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;</p> <p>XIV - celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;</p>	

ART. 9º	ART. 10	ART. 11
ATOS QUE IMPORTAM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO	ATOS QUE CAUSAM PREJUÍZO AO ERÁRIO	ATOS QUE ATENTAM CONTRA PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
<p>demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução;</p> <p>VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;</p> <p>IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;</p> <p>X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;</p> <p>XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;</p> <p>XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.</p>	<p>XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;</p> <p>XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;</p> <p>XIX - agir para a configuração de ilícito na celebração, na fiscalização e na análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.</p>	

Alguns tipos foram revogados e outros foram incluídos ou modificados, sugerindo-se que o leitor esteja atento se está acessando o texto devidamente atualizado.

Vale destaque, nessa listagem, à mudança relevante no caput do Art. 11. Deixamos o destaque, inclusive, em negrito no quadro retro.

Alegar o descumprimento de princípios sempre foi tradição nas ações de improbidade e sempre foi algo criticado pela fluidez do próprio conceito sobre “princípios”.

Princípios são normas, mas de maior abstração em comparação com as regras e uma mesma conduta pode ser vista como violadora de um princípio porque adotada em observância a outro.

Portanto, sem maior esforço, é possível alegar que dado comportamento violou o princípio X porque não agradou a alguém, mesmo que, olhando de forma mais ampla, o mesmo ato estivesse em sintonia com outros princípios.

A mudança recente na lei é uma reação a isso. O legislador estabeleceu uma barreira clara para prever que a violação a princípios, para fins de improbidade, se configura se caracterizada “*por uma das seguintes condutas*”.

A lista é exaustiva, somente podendo ser consideradas descumprimento principiológico as hipóteses descritas nos incisos do Art. 11.

RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA

Outro ponto a ser destacado é que as disposições da lei de 2021 se aplicam **a partir de sua publicação em 26/10/2021**, inclusive a processos judiciais e inquéritos civis iniciados antes dessa data.

Em que pese se tenha ciência de alguns posicionamentos contrários isolados, esses não se mostram acertados ao próprio texto da lei de 2021, pois essa prevê que passam a ser aplicados aos casos de improbidade administrativa os **princípios do direito administrativo sancionador**.

Dentre esses está o princípio da **retroatividade benéfica**[2], **sedimentado no Art. 5º, inc. XL, da Constituição da República**.

[1] Nesse sentido a compreensão de Rodrigo Mudrovitsch e Guilherme Pupe da Nóbrega: “Antecipamos nossa resposta no sentido de que normas benígnas, em geral, retroagem para beneficiar aquele que seja alvo de pretensão sancionadora em sede de improbidade administrativa, havendo, contudo, ressalvas a se considerar (...) Todos esses exemplos, somados, evidenciam que, conquanto não se possa estabelecer uma sobreposição total entre o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador de modo a que se possa deles extrair um regime comum, é fato que, ao menos no que toca ao princípio da retroatividade da lei benígna, há claro diálogo entre os dois campos.” Conferir: MUDROVITSCH, Rodrigo; NÓBREGA, Guilherme Pupo. Reforma da Lei de Improbidade Administrativa e Retroatividade. **Revista Consultor Jurídico**, 22 de outubro de 2021.

Assim, para os casos em que a lei de 2021 se mostrar mais benéfica aos processados, o caso é de aplicação imediata, independentemente da fase processual em que se encontrar o caso.

Já existem várias decisões judiciais, em todas as instâncias, aplicando retroativamente os institutos, a exemplo de alguns precedentes aqui citados.

Vale acrescentar que o tema da retroatividade já foi abordado pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a existência de **repercussão geral** sobre, determinando a suspensão de todos os recursos especiais que tratem do assunto porventura em trâmite no Superior Tribunal de Justiça.

Explicamos:

a) a primeira definição do STF foi quanto à ocorrência da natureza de “repercussão geral” sobre a temática da retroatividade, ou seja, confirmou que interessa a uma gama considerável de processos judiciais que exista uma única decisão a respeito de se considerar retroativa (ou não) a aplicação da nova lei aos casos ocorridos antes de sua vigência.

Para evitar que existam decisões conflitantes e, portanto, um único ponto de vista seja o adotado para todas as ações que tratem do tema, o STF julgará, em momento posterior, o âmago do assunto, mas já fixou que o tema tem relevância constitucional o suficiente para que haja uma decisão vinculante.

Essa conclusão foi tomada, por 11 votos a 0, pelos Ministros atualmente componentes da Suprema Corte, no ARE nº 843.989, originário do Estado do Paraná, tema 1109, em 25/2/2022.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. LEI 14.230/2021. APLICAÇÃO RETROATIVA DAS DISPOSIÇÕES SOBRE O DOLO E A PRESCRIÇÃO NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3º, da Constituição, a 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.

2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC.

b) Considerando a importância de o assunto não ser objeto de decisões conflitantes, que tumultuem o andamento dos processos nas suas origens e gerem decisões prejudiciais ao interesse dos réus (especialmente, com repercussão sobre seus patrimônios), é comum de nesse tipo de ação haver a determinação de suspensão do curso de processos até que o STF venha a emitir um posicionamento definitivo.

Essa medida, chamada de “modulação dos efeitos”, foi adotada pelo Relator Ministro Alexandre de Moraes em 3/3/2022, publicada em 4/3/2022, onde assim posto:

O art. 1.035, §5º, do Código de Processo Civil, por sua vez, dispõe que, “reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional”.

O Plenário desta CORTE definiu que a suspensão nacional dos processos não é automática, cabendo ao Relator ponderar a conveniência da medida (...).

Na presente hipótese, não se afigura recomendável o sobrestamento dos processos nas instâncias ordinárias, haja vista que (a) a instrução processual e a produção de provas poderiam ser severamente comprometidas e (b) eventuais medidas de constrição patrimonial devem ser prontamente examinadas em dois graus de jurisdição.

Não obstante, simples pesquisa na base de dados do Superior Tribunal de Justiça revela que proliferam os pedidos de aplicação da Lei 14.230/2021 em processos na fase de Recurso Especial, já remetidos ao Tribunal da Cidadania pelos Tribunais de origem.

Assim, considerando que tais pleitos tem como fundamentos a controvérsia reconhecida na repercussão geral por essa SUPREMA CORTE, recomenda-se, também, o sobrestamento dos processos em que tenha havido tal postulação, com a finalidade de prevenir juízos conflitantes.

Por todo o exposto, além da aplicação do artigo 1.036 do Código de Processo Civil, DECRETO a SUSPENSÃO do processamento dos Recursos Especiais nos quais suscitada, ainda que por simples petição, a aplicação retroativa da Lei 14.230/2021.

Isso significa que os processos que atualmente se encontram em tramitação no STJ, por força de recursos especiais (e seus diversos peticionamentos e desdobramentos), estão suspensos até que o STF decida a questão da retroatividade (ou não) da aplicação da nova lei.

A partir do momento, no entanto, que o STF decidir esse tema 1109, a decisão valerá para todos os processos do país, independente da fase e do Juízo em que se encontrarem.

Seguindo em nossas ponderações, destacamos que, no que tange a requisitos processuais (ou seja, aqueles interligados a como se manejam os processos) a aplicação é imediata em qualquer caso, não sendo razoável a ocorrência de recusa à aplicação por qualquer intérprete.

Sugerimos atenção aos casos em andamento para que, consultado o jurídico, seja peticionada nos autos a aplicação da nova lei.

Essa aplicação retroativa benéfica pode significar, por exemplo:

- a) a obrigação de o Ministério Público provar o dolo;
- b) o arquivamento dos Inquéritos ou a improcedência dos pedidos judiciais que estão baseados apenas em culpa;
- c) a diminuição das indisponibilidades de bens, considerando os limites que foram impostos pela lei de 2021 (mais adiante comentaremos o caso);
- d) a aplicação de sanções menos gravosas (veja abaixo o quadro das mudanças);
- e) o arquivamento dos Inquéritos ou a improcedência dos pedidos judiciais baseados em dispositivos revogados (e que, portanto, perderam a relevância jurídica como improbidade);
- f) a aplicação da prescrição nos moldes previstos com a alteração legal.

Destacamos alguns julgados que podem ser úteis.

O Tribunal da Justiça do Estado da Paraíba, analisando o tema, acordou que ***“tratando-se de diploma legal mais favorável ao acusado, de rigor a aplicação da Lei nº 14.230/2021, porquanto o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no artigo 5º, XL, da Constituição da República, alcança as leis que disciplinam o direito administrativo sancionador.”***^[3]

No mesmo caminho, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás já afirmou que são aplicáveis “às sanções pelos atos de improbidade administrativa as garantias inerentes ao ‘direito administrativo sancionador’, dentre as quais se destaca a da ‘retroatividade mais benéfica’ (inteligência do artigo 2º, §4º da Lei nº 14.230/21, art. 5º, XL, CF/88 e jurisprudência concernente).”⁴

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proveu apelação para julgar improcedentes os pedidos em ação de improbidade administrativa, justamente *“por força da superveniência da Lei nº 14.230/2021, aplicada ao caso concreto, cuja retroatividade é prevista em seu artigo 1º, § 4º”*⁵, sendo que este último artigo se refere

exatamente à aplicação das diretrizes do Direito Administrativo Sancionador no bojo das ações de improbidade.

A mesma Corte Estadual de São Paulo, em outras oportunidades, firmou na mesma esteira que **“por se tratar de legislação superveniente própria do direito material sancionador (art. 1º, §4º, da lei 8.429/92, com a redação atribuída pela lei 14.230/21), suas disposições devem ser aplicadas de imediato e, inclusive, retroativamente, desde que para beneficiar o réu (art. 5º, inciso XL, da CF/88)”** 6 e também que a novel lei em comento “comporta aplicação retroativa por seu caráter sancionatório e por beneficiar o réu.”7

Em semelhante esteira, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região decidiu recentemente que a **“Lei 14.230/2021, alterando a Lei 8.429/1992, com introdução de normas mais benéficas ao réu imputado ímprobo, deve ser aplicada, ainda que de forma retroativa, às ações de improbidade administrativa em curso, mesmo que ajuizadas antes da vigência da nova lei,** em decorrência e por imposição da extensão ao direito administrativo sancionador de princípios do direito penal, dentre os quais o da retroatividade da lei mais benigna ao réu.”8

Em várias partes do país as decisões têm sido emitidas no sentido exposto acima e o número de decisões tende a aumentar vertiginosamente[3].

3 Algumas citações são possíveis, considerando a data da edição deste Tomo. São exemplos: a) decisões do TRF da 1ª Região (que abarca aos Estados de Acre, Amazonas, Amapá, Bahia, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins, além do Distrito Federal): 1ª REGIÃO, Tribunal Regional Federal. Apelação nº 0008642-45.2011.4.01.3901. 4ª Turma, Relator Desembargador Orlindo Menezes, j. 6/12/2021; 1ª REGIÃO, Tribunal Regional Federal. Apelação nº 0002607-46.2014.4.01.4004. 4ª Turma, Relator Desembargador Néviton Guedes, j. 30/11/2021; 1ª REGIÃO, Tribunal Regional Federal. Apelação nº 0007971-74.2015.4.01.4000. 3ª Turma, Relatora Desembargadora Mônica Sifuentes, j. 30/11/2021; 1ª REGIÃO, Tribunal Regional Federal. Apelação nº 0001152-42.2011.4.01.3813. 4ª Turma, Relator Desembargador Néviton Guedes, j. 16/11/2021; b) decisões do TRF da 5ª Região (que abarca dos Estados de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe): 5ª REGIÃO, Tribunal Regional Federal. Apelação nº 08030344220194058201. 4ª Turma, Relator Desembargador Bruno Leonardo Câmara, Carra, j. 7/12/2021; c) decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação nº 1.0558.14.000.980-1/001. 5ª Câmara Cível, Relator Desembargador Luís Carlos Gambogi, j. 16/12/2021; MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 1.0000.21.137.960-7/001. 4ª Câmara Cível, Relator Desembargador Renato Dresch, j. 16/12/2021; MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação nº 1.0071.17.003.831-0/001. 4ª Câmara Cível, Relator Desembargador Renato Dresch, j. 10/2/2022; MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 1.0000.21.009.521-2/001. 4ª Câmara Cível, Relator Desembargador Moreira Diniz, j. 10/02/2022; MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação nº 1.0134.13.015.131-6/001. 6ª Câmara Cível, Relator Desembargador Edílson Fernandes, j. 1º/2/2022; MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação nº 1.0209.12.001.725-3/001. 4ª Câmara Cível, Relator Desembargador Moreira Diniz, j. 27/1/2022; MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação nº 1.0000.21.087.044-0/001. 4ª Câmara Cível, Relator Desembargador Pedro Aleixo, j. 10/2/0022, p. 11/2/2022; MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação nº 1.0271.15.003.854-2/003. 4ª Câmara Cível, Relator Desembargador Renato Dresch, j. 3/2/0022, p. 7/2/2022; MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 1.0000.21.207.669-9/001. 3ª Câmara Cível, Relator Desembargador Maurício Soares, j. 27/1/2022, p. 28/1/2022.

Mais um ponto importante a ser mencionado é que a Lei nº 14.230/21 modificou a legitimidade ativa para as ações de improbidade administrativa, pretendendo restringir essa apenas ao Ministério Público.

Isso significaria o afastamento da legitimidade dos entes públicos lesados pelo ato ímprobo outros anteriores legitimados (em decorrência da Lei nº 8.429/92).

Inclusive, um dos dispositivos dessa nova lei (seu Art. 3º) determinou a suspensão de todos os processos judiciais intentados pela Fazenda Pública (ente que alega ter sofrido a lesão pelos atos ditos ímprobos) pelo prazo de 1 ano, período no qual o Ministério Público deveria manifestar o interesse ou não no prosseguimento desses, sob pena de extinção sem resolução do mérito.

Contudo, o STF, a partir de decisão emitida pelo Ministro Alexandre de Moraes em 17/2/2022, entendeu pela suspensão dessa restrição na nova lei e a leitura conforme de alguns dispositivos dessa que têm que ver com essa legitimidade.

Embora a decisão ainda tenha sido tomada em sede cautelar (ou seja, provisória e precária) e ad referendum do Plenário do STF, é a decisão em vigor no momento da edição deste Tomo, valendo realçar qual o seu teor:

Diante do exposto, com fundamento no art. 10, §3º, da Lei 9.868/1999, e no art. 21, V, do RISTF, DEFIRO PARCIALMENTE A CAUTELAR, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, para, até julgamento final de mérito:

(A) CONCEDER INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL ao caput e §§6º-A, 10-C e 14, do artigo 17 da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021, no sentido da EXISTÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA CONCORRENTE ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO E AS PESSOAS JURÍDICAS INTERESSADAS PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA;

(B) SUSPENDER OS EFEITOS do §20, do artigo 17 da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021, em relação a ambas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (7042 e 7043);

(C) SUSPENDER OS EFEITOS do artigo 3º da Lei nº 14.230/2021.

Portanto, até a edição deste Tomo, permanece a legitimidade ativa ampla para mover as ações de improbidade administrativa (ADIs nº 7042 e 7043).

SANÇÕES

Outro ponto é compreender como foram alteradas as sanções que podem ser aplicadas, que não se confundem com o dever de ressarcir integralmente o dano patrimonial.

Ou seja, ressarcir o dano, quando ele se configurou, não é sanção. E esse dever permanece mesmo nos casos de acordo de não persecução civil que pode ser celebrado com o MP (Art. 17-B, inc. I).

Também importa considerar que uma mesma conduta pode ser objeto de ação de improbidade e de ação penal, sem prejuízo de reflexos no âmbito de outras esferas, como a lei anticorrupção (Lei federal nº 12.846/13), essa última aplicável apenas a casos ocorridos após sua vigência.

E, a esse respeito, destacamos que a nova lei acolheu tese de que uma mesma conduta não poderia gerar duas multas: uma sob a influência da Lei de Improbidade (nº 8.429/92 com as alterações da Lei nº 14.230/21) e outra pela Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13).

Então, na hipótese de a conduta se encaixar também nessa última, não se aplicará a lei de improbidade (Art. 3º, § 2º). Assim, evita-se o bis in idem[1].

Vejamos abaixo as alterações sobre as penas aplicáveis:

ESPÉCIE	TIPO	LEI ANTERIOR	LEI VIGENTE
PERDA DE BENS OU VALORES ACRESCIDOS ILICITAMENTE AO PATRIMÔNIO	ART. 9º	Sim	Sim
	ART. 10	Sim	Sim
	ART. 11	Não	Não
PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA	ART. 9º	Sim	Sim
	ART. 10	Sim	Sim
	ART. 11	Sim	Não
SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS	ART. 9º	8 a 10 anos	Até 14 anos
	ART. 10	5 a 8 anos	Até 12 anos
	ART. 11	3 a 5 anos	Não
PAGAMENTO DE MULTA CIVIL	ART. 9º	Até 3 vezes o acréscimo patrimonial	Valor do acréscimo patrimonial
	ART. 10	Até 2 vezes o valor do dano	Valor do dano
	ART. 11	Até 100 vezes o valor da remuneração	Até 24 vezes o valor da remuneração

ESPÉCIE	TIPO	LEI ANTERIOR	LEI VIGENTE
		percebida pelo agente	percebida pelo agente
PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO OU DE RECEBER BENEFÍCIOS OU INCENTIVOS FISCAIS OU CREDITÍCIOS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, AINDA QUE POR INTERMÉDIO DE PESSOA JURÍDICA DA QUAL SEJA SÓCIO MAJORITÁRIO	ART. 9º	Até 10 anos	Até 14 anos
	ART. 10	Até 5 anos	Até 12 anos
	ART. 11	Até 3 anos	Até 4 anos

4 FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. **Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do bis in idem**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 91-112, maio/ago. 2018. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/57614/35888>.

É possível perceber, portanto, que algumas mudanças foram a benefício dos processados e outras não.

Outro ponto relevante é a previsão do Art. 12, §5º que criou a categoria das **improbidades de menor potencial ofensivo**, para as quais a sanção se limitará à aplicação de multa (sem prejuízo do ressarcimento do dano e perda de eventuais valores obtidos, quando for o caso).

Essa conceituação, “menor potencial ofensivo” é bastante conhecida na seara penal, infrações para as quais a lei prevê uma série de medidas com redução da resposta punitiva, além da abertura a alternativas ao universo punitivo.

A nova lei de improbidade bebeu dessa ideia, ou seja, que é possível atribuir respostas punitivas mais reduzidas onde a capacidade do ato ímprobo de lesar o bem jurídico protegido é menor.

Por isso a previsão do Art. 11, §4º, no sentido de que para os atos que atentem contra princípios da Administração, só será passível de sancionamento as ações que importem “*lesividade relevante ao bem jurídico tutelado*”.

Também a previsão do Art. 12, §5º, no sentido de que para “*atos de menor ofensa aos bens jurídicos tutelados por esta Lei, a sanção limitar-se-á à aplicação de multa, sem prejuízo do ressarcimento do dano e da perda dos valores obtidos, quando for o caso*”. Isso significa não ser possível nada além de algumas consequências pecuniárias, excluindo-se as penas de suspensão de direitos políticos e proibição do direito de contratar com o poder público ou de receber benefícios fiscais ou creditícios (direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário).

Vale destacar que a lei não diz o que considera “*menor ofensa aos bens jurídicos tutelados por esta Lei*”, reservando ao julgador a definição, no caso concreto, do que seria isso.

Embora não tenha deixado dicas de em que sentido caminhará a interpretação, o fato é que existe outra lei (a LINDB) que determina que o Julgador, diante de conceitos indeterminados/vagos ou valores jurídicos abstratos, proceda ao preenchimento de seu sentido somente avaliando as **consequências práticas** na tomada de decisão. Ou seja, seu preenchimento depende do caso concreto.

Dessa forma, o julgador não é outro legislador, para estabelecer concepções generalizantes e abstratas.

Na esfera federal, o decreto que regulamentou a LINDB (nº 9.830/21), inspiratório para outras esferas, estabelece que se entendem por valores jurídicos abstratos “aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração” (Art. 3º, §1º).

Portanto, entender o que é menos “ofensivo” ou não dependerá de o Julgador avaliar o **caso concreto** e em que medida a ação ou omissão impactaria os bens jurídicos tutelados (em especial aqui, a proibição de enriquecimento ilícito no Art. 9º, de dano ao erário no Art. 10 e violação dos princípios de honestidade, imparcialidade e legalidade do Art. 11).

No mesmo sentido, a proibição de que exista improbidade com base no Art. 11 se não houver **lesividade relevante** (Art. 11, §4º).

Também nesse sentido, o atual Art. 17-C segundo o qual a sentença deve ser, além de motivada, baseada nas necessidades concretas, ou seja, o Julgador deverá “considerar as consequências práticas da decisão, sempre que decidir com base em valores jurídicos abstratos” (inc. II) e “*considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados e das circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente*” (inc. III) 5 .

O importante, com essa referência, é destacar que nem toda ação ou omissão tem o mesmo impacto sobre os interesses públicos e nem a mesma capacidade de lesar o que a lei tutela, sendo imprescindíveis ponderação e adequação ao definir (e, assim, fundamentar) eventual condenação (entendida essa como a inarredável).

A previsão também reforça a importância de haver diálogo nesses processos, considerando que a efetividade na proteção dos bens jurídicos tutelados pode indicar muito mais a celebração de um ajustamento de conduta do que, necessariamente, em uma pena coercitiva.

[5] Também os seguintes pontos devem ser considerados pela sentença, segundo a lei: os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; a natureza, a gravidade e o impacto da infração cometida; a extensão do dano causado; o proveito patrimonial obtido e as circunstâncias agravantes e atenuantes. Esses pontos nada mais são senão reflexos da razoabilidade e da proporcionalidade.

Também importante considerar que as sanções só são executáveis com o trânsito em julgado (Art. 12, §9º), inclusive em atenção ao caráter satisfativo, irreversível e comprometedor de algumas (como suspensão de direitos políticos, perda de função pública, perda de incentivos e benefícios).

A lei limita a responsabilização de sócios, diretores e colaboradores que responderão por improbidade atribuída à pessoa jurídica se, comprovados a participação e a percepção de benefícios diretos, caso em que responderão nos limites da sua participação (Art. 3º, §1º).

Haverá responsabilidade na hipótese de alteração contratual, de transformação, de incorporação, de fusão ou de cisão societária restrita à obrigação de reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido.

Não são aplicáveis sanções em face de atos e de fatos ocorridos antes da data da fusão ou da incorporação, exceto no caso de simulação ou de evidente intuito de fraude, devidamente comprovados (Art. 8º-A).

INDISPONIBILIDADE DE BENS

Outra mudança extremamente relevante na lei em 2021 foi a **reformulação da indisponibilidade de bens** como medida assecuratória processual, especialmente para prever o seguinte:

- a) a indisponibilidade só deve atingir valores recolhidos em contas bancárias **se outros bens não bastarem** a compor o valor da indisponibilidade (Art. 16, §11);
- b) a indisponibilidade **não pode compreender** o possível valor de multa, devendo se restringir ao que for indicado como possível valor do dano ou do enriquecimento ilícito (Art. 16, §10);
- c) a indisponibilidade depende do **cumprimento de condições prévias**, dentre essas a imprescindibilidade de sua ocorrência para garantia do processo (Art. 16, §§3º e 7º, afastando-se a jurisprudência anterior que permitia a indisponibilidade em qualquer hipótese), a restrição a quais patrimônios podem ser atingidos (Art. 16, §§10 e 11), a necessidade de prévio incidente de desconsideração da personalidade jurídica para atingimento de bens pessoais de sócios e diretores (Art. 16, §7º), o limite máximo de valores em caso de pluralidade de réus (Art. 16, §5º), a ordem de prioridade de bens atingíveis (Art. 16, §11), a reserva de até 40 salários mínimos nos bloqueios de contas bancárias (Art. 16, §13), a impossibilidade de atingimento de bem de família (Art. 16, §14), entre outros;

d) essa indisponibilidade não pode ser fixada por necessidade em abstrato sem pertinência ao caso concreto, estabelecendo a lei em 2021 que “o juiz, ao apreciar o pedido de indisponibilidade de bens do réu a que se refere o caput deste artigo, **observará os efeitos práticos da decisão**, vedada a adoção de medida capaz de acarretar prejuízo à prestação de serviços públicos” (Art. 16, §12);

e) essa indisponibilidade de bens, como medida tutelar processual, passou a estar sujeita a determinações do Código de Processo Civil que deixam claro depender **da probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo** (Art. 300 do CPC).

Portanto, não basta a alegação de improbidade.

É necessário que o Ministério Público apresente documentação crível e robusta da ocorrência de improbidade – incluindo a comprovação do elemento subjetivo do dolo - e que a indisponibilidade é essencial à solução do caso.

Não valem mais as argumentações de que o só fato de existir uma ação desse tipo faz pressupor que os réus criam embaraços à efetivação de uma sentença final para os privar da administração de seu patrimônio ao longo de todo o extenso tempo do processo.

Assim, está afastada a alegação de **dolo ou dano in re ipsa**, ou seja, dolo ou dano presumido.

Nesse sentido, por exemplo, o contido no Art. 17-C, inc. I da nova lei, ou seja, “a sentença proferida nos processos a que se refere esta Lei, **deverá** (...) indicar de modo preciso os fundamentos que demonstram os elementos a que se referem os arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, **que não podem ser presumidos**”.

Como posto no §3º do Art. 16, “o pedido de indisponibilidade de bens a que se refere o caput deste artigo **apenas será deferido** mediante a demonstração no caso concreto de perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo, desde que o juiz se convença da probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial com fundamento nos respectivos elementos de instrução”;

f) essa indisponibilidade pode ser **modificada a qualquer tempo**, assim como é possível ao réu (frente à resistência da jurisprudência até então) que se proceda à **substituição de bens tornados indisponíveis**, inclusive para que a medida não inviabilize a fruição de direitos dos réus ou a própria sobrevivência de seu negócio (o que impacta na vida de terceiros).

Outras mudanças importantes foram promovidas e que podem ser conhecidas consultando-se a íntegra da nova lei.



Presidente

José Alberto Pereira Ribeiro - SICEPOT-PR - Sindicato da Indústria da Construção Pesada do Estado do Paraná

1º Vice-Presidente

Luiz Albert Kamilos - SINICESP - Sindicato da Indústria da Construção Pesada do Estado de São Paulo

Vice-Presidentes

Afonso Celso Legaspe Mamede - SOBRATEMA - Associação Brasileira de Tecnologia para a Construção e Mineração

Alfredo Schwartz - AEERJ - Associação das Empresas de Engenharia do Rio de Janeiro

Eduardo Salgado Viegas - SINAENCO - Sindicato Nacional das Empresas de Arquitetura e Engenharia Consultiva

Daniel Zveiter - ANEOR - Associação Nacional das Empresas de Obras Rodoviárias

João Jacques Viana Vaz - SICEPOT-MG - Sindicato da Indústria da Construção Pesada no Estado de Minas Gerais

Rafael Sacchi - SICEPOT/RS - Sindicato da Indústria da Construção de Estradas, Pavimentação e Obras de Terraplenagem em Geral no Estado do Rio Grande do Sul

Dinalvo Carlos Diniz - SINCONPE-CE - Sindicato da Indústria da Construção Pesada do Ceará

Gustavo Peters Barbosa - SINDICOPES - Sindicato da Indústria da Construção Pesada no Estado do Espírito Santo

Claudio Medeiros Netto Ribeiro - SINICON - Sindicato Nacional da Indústria da Construção Pesada

Wagner Sandoval Barbosa - ACEOP - Associação Catarinense dos Empresários de Obras Públicas

Diretor Administrativo e Financeiro

Carlos Alberto Laurito

Grupo de Trabalho sobre a nova Lei de Licitações

Bruno Baeta Ligório - Coordenador

Carlos Alberto Laurito

Carlos Eduardo Prado

Carlos Roberto Soares Mingione

Caroline Melloni M.N.Cliber

Cesar Augusto Del Sasso

Daniel Pinto Gontijo

Geraldo Rocha Lima

José Alberto Pereira Ribeiro

José Carlos Chamon

Julio Comparini

Marco Túllio Bottino

Mario Cezar Noia de Assis

Mayra Moriconi

Murilo Mori

Rafael Sacchi

Vinícius Augusto Pereira Benevides

Consultoria Jurídica: Cristiana Fortini e Juliana Picinin - Carvalho Pereira,

Fortini Advogados - Tel: (31) 3299-5421

Editoração - SSCR comunicação - (11) 99230 5083



Brasinfra

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA
DOS SINDICATOS E
ASSOCIAÇÕES DE CLASSE
DE INFRAESTRUTURA

BRASINFRA - Associação Brasileira dos Sindicatos e
Associações de Classe de Infraestrutura

SBN, Quadra 01, Bloco B, Edifício CNC sala 804,
Brasília - DF - CEP 70040-010

Telefone: (11) 3179 5829 ou (61) 3326-8897

www.brasinfra.org.br