

Carneiro e Ruffo: Dolo nas ações de improbidade

A Lei Federal nº 14.230, publicada no dia 25 de outubro de 2021, trouxe profundas alterações ao regime sancionador de improbidade. Dentre as inovações, impende destacar o incremento do instituto jurídico que passou a ser previsto no artigo 23, § 5º, da Lei n. 8.429/92.



Até então, por ausência de previsão legal a jurisprudência entendia não ser

possível a decretação da prescrição intercorrente em ações de improbidade (STJ, REsp nº 1.289.993/RO, relatora ministra Eliana Calmon, DJe 26/9/2013; REsp nº 1.142.292, relator ministro Herman Benjamin, DJe 16/3/2010; dentre outros). Agora, por força da novel previsão legal a inércia do titular do direito pode resultar na perda da pretensão punitiva, reconhecível inclusive de ofício. De acordo com o novo regramento, o prazo de consumação da prescrição intercorrente é de quatro anos, a ser contado a partir da data em que for interrompido o prazo prescricional, sempre em observância aos marcos interruptivos incorporados ao rol do § 4º do artigo 23.

Por outro lado, cabe lembrar que o Supremo Tribunal Federal (STF), em agosto de 2018, no âmbito do Recurso Extraordinário nº 852.475/SP – Tema 897, assentou que são consideradas "*imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa*". Em apertada maioria (6 a 5), a corte entendeu que o artigo 37, § 5º, da Constituição impõe a imprescritibilidade das ações civis de recomposição do erário por improbidade dolosa.

Parece não haver dificuldades em se afirmar que a interpretação dada pela Suprema Corte ao artigo 37, § 5º, da Constituição igualmente deve se aplicar às hipóteses de prescrição intercorrente. Com efeito, não há motivo para ressaltar essa modalidade prescricional da exegese do texto constitucional adotada pelo STF. Logo, a pretensão de ressarcimento ao erário não será atingida pela prescrição, inclusive intercorrente, quando decorrente de ato doloso de improbidade.

Interessante notar, nesse contexto, que após o julgamento do Tema 897, o elemento subjetivo (dolo) passara a ser elemento central no exame da imprescritibilidade das ações de ressarcimento. É que, naquela oportunidade, o STF consignou que só poderiam ser consideradas imprescritíveis as ações fundadas em ato de improbidade na forma dolosa. Nesse sentido, o ministro Luís Roberto Barroso ressaltou, durante o julgamento, ser necessário *"cingir a imprescritibilidade do ressarcimento a? s hipoteses de dolo e excluir as hipoteses de culpa, em que, por uma falha humana, na? o intencional, se tenha eventualmente causado um prejuizo ao Erario"*.

Por sua vez, a recente Lei nº 14.230/2021 pôs fim à modalidade culposa por improbidade, outrora permitida para a hipótese de lesão ao erário. O atual diploma legal exige o dolo para a configuração da improbidade em qualquer de suas modalidades, sem exceção. Com isso, o exame do elemento subjetivo deixa de ser relevante para a aplicação do Tema 897 do STF no âmbito de vigência da nova lei, dado que somente haverá improbidade se houver dolo.

Não se pode olvidar, contudo, que permanece a controvérsia a respeito da retroatividade da nova lei. Para essa perspectiva pretérita, cabe destacar que os contornos para a aferição do dolo foram significativamente modificados e podem repercutir na análise da imprescritibilidade das ações de ressarcimento. No ponto, mister rememorar que o entendimento jurisprudencial estabelecido sob a égide da Lei nº 8.429/92 era de que o dolo genérico seria suficiente para a configuração da improbidade (STJ, AgInt no REsp nº 1.590.530/PB, relatora ministra Herman Benjamin, DJe 6/3/2017).

Já a Lei n. 14.230/2021 estabeleceu, no artigo 1º, § 1º, que *"considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos artigos 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente"*. Passou-se a exigir, portanto, o dolo específico, isto é, a comprovação da livre e consciente do réu em alcançar determinados resultados ilícitos. Em sentido similar, Teori Zavascki há muito defendia que no sistema de improbidade devem ser observados, *mutatis mutandis*, os mesmos padrões conceituais que orientam o sistema penal, fundados na teoria finalista, segundo a qual a vontade constitui elemento indispensável à ação típica de qualquer crime. No crime doloso, afirmava o ministro, a finalidade da conduta é a vontade do concretizar um ilícito (vontade de resultado).[\[1\]](#)

À luz de tais ponderações, para que seja configurado o dolo na nova sistemática da improbidade revela-se necessário a comprovação inequívoca, mediante elementos de prova robustos e idôneos, de condutas praticadas pelo réu, imbuídas de má-fé e desonestidade, que objetivem, ardilosa e de forma livre e consciente, o alcance de resultados ilícitos, visando deliberadamente obter vantagens e benefícios de cunho pessoal, seja para si ou para terceiros pessoas de seu ciclo pessoal ou profissional.[\[2\]](#)

Nesse contexto, em boa hora o STF afetou o ARE nº 843.989/PR como Tema nº 1.199 para julgar, em sede de repercussão geral, sobre a aplicação ou não, em caráter retroativo, i) dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente em ações de ressarcimento fundadas na prática de ato de improbidade; e ii) dos inovadores parâmetros do elemento subjetivo (dolo) para a caracterização de ato ímprobo. A escolha da Corte em examinar conjuntamente a retroatividade das novas regras prescricionais com a retroatividade dos recentes critérios para a aferição do dolo foi acertada, porquanto ambos os temas repercutem com relevância nas ações de ressarcimento por improbidade.

[1] ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 109.

[2] Nessa linha, em recente decisão datada em 25 de março de 2022, o e. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no âmbito do processo n. 0004573-61.2011.4.01.4000, consignou que “*a improbidade administrativa não pode ser confundida com mera ilegalidade ou inabilidade do agente público. É dizer, nem toda ilegalidade ou deficiência formal traduz um ato ímprobo, assim entendido aquele que carrega a marca imprescindível do propósito malsão, da desonestidade e deslealdade funcional no trato da coisa pública. Em outras palavras, não há improbidade sem desonestidade. Muito embora todo ato ímprobo seja um ato ilícito, “nem todo ilícito ou irregularidade constituem atos de improbidade”*”.

Date Created

12/05/2022