A culpa e a retroatividade in mellius da Lei de Improbidade

O Supremo Tribunal Federal retoma hoje o julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo 843.989/PR, de fundamental importância para as esferas administrativa e penal, tendo em vista o reconhecimento de repercussão geral na matéria (Tema 1.199). Decidirá acerca da aplicação retroativa da Lei nº 14.230/21 para os atos de improbidade administrativa cometidos antes de sua edição, tendo em vista eventual *abolitio criminis* para as condutas culposas e o estabelecimento de novo prazo prescricional entre o ajuizamento da ação e a publicação da decisão (LIA, artigo 23, Caput e §§4º e 5º). Quanto à retroatividade da prescrição intercorrente, já defendemos a sua aplicação em estudo anterior [1]. Dessa forma, destinamos ao presente texto espaço exclusivo para análise da extinção das condutas culposas.

Dentre os princípios constitucionais fundantes da Administração Pública, destacamos o da moralidade, consistente no conjunto de regras que possibilitam a distinção entre o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o honesto e o desonesto. A Lei nº 9.784/99 (regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), artigo 2º, prevê como moralidade a *atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé*. Maria Sylvia Zanella Di Pietro a define como *"(…) a moral, os bons costumes, as regras da boa administração, os princípios de justiça e equidade, a ideia comum de honestidade"* [2].

O ato de improbidade é desonesto em sua essência, agredindo a boa-fé, a legalidade, as normas morais de boa conduta, o dever de lealdade e os demais postulados éticos. Visando dar efetiva proteção a tais preceitos, o legislador infraconstitucional emoldurou a ação de improbidade administrativa (regulamentada pela L. nº 8.429/92, com redação atualizada pela L. nº 14.230/21) como aquela que se pretende o reconhecimento judicial de um ato improbo na Administração pública, praticado por seus administradores ou terceiros, com a consequente aplicação das sanções previstas, com o propósito de efetivar o princípio constitucional da moralidade [3].

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

O fundamento constitucional sobre a questão é o artigo 37, §4º, CF, ao dispor que os *atos de improbidade administrativa provocam a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível*. A redação original do da legislação infraconstitucional competente (Lei nº 8.429/92), estabelecia, em seu Capítulo II, três espécies de atos de improbidade. Na Seção I (artigo 9º), tratou dos atos que importam em enriquecimento ilícito. Na Seção II (artigo 10), tratou dos atos que causam prejuízo ao erário público. Finalmente, na Seção III (artigo 11), disciplinou os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Apesar de intenso debate doutrinário e divergências jurisprudenciais, conforme pode ser observado no *Caput* dos artigos 9º e 11, referentes aos atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito e atentam contra os princípios da Administração Pública, de modo geral, sempre se admitiu que o legislador ordinário exigia a presença do dolo como elemento normativo subjetivo para a caracterização das condutas. Por outro lado, no que tange aos atos de improbidade que causassem danos ao erário público, a redação original do artigo 10 admitia, além do dolo, a conduta culposa: *"Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei"*.

Com advento da L. nº 14.230/21, além do *Caput* do artigo 10, outros dispositivos que faziam menção à culpa como elemento subjetivo que permitiam a caracterização de ato improbo capaz de lesionar o erário público foram suprimidos da Lei de Improbidade. Além disso, foram incluídos dispositivos que estabeleceram o dolo como elementar do tipo de improbidade, como também previram prescrições com o objetivo de afastar, primordialmente, sua caracterização. Vejamos, a seguir, alguns desses dispositivos: (grifos nossos).

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

"Artigo 1º. Caput.
§1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas *tipificadas nos artigos 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.*
Artigo 3º 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.*
Artigo 10, §2º A mera perda patrimonial decorrente da atividade econômica não acarretará improbidade administrativa, salvo se comprovado ato doloso *praticado com essa finalidade.*
Artigo 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:*
§17-C, § 1º A ilegalidade sem a presença de dolo *que a qualifique não configura ato de improbidade.*
Artigo 21, §2º As provas produzidas perante os órgãos de controle e as correspondentes decisões deverão ser consideradas na formação da convicção do juiz, sem prejuízo da análise acerca do dolo na conduta *do agente".*

Em que pese a respeitável opinião externada pela Procuradoria-Geral da República no ARE 843.989/PR, não há que se falar em continuidade normativo-sancionadora das novas figuras típicas. Nos parece claro que o legislador objetivou romper com o modelo anteriormente estabelecido, sendo impossível se comparar a culpa, antes ensejadora do artigo 10, LIA, com o dolo expressamente previsto pela Lei nº 14.230/21.

Em outras oportunidades já tratamos das peculiaridades da natureza jurídica do direito administrativo sancionador com relação ao direito penal [4], destacando que os tipos trazidos na Lei de Improbidade impõem os mesmos gravames aos direitos e garantias individuais, tais como o contraditório e ampla defesa, devido processo legal e retroatividade da lei benéfica. Independentemente da natureza dos atos de improbidade (penal ou extrapenal), não nos cabe discutir a aplicação das garantias constitucionais apenas pela diferenciação de seu *nomen iuris*. O que importa é notarmos que as sanções lá previstas, em muitos casos, são tão ou mais gravosas do que as da esfera penal, devendo ser assegurado ao indivíduo a mesma rede protetiva prevista na Constituição Federal para sanções com a mesma carga repressiva de crimes.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Nesse sentido, por tratar-se de *abolitio criminis* para as condutas culposas, a lei deverá retroagir para alcançar fatos cometidos antes de sua edição. Esse também foi o entendimento do ministro André Mendonça, que em seu voto no ARE 843.989/PR, decidiu pela *"aplicação retroativa dos novos contornos conformadores do elemento anímico que a Lei 14.230/21 passou a exigir para a caracterização do ato ímprobo"*. Disse o ministro que não há elementos claros para se distinguir o ilícito administrativo-sancionador do penal, razão pela qual não é possível afastar o princípio da lei benéfica à espécie: *"Portanto, ao analisar as alterações promovidas pela Lei 14.230/21 a partir de tal conjuntura, considerando, por um lado, a manifesta intenção do Poder Legislativo, enquanto conformador do jus puniendi estatal em não mais tipificar como ato de improbidade administrativa a conduta praticada na modalidade culposa; e, de outro lado, o traço comum de excepcional responsabilização pela prática de ato culposo no âmbito do sistema punitivo estatal, de modo geral; não vislumbro como afastar, por unidade sistêmica, a incidência do princípio da retroatividade da norma ulterior benéfica à situação jurídica em análise"*.

A perpetuação dos processos baseados em condutas culposas acarretaria em inadmissível tratamento desigual entre os cidadãos, uma vez que a nova lei exteriorizou que o Estado não tem mais interesse em reprimir atos de improbidade que não sejam dolosos. Nesse sentido, sua manutenção romperia com o princípio constitucional da isonomia, coroado na CF, artigo 5º, *Caput*. Para as ações já transitadas em julgado, em observância ao artigo 5°, XXXVI, CF, deverá o interessado ingressar com ação rescisória, nos termos do artigo 525, §§12 a 15 do Código de Processo Civil.

[1] CAPEZ, Fernando. Aqui.

[2] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 20ª edição. Ed. Atlas, 2007, p. 70.

[3] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 35ª edição. Ed. Atlas, 2021, p. 1.114.

[4]Aqui.

Date Created
11/08/2022

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.