

REFLEXÕES SOBRE O EXPURGO DA CULPA NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: OS IMPACTOS DO JULGAMENTO DO TEMA 897 DA REPERCUSSÃO GERAL NA LEI Nº 14.230/2021^(*)

REFLECTIONS ON THE EXCLUSION OF NEGLIGENCE IN ADMINISTRATIVE IMPROPRIETY: THE IMPACTS OF THE JUDGMENT OF THEME 897 OF GENERAL REPERCUSSION ON LAW NO. 14.230/2021

REFLEXIONES SOBRE LA EXCLUSIÓN DE LA CULPA EN LA IMPROBIDAD ADMINISTRATIVA: LOS IMPACTOS DEL FALLO DEL TEMA 897 DE LA REPERCUSIÓN GENERAL EN LA LEY Nº 14.230/2021

Gabriel Ulbrik Guerrero¹
Ítalo Alexandre do Nascimento²
Sarelle Alves do Nascimento³
José Marcos de Lira Oliveira Filho⁴

RESUMO

O presente artigo aborda a evolução do sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa com enfoque na importância do elemento subjetivo para a tipificação das condutas a ele submetidas. Promulgada em resposta à transição política ocorrida na década de 1990, a Lei de Improbidade Administrativa teve como objetivo fortalecer os princípios éticos na administração pública, sofrendo, com o passar do tempo, diversos influxos da jurisprudência e da doutrina que culminaram em sua reforma em 2021. A pesquisa busca apresentar um panorama da conjuntura anterior a essa alteração legislativa, analisando os artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, em especial no que se refere à presença da culpa ou do dolo como requisito

(*) Recibido: 03/02/2023 | Aceptado: 17/05/2023 | Publicación en línea: 30/06/2023.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

- ¹ Doutor em Direito (UFPE). Mestre em Direito (UFPE). Especialista em Direito Tributário (IBET). Julgador Administrativo-Tributário do Tesouro Estadual na Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco. Professor. Email: gabriel.ulbrik@ufpe.br. ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-8642-5575>
- ² Mestrando em Direito (UFPE). Pós-Graduando em Direito Constitucional (ABD Const). Associado ao IDASAN. Estado de Pernambuco. Advogado. Email: contato.italonascimento@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-9051-6583>.
- ³ Graduada pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Advogada. Email: sarelle.adv@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-8027-8680>.
- ⁴ Mestre em Perícias Forenses no Programa de Pós-graduação pela Universidade de Pernambuco. Email: marcosloliveiraadv@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1420-574X>.

para a configuração da conduta ímproba. As modificações introduzidas pela Lei nº 14.230/2021, que eliminou a conduta culposa como elemento subjetivo, são debatidas, levantando reflexões acerca da necessidade de equilíbrio na responsabilização dos agentes públicos. Para elaboração do estudo, foi empregada a metodologia de pesquisa bibliográfica de natureza qualitativa e de caráter descritivo. Além disso, fez-se uso da análise casuística jurisprudencial a fim de evidenciar não apenas as mudanças normativas, mas, também, a constante reflexão sobre a aplicação da lei, concluindo por ressaltar a importância de encontrar um equilíbrio entre a responsabilização e a segurança jurídica na aplicação das sanções administrativas, sobretudo quando impositivas de maior ônus à Administração Pública acusadora.

Descritores: improbidade administrativa, elemento subjetivo, dolo, ressarcimento ao erário.

ABSTRACT

The present article addresses the evolution of the accountability system for acts of administrative misconduct, focusing on the importance of the subjective element for the characterization of the behaviors subjected to it. Enacted in response to the political transition that occurred in the 1990s, the Law of Administrative Improbability aimed to strengthen ethical principles in public administration. Over time, it underwent various influences from jurisprudence and doctrine, culminating in its reform in 2021. The research seeks to present an overview of the situation prior to this legislative change, analyzing articles 9, 10, and 11 of Law No. 8,429/92, especially regarding the presence of fault or intent as a requirement for the configuration of the improper conduct. The changes introduced by Law No. 14,230/2021, which eliminated negligent conduct as a subjective element, are discussed, raising reflections on the need for balance in holding public agents accountable. To conduct the study, a qualitative and descriptive bibliographic research methodology was employed. Additionally, casuistic jurisprudential analysis was used to highlight not only normative changes but also constant reflection on the application of the law. The study concludes by emphasizing the importance of finding a balance between accountability and legal certainty in the application of administrative sanctions, especially when imposing a greater burden on the accusing Public Administration.

Descriptors: administrative impropriety, subjective element, intent, reimbursement to the public treasury.

RESUMEN

El presente artículo aborda la evolución del sistema de responsabilidad por actos de improbidad administrativa con enfoque en la importancia del elemento subjetivo para la tipificación de las conductas a las que está sometido. Promulgada en respuesta a la transición política ocurrida en la década de 1990, la Ley de Improbidad Administrativa tuvo como objetivo fortalecer los principios éticos en la administración pública, sufriendo, con el paso del tiempo, diversos influjos de la jurisprudencia y la doctrina que culminaron en su reforma en 2021. La investigación busca presentar un panorama de la coyuntura anterior a este cambio legislativo, analizando los artículos 9, 10 y 11 de la Ley n.º 8.429/92, en especial en lo que se refiere a la presencia de la culpa o del dolo como requisito para la configuración de la conducta ímproba. Se discuten las modificaciones introducidas por la Ley n.º 14.230/2021, que eliminó la conducta culposa como elemento subjetivo, planteando reflexiones sobre la necesidad de equilibrio en la responsabilización de los agentes públicos. Para la elaboración del estudio, se empleó la metodología de investigación bibliográfica de naturaleza cualitativa y de carácter descriptivo. Además, se utilizó el análisis jurisprudencial casuístico para evidenciar no solo los cambios normativos, sino también la constante reflexión sobre la aplicación de la ley, concluyendo por destacar la importancia de encontrar un equilibrio entre la responsabilidad y la seguridad jurídica en la aplicación de las sanciones administrativas, especialmente cuando imponen mayores cargas a la Administración Pública acusadora.

Descritores: improbidad administrativa, elemento subjetivo, dolo, reembolso al erario.

1 INTRODUÇÃO

Na virada da década de 1990, em meio à marcante transição política no Brasil, com o fim do regime militar e a promulgação da Constituição de 1988, emergia a necessidade de consolidar instrumentos jurídicos que fortalecessem a proteção dos princípios éticos e morais na administração pública. Nesse contexto democrático, o artigo 37, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil estabeleceu sanções para atos de improbidade administrativa, buscando salvaguardar a probidade, a moralidade e a honestidade no serviço público.

Em resposta a essa demanda, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) foi promulgada, prescrevendo sanções civis e políticas contra agentes públicos que desrespeitassem os princípios fundamentais da administração pública. A elaboração dessa legislação foi fruto de intensos debates no Congresso Nacional, refletindo a preocupação em criar normas eficazes para punir práticas contrárias à probidade administrativa.

Entre os elementos necessários para a aplicação das medidas sancionatórias previstas, ressalta-se o componente subjetivo, que envolve a intenção do agente em praticar atos tipificados no sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa. Essa dimensão subjetiva torna-se de extrema importância, pois reflete o objetivo primordial do legislador constituinte de assegurar valores éticos na administração pública.

No presente texto, será delineado o panorama legislativo que antecedeu à modificação da Lei de Improbidade Administrativa, com enfoque no elemento subjetivo do tipo infracional administrativo sancionador. Serão, ainda, abordadas as nuances dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, com especial ênfase à importância do elemento subjetivo na caracterização dos atos de improbidade administrativa.

Posteriormente, a discussão se voltará para a reforma legislativa promovida pela Lei nº 14.230/2021, que impactou significativamente o referido sistema de responsabilização ao excluir a culpa como um dos tipos de elementos subjetivos configuradores da conduta ímproba.

Dessa forma, o presente trabalho visa proporcionar uma análise ensaística do elemento subjetivo do tipo infracional administrativo sancionador, contextualizando-o no cenário legislativo e jurisprudencial pré-reforma, a fim de explorar suas implicações na Lei de Improbidade Administrativa, empregando para esse fim a metodologia de pesquisa bibliográfica de natureza qualitativa e de caráter descritivo.

2 O ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO INFRACIONAL ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NA LEI Nº 9.429/92 PRÉ-REFORMA

O fim do regime militar e a promulgação da Constituição de 1988 constituíram marcos significativos de um período de transição política ocorrido no início da década de 1990. Esse contexto democrático trouxe consigo a demanda por instrumentos jurídicos que fortalecessem a proteção dos princípios éticos e morais na administração pública. Consoante prescreve o artigo 37, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil:

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Em resposta à necessidade de estabelecer mecanismos legais mais eficazes para coibir práticas ilícitas de agentes públicos, dentro das diretrizes da Constituição de 1988, foi promulgada a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92). Esse diploma legal estabelece sanções civis e políticas para agentes públicos que pratiquem atos que atentem contra os princípios da administração pública, tais como a moralidade, a legalidade e a lealdade às instituições.

A elaboração do sistema de responsabilização por atos ímprobos sofreu influxos dos diversos debates ocorridos no Congresso Nacional, envolvendo parlamentares, juristas, membros do Ministério Público e representantes da sociedade civil. O objetivo principal era criar normas que punissem efetivamente aqueles que praticassem atos contrários à probidade na administração pública e

em desacordo com a lealdade, boa-fé, honestidade e honradez, chamados de atos de improbidade administrativa.

Nesse sentido, o legislador optou por dividir os tipos atos de improbidade administrativa em três, constantes nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, utilizando como parâmetro os objetivos perseguidos pelo sujeito ativo e o tipo de dano causada ao sujeito passivo, quais sejam: atos que acarretam o enriquecimento ilícito, atos que causam dano ao erário e atos que atentam contra os princípios da administração pública. Cabe pontuar que, em 2016, a Lei Complementar nº 157 introduziu naquele diploma legal o artigo 10-A, prevendo a configuração de ato de improbidade em razão de condutas decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário, tipificação que posteriormente foi incorporada ao artigo 10 com a reforma introduzida pela Lei nº 14.230/21.

Importa destacar que o ato de improbidade administrativa, para acarretar a aplicação das medidas sancionatórias previstas no artigo 37, § 4º, da Constituição, exige a presença de determinados elementos, sendo eles: o sujeito passivo (uma das entidades mencionadas no artigo 1º⁵ da Lei nº 8.429/92), o sujeito ativo (o agente público ou terceiro que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta), a ocorrência do ato danoso e o elemento subjetivo (Di Pietro, 2019).

Dito isto, passando para o tema central deste estudo, o elemento subjetivo refere-se à intenção do agente em praticar atos que configurem improbidade administrativa. Como explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019), "a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública" (p. 1825).

⁵ Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos (redação original).

Por essa razão, argumentavam algumas vozes que a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa deveria ser pautada pelo bom senso, pela análise da intenção do sujeito ativo, observando a razoabilidade e a proporcionalidade, para que não fossem enquadradas condutas que poderiam ter sido sanadas no âmbito da Administração, sem precisar, assim, recorrer ao Poder Judiciário.

Nesse toar, com o fito de trazer uma melhor exposição sobre o tema, torna-se necessário discorrer brevemente sobre o cenário legislativo anterior à alteração ocorrida em 2021.

Na redação originária da Lei nº 8.429/92, para atrair a incidência do sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa, era necessário que houvesse a presença de culpa ou dolo na conduta do sujeito ativo. Cabe destacar, ainda, que, nos dispositivos originais que trazem os tipos de atos de improbidade, apenas o artigo 10 abrangia as condutas dolosas ou culposas; enquanto nas situações descritas nos artigos 9º e 11, eram responsabilizadas exclusivamente as condutas dolosas.

A respeito do enriquecimento ilícito previsto no artigo 9º, Marçal Justen Filho (2013) afirma que é a “categoria que abrange as hipóteses mais evidentes e reprováveis de improbidade administrativa, atinente a atos orientados a produzir acréscimos no patrimônio do agente ou de um terceiro” (p. 1084). É o que se constata através da leitura da redação original do dispositivo:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...)

O elenco das condutas dispostas no artigo 9º, segundo o autor, é exemplificativo, sendo possível organizar as hipóteses em quatro subgrupos: atos de percepção de vantagens indevidas de terceiros (artigo 9º, incisos I, II, III, V, VI, IX e X), atos de apropriação indevida (artigo 9º, incisos IV, XI e XII), atos em conflito de interesses (artigo 9º, inciso VIII) e atos evidenciadores de enriquecimento sem justificativa (artigo 9º, inciso VII) (Justen, 2013).

Já o artigo 10 dispõe sobre os atos de improbidade que acarretam dano ao erário em virtude de condutas omissivas ou comissivas:

Art. 10. 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, e notadamente:

(...) (redação original)

A respeito desse dispositivo, Marçal Justen Filho (2013) afirmou em obra anterior à alteração:

A esmagadora maioria das condutas descritas no artigo 10 compreende o dolo genérico como elemento subjetivo. Admite-se, no entanto, a culpa em situações excepcionais, especialmente nas hipóteses em que a lesão aos cofres públicos se aperfeiçoa em virtude da omissão da adoção de providências indispensáveis à defesa dos interesses e bens colocados sob guarda de um agente estatal.

Logo, os casos referidos no artigo 10 - que envolvem, normalmente, atos omissivos - são mais propícios à existência de um elemento subjetivo merecedor de elevada reprovação, ainda que não chegue a configurar o dolo. A conduta omissiva desarrazoada, caracterizadora de negligência, é suficiente para merecer a reprovação pela configuração de improbidade.

Mas isso depende da natureza da infração, sob o prisma da conduta material. Não é toda e qualquer hipótese de omissão que comporta qualificação como improbidade sem um elemento doloso (p. 1086).

Nota-se que o autor ressalta o dever de cuidado ao caracterizar uma conduta culposa como ato de improbidade. Por esse motivo, esse era o único tipo de improbidade em que sancionava a conduta na modalidade culposa antes da alteração promovida pela Lei nº 14.230/2021.

Por fim, o artigo 11 dispõe sobre os atos de improbidade que atentam contra os princípios fundamentais:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

(...) (redação original)

Sobre esse dispositivo, Marçal Justen Filho (2013) traz que “a ofensa à honestidade, à imparcialidade, à legalidade ou à lealdade somente adquire relevância para seu efeito quando se evidenciar como um meio de realização de objetivos ímprobos” (p. 1089). Inclusive, ensina que não se admite infração de improbidade subsumível ao artigo 11 sem um elemento de dolo, ou seja, a atuação culposa é insuficiente (Justen, 2013).

Diante do que foi exposto, é possível perceber que parcela da doutrina trazia diversas ressalvas em relação ao elemento subjetivo na modalidade culpa, debate que ecoava igualmente no âmbito jurisprudencial. Essa miscelânea de concepções sobre a temática alcançou o Poder Legislativo que empreendeu esforços no sentido de dirimir as controvérsias advindas da redação do artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa.

Nesse movimento, necessário registrar que, antes mesmo da vigência da Lei nº 14.230/2021, houve uma modificação no entendimento da modalidade culposa em atos de improbidade administrativa por meio da promulgação da Lei nº 13.655/2018. A novel legislação introduziu disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público prevendo que o artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa fosse interpretado consoante o artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.654/42). Em termos menos congestionados, apenas poderia ser reconhecida a improbidade administrativa culposa quando evidenciada a existência da culpa grave (erro grosseiro) no comportamento do sujeito ativo.

A ideia de culpa grave (erro grosseiro) estava relacionada com uma forma mais acentuada de negligência por parte do agente público. Traduzia uma conduta do agente que agiu com um grau de desleixo, descuido ou imprudência muito além do que seria considerado aceitável. Ou seja, uma falha evidente e evitável na conduta do agente público.

A respeito da culpa grave, no Acórdão 2.391/18 - Plenário do Tribunal de Contas da União, o Ministro Bruno Dantas asseverou que o erro grosseiro ocorre por negligência extrema, imperícia ou imprudência extraordinárias por parte do agente, que só uma pessoa bastante descuidada ou imperita comete, sendo que

o erro poderia ser percebido mesmo por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio (Processo 007.416/2013-0, 2018).

Constata-se, portanto, que a referida mudança legislativa foi um passo significativo para os que argumentavam a favor da necessidade de alteração da Lei de Improbidade Administrativa no intuito de combater à administração pública do medo e evitar o apagão das canetas. Esse movimento culminou, anos depois, nas alterações consubstanciadas na Lei nº 14.230/2021, que excluiu por completo a responsabilização por atos de improbidade administrativa em decorrência de condutas culposas.

3 O RESSARCIMENTO AO ERÁRIO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como se poderá perceber, a exclusão das condutas culposas como passíveis de responsabilização pela Lei de Improbidade Administrativa guarda, ainda, estreita relação com a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à (im)prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário. Sobre o tema e, em especial, para o desenvolvimento deste trabalho, merecem nota as decisões proferidas no julgamento das seguintes ações⁶: (i) MS 26.210; (ii) RE 669.069 (Tema 666 - Imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos causados ao erário, ainda que o prejuízo não decorra de ato de improbidade administrativa - 2013); (iii) RE 852.475 (Tema 897 - Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa) e (iv) RE 636.886 (Tema 899 - Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas).

Ao apreciar o MS 26.210 impetrado contra acórdão do Tribunal de Contas da União, o Supremo Tribunal Federal, interpretando a parte final do artigo 37, § 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, afastou a incidência da

⁶ A ordem apresentada tem como único critério a data dos julgamentos, não refletindo, por conseguinte, o grau de relevância dos acórdãos para a construção do novo paradigma jurídico que veio a se formar.

regra prevista no artigo 1º do Decreto nº 20.910/1932 ao argumento de que o legislador constituinte deixou a salvo da prescrição as ações de ressarcimento ao erário. Aqui, faz-se necessário explicitar o contexto fático sobre o qual se debruçaram os Ministros: a ação versava sobre uma decisão da Corte de Contas que determinou, em sede de tomada de contas especial, a devolução de valores recebidos a título de bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo Poder Público em razão do descumprimento da obrigação de retorno ao país após a conclusão do curso. Embora não tenha sido relevante para a conclusão exposta no acórdão, a base fática deste precedente ganhou singular importância como critério de distinção para se erigir um novo paradigma jurisprudencial acerca da matéria.

Com exceção dos pronunciamentos dos Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, a discussão não foi aprofundada, não obstante a existência, à época, de decisões das duas Turmas de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça em sentido oposto⁷. Em suma, inicialmente, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de serem imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário, sem, contudo, apresentar quaisquer ressalvas quanto ao seu âmbito de aplicabilidade. A partir daí, o acórdão proferido passou a orientar as decisões do Tribunal e dos demais órgãos do Poder Judiciário até 2016 - momento em que foi fixada a tese referente ao Tema 666 da Repercussão Geral.

Pode aparentar, à primeira vista, que, durante todo este período, a questão estava imune a questionamentos, no entanto o Tribunal já dava indícios de que iniciava uma reflexão sobre a temática, como se observa, por exemplo, no julgamento pela Primeira Turma do AI 848482 AgR. Através da leitura do inteiro teor do acórdão, é possível constatar a existência de um intenso debate acerca da interpretação que vinha sendo dada ao § 5º do artigo 37. Contudo, é somente com a discussão travada no Tema 666 da Repercussão Geral que a matéria ganha novos contornos.

No RE 669.069 relatado pelo Ministro Teori Zavascki, o debate gira em torno da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento decorrente de um

⁷ Nesse sentido, cf. REsp nº 910.625/RJ (Primeira Turma) AgRg no Ag nº 993.527/SC e no REsp nº 960.926/MG (ambos julgados pela Segunda Turma).

acidente automobilístico⁸. O voto do relator parte da premissa de que não é possível dar à imprescritibilidade um alcance ilimitado ou limitado apenas com base no conteúdo material da pretensão a ser exercida (ressarcimento) ou por se tratar apenas de um ilícito em sentido amplo (causa remota da pretensão a ser exercida), visto que o sistema constitucional e o direito como um todo consagram a ideia de segurança jurídica e, por isso, as pretensões devem sofrer os efeitos do transcurso do tempo diante da inércia do seu titular. Assim, defendeu o relator que o artigo 37, § 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil deve ser submetido a uma interpretação restritiva a fim de contemplar apenas as ações de ressarcimento decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa e como ilícitos penais. Ao fim, propôs a fixação da seguinte tese:

a imprescritibilidade a que se refere o art. 37, § 5º, da CF diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de atos praticados por qualquer agente, servidor ou não, tipificados como ilícitos de improbidade administrativa ou como ilícitos penais (RE 669069 / MG - Minas Gerais, 2016, p. 10).

Ainda que as razões expostas no voto do relator tenham prevalecido, a tese fixada originou-se da proposta apresentada pelo Ministro Luís Roberto Barroso que, diante das peculiaridades do caso concreto, asseverou que não poderia o Tribunal avançar na discussão acerca da prescrição referente à improbidade ou a ilícitos penais, pois este não era o objeto do processo que estava submetido a julgamento. Assim, restou definida a seguinte tese para o Tema 666: “É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”.

Contudo, diante da amplitude semântica da expressão ilícito civil contida na tese fixada pelo Plenário, foram opostos embargos de declaração em que restou definido que o conceito é obtido pelo método de exclusão: “não se consideram ilícitos civis, de um modo geral, os que decorrem de infrações ao direito público, como os de natureza penal, os decorrentes de atos de improbidade e assim por diante” (RE 669069 ED / MG - Minas Gerais, 2016, p.

⁸ Não se tratando, contudo, de ação de regresso fundada no artigo 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

7). Além disso, ficou expressamente consignado que a tese não abrange as pretensões de ressarcimento decorrentes de atos tipificados como improbidade administrativa e de decisões proferidas pelos Tribunais de Contas, haja vista o reconhecimento da repercussão geral dos Temas 897 e 899.

Houve, ainda, pedido de modulação de efeitos da tese firmada alicerçado no acórdão lavrado no MS 26.210 em que se proclamou que são imprescritíveis as pretensões de ressarcimento ao erário. Neste ponto, consoante já consignado, não obstante a análise do MS 26.210 tenha sido feita sem expressamente distinguir o âmbito da interpretação dada ao artigo 37, § 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, o voto proferido nos aclaratórios rejeitou o pleito de modulação com fundamento na ausência de similitude entre as situações, posto que o contexto fático do precedente invocado pelo embargante está relacionado com processo de tomada de contas especial que tramitava no Tribunal de Contas da União, e portanto, a temática estava afetada ao debate do Tema 899.

Iniciou-se, então, em 02/08/2018, o julgamento do RE 852.475 cujo relator foi o Ministro Alexandre de Moraes. Neste momento, era possível identificar na Corte a existência de três correntes que, durante o julgamento, foram sistematizadas no voto do Ministro Luís Roberto Barroso: (i); imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário nos casos de improbidade (ii); prescritibilidade do ressarcimento, porém, havendo condenação, a execução da condenação não estaria sujeita à prescrição; e (iii) prescritibilidade das ações de ressarcimento, no entanto o legislador pode estabelecer prazos específicos e mais alargados para esta pretensão.

Esta última interpretação do artigo 37, § 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil foi capitaneada pelo relator. Em seu voto, o magistrado fez uso da interpretação histórica com uma remissão à redação original do dispositivo durante os debates da Assembleia Nacional Constituinte que expressamente contemplava a ideia de imprescritibilidade das ações de ressarcimento e que, em razão de emenda, foi retirada, sendo, em suas palavras, uma manifestação clara no sentido de privilegiar a segurança jurídica. Inclusive, frisou que, quando essa foi a vontade do legislador – isto é, ressalvar

da prescrição - fez de forma expressa e apenas para os crimes de racismo e ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Concluiu, assim, que a parte final do dispositivo (“ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”) teve a finalidade de afastar uma anomia referente à possibilidade de ressarcimento ao erário em decorrência de responsabilização por atos ilícitos enquanto ainda não editada lei específica para tratar dos atos de improbidade administrativa (artigo 37, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil). Por essa razão, a ressalva contemplada na regra em comento foi lá inserida para permitir a recepção de normas que disciplinavam os instrumentos processuais e os prazos prescricionais para as ações de ressarcimento ao erário. Diante desses fundamentos, propôs a fixação da seguinte tese para o tema analisado:

A pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos e terceiros pela prática de ato de improbidade administrativa devidamente tipificado pela Lei 8.429/1992 prescreve juntamente com as demais sanções do artigo 12, nos termos do artigo 23, ambos da referida lei, sendo que, na hipótese em que a conduta também for tipificada como crime, os prazos prescricionais são os estabelecidos na lei penal (RE 852475 / SP - São Paulo, 2018, p. 28).

O voto do relator foi acompanhado pelos Ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, divergindo apenas os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber que votaram por aplicar a tese da imprescritibilidade apenas para os atos dolosos tipificados na Lei de Improbidade Administrativa. Importante ressaltar que a questão do dolo não é enfrentada em nenhum trecho do voto divergente apresentado pelo Ministro Fachin, constando menção ao termo apenas na proposta de tese apresentada ao final.

O julgamento foi suspenso e, logo que reaberto, o Ministro Luís Roberto Barroso pediu a palavra para informar a possibilidade de alteração do seu voto diante de manifestações que recebeu, com destaque para ao memorial apresentado pela Procuradoria-Geral da República. Votaram, em seguida, o Ministro Marco Aurélio acompanhando o Relator, e os Ministros Celso de Mello e Carmem Lúcia que se filiaram à divergência, reajustando seus votos os Ministro Luís Roberto Barroso e Luiz Fux, de modo que a tese fixada foi: “são

imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa” (RE 852475 / SP - São Paulo, 2018, p. 163), sendo o Ministro Edson Fachin designado para lavrar o acórdão.

Por fim, a Corte se reuniu para julgar o Tema 899 a fim de discutir a prescrição das pretensões de ressarcimento ao erário fundadas em decisão de Tribunal de Contas. No caso, concluiu o Plenário que não há, no processo de tomada de contas, o julgamento de pessoas e, portanto, os elementos subjetivos da conduta não são objeto de cognição, sendo inaplicável, por esse motivo, a tese da imprescritibilidade. Ademais, ficou pontuado que: (i) ainda que se permita o pronunciamento da outra parte, a atividade de julgamento é eminentemente administrativa e, por isso, não são conferidas todas as garantias inerentes ao devido processo legal; (ii) no procedimento instaurado pelas Cortes de Contas não se imputa a existência de ato de improbidade; e (iii) inexistente previsão constitucional expressa da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas em decisão do Tribunal de Contas.

Desse modo, restou definido que se aplica a esses títulos executivos extrajudiciais o rito de cobrança estabelecido na Lei de Execuções Fiscais, inclusive no que se refere às disposições disciplinam os prazos prescricionais. Todavia, restou expressamente consignado que, eventualmente, se a conduta for dolosa e tipificada na Lei de Improbidade Administrativa, poderá ser proposta ação civil pública por ato de improbidade para apuração do ilícito, visto que tal pretensão estaria protegida pelo manto da imprescritibilidade.

4 A LEI Nº 14.230/21 E O SACRIFÍCIO DA CULPA. O QUE SERIA MAIS CARO AO MINISTÉRIO PÚBLICO?

O capítulo anterior do presente ensaio expôs que, no bojo do RE 852475, afetado ao Tema 897 da Repercussão Geral pelo Supremo Tribunal Federal, fixou-se a tese de imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por ato doloso de improbidade administrativa, deliberação colegiada iniciada em 02/08/2018 e concluída no dia 08 (oito) do mesmo mês e ano.

Da assentada plenária final, inaugurada com as manifestações dos Ministros Luís Roberto Barroso⁹ e Luiz Fux¹⁰ pela intenção de revisitação e retificação de seus votos, extrai-se que o esforço de convencimento do Ministério Público Federal, personificado em sua então Procuradora Geral da República Dra. Raquel Dodge e materializado nos memoriais escritos compartilhados com os Eminentes Julgadores entre uma sessão e outra, foi capaz de invitá-los ao reexame não propriamente da matéria, naquele Plenário já suficientemente decantada, mas das balizas de pré-compreensão (Gadamer, 1999) para o exercício decisório de jurisdição constitucional.

A intervenção do Parquet entre sessões, quando o placar já marcava 6 votos favoráveis à prescrição das ações de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa e apenas 2 contrários (faltando 3 Ministros a votarem), notadamente visou um – nobre – objetivo: expor o prejuízo imposto pela Suprema Corte ao erário caso se permitisse fulminar pela prescrição o exercício da pretensão de sua recomposição.

Até então, é de se notar que o dolo não se apresentava como atributo influenciador da tomada de decisão, mas apenas de observação quanto ao elemento subjetivo do tipo administrativo sancionador, nas hipóteses dos artigos 9º, 10, 10-A e 11 da Lei nº 8.429/92, assim como a culpa, no artigo 10 do mesmo Diploma.

Apenas com a provocação do Ministério Público Federal é que a preocupação do Supremo Tribunal Federal, através do novo voto do Ministro Barroso¹¹, volta-se ao dolo como elemento nuclear da tese firmada,

⁹ O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Gostaria de pedir a palavra um minuto, Presidente. Eu devo dizer a Vossa Excelência, Presidente, que, depois do início da votação, eu recebi diversas manifestações - inclusive uma da Excelentíssima Senhora Procuradora-Geral da República - sobre esta questão e, nas hipóteses de crime e de improbidade administrativa - eu, inclusive, vou esperar o término do julgamento -, eu estou considerando seriamente reajustar a minha posição. Vou esperar o debate, seja para um alargamento relevante do prazo, seja para considerar imprescritível (RE 852475 / SP - São Paulo, 2018, p. 81).

¹⁰ O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhora Presidente, pela ordem. Conforme disse a V. Exa, também tenho esse intento, porquanto o parágrafo se referia a ilícitos em geral e eu parti da ideia isonômica de que o particular só detém 5 anos para os ilícitos em geral e o Poder Público teria um prazo imprescritível. Mas, também não fiquei confortável com essas duas questões para as quais eu fui alertado no memorial pelo Ministério Público. (...) Acho que eu também gostaria de ouvir os votos dos nossos Ministros Decanos, Ministro Marco Aurélio, Ministro Celso de Mello, gostaria de também ter a oportunidade de me manifestar depois (RE 852475 / SP - São Paulo, 2018, p. 109).

¹¹ Eu gostaria de cingir a imprescritibilidade do ressarcimento às hipóteses de dolo e excluir as hipóteses de culpa, em que, por uma falha humana, não intencional, se tenha eventualmente

salvaguardando da marcha temporal a sanção à conduta prevista no artigo 10 da LIA, apenas quando identificada a conduta do agente voltada intencionalmente à ofensa ao erário.

Tanto assim o é que o Ministro Edson Fachin, quem timidamente inaugurou a divergência na primeira sessão de julgamento, posteriormente ciente de sua responsabilidade pela redação do acórdão sob a perspectiva da imprescritibilidade, prontamente se manifesta pela adesão ao vocábulo “doloso” sugerido pelo Ministro Barroso, o que o faz – como amplamente discutido na segunda sessão de julgamento – para mitigar a desproporcionalidade de uma sanção imune ao tempo nos casos de prejuízo ao erário culposo, ainda admitidos à época.

Concluído o julgamento, mesmo antes da publicação do complexo acórdão, mas já após a conclusão do julgamento, aportou à Câmara dos Deputados, em 17/10/2018, o Projeto de Lei nº 10.887/2018, que propunha alterar substancialmente a Lei nº 8.429/1992, passando a ser conhecido como proposta de “reforma da Lei de Improbidade Administrativa”.

Aderindo às melhores práticas do direito administrativo sancionador no âmbito internacional, a exemplo da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, todos os tipos infracionais da improbidade administrativa no Brasil, a partir da proposta de reforma à LIA, passaram a admitir exclusivamente o dolo, consciente, voluntário e finalístico (Guimarães, 2022), como elemento subjetivo da conduta do agente público a se subsumir à norma para fins de apuração da eventual prática de ato ímprobo.

Seja pela acomodação normativa da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 897, seja pela reação autoprotcionista e apreensiva dos agentes políticos, receosos por seus atos e responsáveis pela atividade legislativa no Brasil, fato é que o esforço do Ministério Público pela imprescritibilidade de uma pretensão patrimonial decorrente da improbidade administrativa despertou nos julgadores a preocupação de punição

causado um prejuízo ao Erário. Portanto, eu estaria, Presidente, reconsiderando o meu ponto de vista para entender imprescritível a ação de ressarcimento de danos nas hipóteses do cometimento pelo agente público de uma improbidade dolosa (RE 852475 / SP - São Paulo, 2018, p. 133).

desproporcional ao agente público médio, desprovido de intenção volitiva no prejuízo ao erário, fazendo-os salvaguardar do tempo exclusivamente a perseguição punitiva dos atos ímprobos dolosos.

Fato é, contudo, que o benefício da imprescritibilidade da ação ressarcitória decorrente de conduta ímproba dolosa, somado às alterações impostas à Lei de Improbidade Administrativa pela promulgação da Lei nº 14.230/21, trouxe à parte processual legitimamente ativa – notadamente, mas não exclusivamente, o Ministério Público – o ônus da caracterização justa e precisa da conduta comissiva do agente, eivada de má-fé (Gajardoni et al., 2021) em sua ação reparatória, sob pena de afastamento das especialidades emolduradas pelo instituto da improbidade administrativa.

É dizer, se aos Entes públicos legitimados para a propositura de ação de improbidade administrativa de ressarcimento ao erário é garantida a imunidade temporal de sua pretensão, a eles também foi imputado o encargo da observância aos princípios da culpabilidade e da proporcionalidade (Nobre, 2000) na sanção de um ato infracional administrativo de dano, como o é o prejuízo ao erário.

Assim, a única conduta que anteriormente admitia a culpa como possível elemento subjetivo do tipo administrativo sancionatório passou a restringir-se – legal e jurisprudencialmente – ao dolo, em preservação da equivalência entre o comportamento do agente e a acoimação de seu ato, a fim de que a imprudência, a negligência ou a imperícia não condenassem eternamente o apenado ao sacrifício do seu patrimônio.

Como protagonista do tema, ao Ministério Público cabe sopesar se o conforto da imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário por ato doloso de improbidade administrativa valeu a contrapartida da inarredável e árdua responsabilidade de identificar, na conduta do agente público, os elementos volitivos capazes de caracterizar o ato ímprobo, cujo afastamento impõe à pretensão ressarcitória – no máximo – o prazo prescricional de um ilícito civil, como fixado no Tema 666 da Repercussão Geral, cá já alhures tratado.

Sob o prisma não só do dever de proteção à coisa pública, guia dos votos dos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Luiz Fux, mas também da eficiência da Administração nessa custódia, e sem prejuízo do aperfeiçoamento

do direito administrativo sancionador e da constante vigilância aos princípios que devem inafastavelmente lhe nortear, é possível que o dever funcional de diligência do agir público na recomposição dos cofres, sob pena de perecimento da pretensão processual, seria menos caro ao instituto da improbidade administrativa do que a exclusividade do elemento subjetivo do dolo para a caracterização do ato ímprobo ensejador da pretensão ressarcitória do Erário.

CONCLUSÃO

Ao percorrer o intrincado cenário legislativo que envolve a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), nota-se a evolução significativa do ordenamento jurídico brasileiro na busca pela eficácia no combate a práticas ímprobas no serviço público. A introdução dessas normas foi uma resposta direta à demanda por instrumentos legais que reforçassem os princípios éticos e morais na administração pública, no início da década de 1990.

O elemento subjetivo, compreendido como a intenção do agente em praticar atos que configurem improbidade administrativa, emergiu como um componente essencial para a aplicação das sanções previstas na legislação. A visão da doutrina destaca a importância desse elemento subjetivo como um reflexo do compromisso do legislador constituinte com a probidade, moralidade e honestidade na Administração Pública.

Explorou-se a legislação pré-alteração, em que a presença da culpa ou do dolo era um requisito para a configuração da conduta ímproba, delineando as nuances dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92. Observou-se como a culpa, especialmente no artigo 10, era admitida em circunstâncias específicas, demandando uma avaliação cuidadosa do grau de negligência por parte do agente público.

A trajetória legislativa, marcada pela Lei Complementar nº 157 e, posteriormente, pela Lei nº 14.230/2021, introduziu mudanças substanciais, retirando a conduta culposa como elemento subjetivo. Essa reforma gerou reflexões sobre a necessidade de balancear a responsabilização dos agentes públicos sem comprometer a segurança jurídica, evidenciando a constante busca por equilíbrio nas normativas que regem a improbidade administrativa.

Ao considerar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, percebe-se uma correlação estreita com a evolução do entendimento sobre o elemento subjetivo. A deliberação sobre a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário em casos de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa demonstra uma interpretação sensível à complexidade da matéria.

Em síntese, a análise abrangente do elemento subjetivo do tipo infracional administrativo sancionador nos permite vislumbrar não apenas a transformação normativa, mas também a constante reflexão sobre a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa no contexto da Administração Pública brasileira. A trajetória legislativa e jurisprudencial evidencia a importância de encontrar um equilíbrio entre a responsabilização dos agentes públicos e a segurança jurídica, promovendo uma gestão ética e transparente no âmbito público.

REFERÊNCIAS

- AI 848482 AgR / RS - Rio Grande do Sul, Supremo Tribunal Federal, 27 de novembro de 2012 (Brasil). <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur224899/false>
- Constituição da República Federativa do Brasil, Constituição Federal Vigente (1988, 5 de outubro) (Brasil). *Diário Oficial da União*. <https://legis.senado.leg.br/norma/579494>
- Decreto-Lei nº 4.657 de 04/09/1942, Decreto-Lei n.º 4657 (1942, 4 de setembro) (Brasil). *Diário Oficial da União*. <https://legis.senado.leg.br/norma/529744>
- Decreto nº 20.910 de 06/01/1932, Decreto n.º 20910 (1932, 8 de janeiro) (Brasil). *Diário Oficial da União*. <https://legis.senado.leg.br/norma/439925>
- Di Pietro, M. S. Z. (2019). *Direito administrativo* (32ª ed.). Forense.
- Gadamer, H.-G. (1999). *Verdade e método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica* (3ª ed.). Vozes.
- Gajardoni, F. d. F., Cruz, L. P. d. F., Junior, L. M., & Favreto, R. (2021). *Comentários à nova lei de improbidade administrativa*. Revista dos Tribunais.
- Guimarães, R. (2022). *A nova lei de improbidade administrativa comentada*. Imperium.

Justen, M., Filho. (2013). *Curso de direito administrativo* (9a ed.). Revista dos Tribunais.

Lei nº 14.230 de 25/10/2021, Lei n.º 14230 (2021, 26 de outubro) (Brasil). *Diário Oficial da União*. <https://legis.senado.leg.br/norma/35083056>

Lei nº 8.429 de 02/06/1992, Lei n.º 8429 (1992, 3 de junho) (Brasil). *Diário Oficial da União*. <https://legis.senado.leg.br/norma/550305>

MS 26210 / DF - Distrito Federal, Supremo Tribunal Federal, 4 de setembro de 2008 (Brasil). <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur2222/false>

Nobre, E. P., Júnior. (2015). Sanções administrativas e princípios de direito penal. *Revista de Direito Administrativo*, 219, 127. <https://doi.org/10.12660/rda.v219.2000.47499>

Processo 007.416/2013-0, Tribunal de Contas da União, 17 de outubro de 2018, Acórdão 2391/2018 - Plenário (Brasil). <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2287602>

RE 636886 / AL - Alagoas, Supremo Tribunal Federal, 20 de abril de 2020 (Brasil). <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur427219/false>

RE 669069 ED / MG - Minas Gerais, Supremo Tribunal Federal, 16 de junho de 2016 (Brasil). <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur352011/false>

RE 669069 / MG - Minas Gerais, Supremo Tribunal Federal, 3 de fevereiro de 2016 (Brasil). <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur346703/false>

RE 852475 / SP - São Paulo, Supremo Tribunal Federal, 8 de agosto de 2018 (Brasil). <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur400617/false>