

V O T O – QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Como Relatado, o objeto da presente reclamação são as ações de improbidade administrativa por ato político, 96.00.01079-0 e 95.00.20884-9, ajuizadas, respectivamente, perante a 20ª e 22ª Varas Federais da Seção Judiciária do Distrito Federal contra os Reclamantes, Pedro Sampaio Malan, Pedro Pullen Parente e José Serra.

Essas ações civis foram ajuizadas pela suposta prática de atos de improbidade administrativa, os quais teriam sido cometidos a partir de agosto de 1995, quando da criação, pelo Conselho Monetário Nacional, do Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional (PROER).

Nas ações 95.00.20884-9 e 96.00.01079-0, ambas ajuizadas pelo Ministério Público Federal, respectivamente em dezembro/1995 e janeiro/1996, foi requerido que fossem os réus condenados pela prática de atos de improbidade administrativa, nos termos do art. 12, II, da Lei 8.429/1992, *in verbis*:

“Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

(...).

II - **na hipótese do art. 10 desta Lei**, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e 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, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos.”

Em sede cautelar, o então Relator, Min. GILMAR MENDES, suspendeu todos os atos decisórios praticados nos mencionados processos. Posteriormente, em 22/04/2008, julgou procedente a

reclamação para “determinar o arquivamento das ações ajuizadas perante a 20ª e a 22ª Varas Federais de Brasília”.

Contudo, tal decisão monocrática foi revertida por acórdão da 1ª Turma, que, ao prover o Agravo Interno, interposto pelo Ministério Público Federal, julgou improcedente a presente reclamação, considerada a competência do primeiro grau de jurisdição para o processamento e julgamento de ações de improbidade administrativa.

Importante salientar que não há certificação de trânsito em julgado nos processos 96.00.01079-0 e 95.00.20884-9, não existindo sequer decisões de mérito definitivas na origem. Acrescento, ainda, que a imputação realizada pelo Ministério Público nas ações de origem é da ocorrência de ato de improbidade administrativa culposo, nos termos da redação anterior do artigo 10 da LIA.

No processo 96.00.01079-0, a inicial proposta pelo Ministério Público não qualifica as condutas como dolosas, indicando que os imputados teriam agido acreditando que podiam autorizar o ato descrito por meio de ato do Conselho Monetário Nacional e que, sucessivamente, podiam realizar o ato autorizado por meio do ato do Conselho Monetário Nacional. Não há imputação de conduta dolosa de improbidade, mas apenas descrição de conduta culposa, consistente na análise equivocada da legislação de regência, acreditando os imputados, ora reclamantes, que agiam de acordo com autorização legal, seja por meio da legislação própria, seja pelo ato autorizador emanado do Conselho Monetário Nacional.

Da mesma forma, nos autos 95.00.20844-9, o fundamento de imputação dos reclamantes é a conduta negligente de realizar assistência financeira acima do limite permitido à modalidade. Afirma a inicial do Ministério Público: “**68. Embora não se possa afirmar de plano que as garantias oferecidas pelo Banco Econômico S.A. para lastrear a citada operação de assistência financeira não foram suficientes nem adequadas, verifica-se que a atuação dos dirigentes do Bacen colocou em risco a quantia deferida para a cobertura do saque a descoberto.**” (doc. 2, fls. 80/81). E, por consequência, imputa aos réus a omissão no cumprimento do dever de impedir operações e de tomar medidas acautelatórias, sem indicar ou descrever dolo na conduta, mas sim negligência e imperícia na condução de atos do Banco Central do Brasil.

Percebe-se, portanto, que as ações originárias não imputam atos de improbidade administrativa dolosos, mas sim culposos, o que atrai o entendimento afirmando na decisão pela CORTE no Tema 1.199.

Observe-se que, apesar da LIA, em sua redação original, somente permitir, excepcionalmente, responsabilidade a título culposo nas condutas definidas em seu artigo 10, o legislador pretendeu reafirmar a necessidade do elemento subjetivo – DOLO – também nos artigos 9º e 11 – que sempre foram tipos eminentemente dolosos –, incluindo as expressões “*mediante a prática de ato doloso*” e “*ação ou omissão dolosa*”, respectivamente.

A *ratio* desse reforço legislativo foi reafirmar a total impossibilidade de responsabilização objetiva por ato de improbidade administrativa em qualquer de suas condutas, bem como a inexistência de atos de improbidade administrativa culposos nos artigos 9º, 10 e 11.

A necessidade de apontar os fatos e imputações de cada um dos réus, mesmo que não se exija a mesma rigidez de tipicidade do campo do Direito Penal, sempre foi exigência legal, pois não há responsabilidade objetiva que possibilite as sanções da Lei de Improbidade Administrativa, devendo ser demonstrado o elemento subjetivo do tipo, ou seja, o dolo, e, anteriormente à nova lei, excepcionalmente, em condutas do art. 10, o elemento normativo culpa (STJ, 1ª T., REsp 926.772/MA, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI; STJ, 2ª T., REsp 1.042.100/ES, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES).

Ressalte-se, portanto, que, mesmo antes da edição da nova lei, não era admitida pelo ordenamento jurídico a condenação por ato de improbidade administrativa com base em responsabilidade objetiva do agente, nem tampouco por condutas culposas referentes aos atos de improbidade administrativa tipificados nos artigos 9º e 10.

A alteração legislativa significativa, portanto, diz respeito à revogação da previsão legal de ato de improbidade administrativa culposo, anteriormente previsto na redação originária do artigo 10 da LIA, e suas consequências em relação aos atos anteriormente praticados e decisões judiciais já proferidas; **uma vez que, a partir da edição da Lei – 25 de outubro de 2021 – não há mais, no ordenamento jurídico, a tipificação para atos culposos de improbidade administrativa.**

A opção do legislador em alterar a lei de improbidade administrativa com a supressão da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa – independentemente da concordância ou não com seu mérito – foi clara e plenamente válida, uma vez que é a própria Constituição Federal que delega à legislação ordinária a forma e tipificação dos atos de improbidade administrativa e a gradação das sanções constitucionalmente estabelecidas (CF, art. 37, §4º).

À partir da edição da nova Lei 14.230/2021, portanto, o agente público que, culposamente, causar dano ao erário poderá responder civil e administrativamente por ato ilícito, porém não mais por ato de improbidade administrativa; nos termos, inclusive, do artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que dispõe que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

Essa previsão foi regulamentada pelo Decreto 9.830/2019 que, no art. 12, § 1º, conceitua “erro grosseiro” como culpa grave caracterizada por extremo grau de negligência, imprudência ou imperícia, nesses termos:

“Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

§ 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.”

Ao revogar a modalidade culposa do ato de improbidade administrativa, entretanto, a Lei 14.230/2021, não trouxe qualquer previsão de “anistia” geral para todos aqueles que, nesses mais de 30 anos de aplicação da LIA, foram condenados pela forma culposa de artigo 10; nem tampouco determinou, expressamente, sua retroatividade ou mesmo estabeleceu uma regra de transição que pudesse auxiliar o intérprete na aplicação dessa norma – *revogação do ato de improbidade administrativa culposo* – em situações diversas como ações em andamento, condenações não transitadas em julgado e condenações transitadas em julgado.

A Lei 14.230/2021, somente, estabeleceu uma genérica aplicação “ao sistema de improbidade administrativa os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador”, que precisa ser compreendida.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, inovou em matéria de Administração Pública, consagrando os princípios e preceitos básicos referentes à gestão da coisa pública.

Ressalte-se que nenhuma das Constituições anteriores havia constitucionalizado os princípios e preceitos básicos do Direito Administrativo de maneira tão detalhada e completa quanto a atual

Constituição Federal de 1988 (Cf. a respeito: HILTON CAMPANHOLE Lobo; ADRIANO CAMPANHOLE. *Constituições do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000; *Constituição da República Federativa do Brasil (1946, 1967, 1969, 1988)*: quadro comparativo. Brasília: Senado Federal, 1996.), e, igualmente, tal hipótese não encontra paralelo no Direito Comparado.

Como destacou JOSÉ CRETELLA JÚNIOR,

“pela primeira vez na história do Direito Constitucional positivo brasileiro vamos encontrar, na Lei Magna, a expressão *Administração Pública*, no Capítulo VII, cujo título é precisamente este: *Administração Pública*” (A administração pública. In: Vários autores. *A Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 94).

Poder-se-ia afirmar ainda que a atual Constituição da República codificou as principais normas do Direito Administrativo, que, como lembra JEAN RIVEIRO, é essencialmente não codificado (*Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981. p. 35); prevendo normas de gerência, contratação, publicidade, entre outras; além do Estatuto do Servidor Público e de mecanismos de controle da Administração.

A codificação constitucional das normas administrativas possibilitou a consagração de uma Teoria Geral do Direito Constitucional Administrativo, voltada para a observância dos princípios constitucionais básicos e tendo por finalidade limitar o poder estatal, prevendo instrumentos de controle e meios de responsabilização dos agentes públicos, para garantia de transparência e probidade na administração e voltados para o combate à corrupção.

Como salientado por MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO,

“a corrupção, embora sua feição mude de época para época, é um fenômeno presente em todos os tempos. Dela, não escapa regime algum. Igualmente, ela existe no mundo inteiro, conquanto em níveis diversos. É assim um mal que todo regime tem de estar preparado para enfrentar”. Contudo, observa o citado professor, a corrupção é “particularmente grave numa democracia. Esta, com efeito, confia na representação para realizar o interesse geral. Se ela é corrupta e persegue o seu bem particular, o regime fica totalmente desfigurado. Além disso, na democracia, rapidamente a corrupção desmoraliza o Poder, além de ser um fator de ineficiência. Por isso, pode levar

facilmente à perda da legitimidade do regime” (*A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 87-88).

Dessa forma, em face da modernização e do agigantamento do Estado, a constitucionalização do Direito Administrativo representou verdadeiro instrumento de combate à corrupção em todos os níveis da Administração Pública, em defesa da legitimidade do regime democrático.

Importante lembrar a lição de KARL LOEWESTEIN, quando afirmou que,

“na sociedade do Século XX, se pode considerar como o fenômeno mais digno de ser ressaltado a transformação do Estado Legislativo em Estado Administrativo” (*Teoria de la constitucion*. Barcelona: Ariel, 1946. p. 66).

A Constituição de 1988, portanto, constitucionalizou regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos, dando novos contornos ao Direito Administrativo Sancionador (DAS), que deixou de somente regular a relação administrado/administração, passando a ter princípios e valores próprios de regência da legalidade e moralidade na atuação do Poder Público.

Essa concepção, como anteriormente citado, foi consagrada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, como esclarecem PIMENTA OLIVEIRA e MUNETTI GROTTI:

"A Constituição reconhece o valor jurídico diferenciado do interesse público como categoria própria e não assimilável aos meros interesses pronunciados por administradores públicos ou meramente associados aos órgãos e entes públicos e governamentais, por lei ou atos infralegais. Não se trata de mero conceito jurídico indeterminado que a teoria da linguagem possa esgotar como operacionalizá-lo. O interesse público é um conceito recepcionado na Constituição. Isto se faz no capítulo próprio dos Direitos e Garantias Fundamentais (artigo 19, inciso I), no capítulo dedicado à Administração Pública, em seu significado funcional (artigo 37, inciso LX, na disciplina das leis (artigo 66, parágrafo 1º), na atividade de gestão da função pública na Magistratura (artigo 93, inciso VIII e artigo 95, inciso II) e no Ministério Público (artigo 128,

parágrafo 5º, inciso I, alínea b), e na distinção do campo da legalidade (tal como cristalizado na própria Constituição) do preceituado como próprio ao interesse público, em seu ADCT (artigo 51 ADCT). Esta presença constitucional significa que aos intérpretes não é dado ignorar ou reduzir sua relevância no sistema jurídico, devendo cumprir a função de demonstrar as suas projeções normativas no processo de concretização constitucional" (*Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 22, nº 120, p. 83-126, març./abr. 2020, p. 90*).

É nesse sentido que deve ser entendido e interpretado o denominado "Direito Administrativo Sancionador (DAS)", que é sub-ramo do Direito Administrativo e consiste na "expressão do efetivo poder de punir estatal, que se direciona a movimentar a prerrogativa punitiva do Estado, efetivada por meio da Administração Pública e em face do particular ou administrado" (BENEDITO GONÇALVES; RENATO CÉSAR GUEDES GRILO). Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988. *Revista Estudos Institucionais, v. 7, nº 2, mai./ago. 2021, p. 468*).

Diferentemente do Direito Penal, que materializa o *ius puniendi* na seara judicial, mais precisamente no juízo criminal; o Direito Administrativo Sancionador tem aplicação no exercício do *ius puniendi* administrativo; sendo ambos expressões do poder punitivo estatal, porém representando sistemas sancionatórios que "*não guardam similitude de lógica operativa*" (JOSÉ ROBERTO PIMENTA OLIVEIRA; DINORÁ ADELAIDE MUNETTI GROSSI. *Direito Administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 22, nº 120, p. 83-126, mar./abr., 2020, p. 90*).

Na impossibilidade de aplicação do Direito Penal ao sistema de improbidade, por expressa determinação constitucional que prevê responsabilidades diversas (CF, art. 37, §4º), a nova lei optou, expressamente, por estabelecer a aplicação do Direito Administrativo Sancionador no âmbito do sistema de improbidade administrativa, reforçando a natureza civil do ato de improbidade.

E o fez, para garantir um maior rigor procedimental nas investigações e uma maior efetividade na aplicação do contraditório e ampla defesa.

Na presente hipótese, portanto, para a análise da retroatividade ou irretroatividade não da norma mais benéfica trazida pela Lei 14.230/2021 – revogação do ato de improbidade administrativa culposo – o intérprete deverá, obrigatoriamente, conciliar os seguintes vetores:

(1) A natureza civil do ato de improbidade administrativa definida diretamente pela Constituição Federal;

(2) A constitucionalização, em 1988, dos princípios e preceitos básicos, regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos, dando novos contornos ao Direito Administrativo Sancionador (DAS)

(3) A aplicação dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador ao sistema de improbidade administrativa por determinação legal;

(4) Ausência de expressa previsão de “anistia geral” aos condenados por ato de improbidade administrativa culposo ou de “retroatividade da lei civil mais benéfica”;

(5) Ausência de regra de transição.

A análise conjunta desses vetores interpretativos nos conduz à conclusão de que o princípio da retroatividade da lei penal, consagrado no inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal (“*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*”) não tem aplicação automática para a responsabilidade por atos ilícitos civis de improbidade administrativa, por ausência de expressa previsão legal e sob pena de desrespeito à constitucionalização das regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos com flagrante desrespeito e enfraquecimento do Direito Administrativo Sancionador.

O inciso XL deve ser interpretado em conjunto com o inciso XXXVI, ambos do artigo 5º da Constituição Federal.

Em regra, a lei não deve retroagir, pois “*não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”, inclusive no campo penal, salvo, excepcionalmente, quando se tratar de lei penal mais benéfica, quando então “*retroagirá para beneficiar o réu*”. Trata-se, portanto, de expressa e excepcional previsão constitucional de retroatividade.

O art. 6º da LINDB também estatui a irretroatividade das leis, ao estabelecer que:

“A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.”

A retroatividade das leis é hipóteses excepcional no ordenamento jurídico, sob pena de ferimento à segurança e estabilidade jurídicas; e, dessa maneira, inexistindo disposição expressa na Lei 14.230/2021, não há como afastar o princípio do *tempus regit actum*.

A norma mais benéfica prevista pela Lei nº 14.230/2021 – **revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa** –, portanto, não é retroativa e, conseqüentemente, não tem incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; uma vez que, nos termos do artigo 5º, XXXVI:

“XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

Ressalte-se, entretanto, que apesar da irretroatividade, em relação a redação anterior da LIA, mais severa por estabelecer a modalidade culposa do ato de improbidade administrativa em seu artigo 10, **vige o princípio da não ultra-atividade**, uma vez que não retroagirá para aplicar-se a fatos pretéritos com a respectiva condenação transitada em julgado, mas tampouco será permitida sua aplicação a fatos praticados durante sua vigência mas cuja responsabilização judicial ainda não foi finalizada.

Isso ocorre pelo mesmo princípio do *tempus regit actum*, ou seja, tendo sido revogado o ato de improbidade administrativa culposo antes do trânsito em julgado da decisão condenatória; não é possível a continuidade de uma investigação, de uma ação de improbidade ou mesmo de uma sentença condenatória com base em uma conduta não mais tipificada legalmente, por ter sido revogada.

Não se trata de retroatividade da lei, uma vez que todos os atos processuais praticados serão válidos, inclusive as provas produzidas – que poderão ser compartilhadas no âmbito disciplinar e penal –; bem como a ação poderá ser utilizada para fins de ressarcimento ao erário.

Entretanto, em virtude ao princípio do *tempus regit actum*, não será possível uma futura sentença condenatória com base em norma legal revogada expressamente.

Em conclusão, as alterações feitas pela Lei 14.230/2021 nos artigos

1º, §§ 1º e 2º; 9º, 10, 11; bem como com a revogação do artigo 5º preveem:

1) Impossibilidade de responsabilização objetiva por ato de improbidade administrativa;

2) A exigência de comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo – nos artigos 9º, 10 e 11 – a presença do elemento subjetivo – DOLO;

3) A inexistência da modalidade culposa de ato de improbidade a partir da publicação da Lei 14.230/2021;

4) A irretroatividade da norma benéfica da Lei 14.230/2021, 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;

5) A aplicação dos princípios da não ultra-atividade e *tempus regit actum* à modalidade culposa do ato de improbidade administrativa praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado; devendo o juízo competente analisar eventual má-fé ou dolo eventual por parte do agente.

Nesse sentido, em que pese a irretroatividade da norma benéfica da Lei 14.230/2021, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, afastando a incidência da nova norma ante a eficácia da coisa julgada, já de se observar o reconhecimento da inexistência de ultratividade na anterior norma, impedindo-se a continuidade de processo ainda em andamento fundado em afirmação de ato de improbidade administrativa culposos.

Assim, na presente hipótese, incide a aplicação dos princípios da não extra-atividade da lei que previa a modalidade culposa do ato de improbidade administrativa.

Havendo revogação expressa da norma que previa a figura da improbidade culposa, em todas as suas modalidades, mas sem que o fato tenha sido objeto de sentença transitada em julgado, incide o princípio acima mencionado, impedindo-se a continuidade de processos iniciados a partir da imputação da figura culposa da improbidade. Há, assim, um esvaziamento normativo da imputação nas ações de origem, impedindo sua continuidade.

Dessa maneira, em respeito à segurança jurídica e aos precedentes

fixados pelo Plenário da CORTE, o Acórdão impugnado deve ser ajustado ao que decidido pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, prevalecendo o entendimento firmado no ARE 843.989, de minha relatoria, julgado pelo Tribunal Pleno em 18/08/2022.

Ante o exposto, RESOLVO A QUESTÃO DE ORDEM submetida à Turma no sentido de JULGAR PROCEDENTE a reclamação e determinar a extinção sem resolução do mérito dos processos 95.00.20884-9 (22ª Vara Federal de São Paulo) e 96.00.01079-0 (20ª Vara Federal de São Paulo).

É como voto.