

A necessidade de comprovação de dolo específico na ação de improbidade

Márcio Berto Alexandrino de Oliveira

Advogado.

Especialista em Direito Processual pela PUC/Minas.

*Procurador-Geral da Câmara Municipal de
Guanhães/MG.*

Allan Dias Toledo Malta

*Especialista em Direito Público pela Faculdade de
Direito Vale do Rio Doce/FADIVALE.*

*Procurador Fiscal do Município de
Governador Valadares/MG*

Fernando Elias Pinto

*Advogado. Pós-graduado em Direito Público pela
FADIPA/ANAMAGES.*

*Pós-graduado em Direito Processual
pela PUC/Minas.*

*Pós-Graduado em Advocacia Criminal pela Escola
Superior de Advocacia – ESA/OABMG.*

*Procurador-Geral Adjunto da Câmara
Municipal de Guanhães/MG*

RESUMO

Conforme restará demonstrado ao longo deste estudo, as alterações introduzidas pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, na Lei de Improbidade Administrativa, notadamente a necessidade de comprovação de conduta dolosa, consistente na vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito, são dignas de aplausos, pois o agente público terá mais tranquilidade para exercer suas funções públicas, visto que não haverá mais penalização por atos administrativos praticados a título culposo ou com dolo genérico. Sendo assim, não havendo comprovação de que o agente público ou o particular em colaboração praticaram conduta visando lesionar os cofres públicos, não há que se falar em ato de improbidade administrativa, como ocorria outrora. Conforme consignado neste breve estudo, também

não configuram improbidade administrativa os atos omissivos e comissivos decorrentes de divergência interpretativa da lei, baseados em precedentes, ainda que, posteriormente, tal posicionamento seja afastado pelos Tribunais Superiores, até porque estará ausente o pressuposto vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito, para a configuração do ato improbo.

Palavras-chave: Improbidade. Dolo específico. Resultado ilícito. Vontade livre e consciente.

ABSTRACT

As shown throughout this study, the changes introduced by Law No. 14,230, of October 25, 2021, in the Administrative Improbability Law, notably the need to prove willful conduct, consisting of the free and conscious will to achieve the unlawful result, are worthy of applause, as the public agent will have more peace of mind to exercise his public functions, since there will be no more penalties for administrative acts committed with negligence or with generic intent. Therefore, if there is no evidence that the public agent or the private individual in collaboration practiced conduct aimed at injuring the public coffers, there is no need to speak of an act of administrative impropriety, as it used to be. As stated in this brief study, omissive and commissive acts resulting from divergent interpretation of the law, based on precedents, do not constitute administrative impropriety either, even if this position is later removed by the Superior Courts, not least because the assumption of free and conscious will to achieve the illicit result, for the configuration of the improbable act.

Keywords: Misconduct. Specific intent. Illicit result. Free and conscious will.

Introdução

As alterações trazidas pelo legislador na Lei de Improbidade Administrativa, através da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, vieram para cessar os excessos advindos da Lei nº 8.429/1992, vigente desde o dia 2 de junho de 1992.

Ao longo da vigência da Lei de Improbidade, várias atrocidades foram cometidas em desfavor do agente público, visto que o Ministério Público tachava como ato de improbidade até as meras irregularidades, muitas vezes causadas pelo desconheci-

mento do agente público ou até mesmo pelas dificuldades impostas pelas diferenças de estrutura, pessoal, geográfica e econômica dos 5.568 (cinco mil e quinhentos e sessenta e oito) municípios brasileiros, justamente no momento em que o agente era obrigado a tomar uma decisão, eficiente do ponto de vista em atender às necessidades da população, ou seguir a legalidade estrita trazida pelo caderno legislativo.

Durante 30 (trinta) anos de vigência da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, vimos o surgimento e crescimento exponencial de ações desarrazoadas e injustas em desfavor de agentes públicos, que, frequentemente, eram responsabilizados de maneira objetiva, sem buscar saber a real intenção do julgador ao praticar o ato; se houve a busca de atingimento de uma finalidade pública ou uma eficiência prática, analisando-se somente a forma do ato e afastando a análise prática para comprovar a desonestidade do agente.

Com isso, no decorrer da vigência da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, inúmeros agentes públicos foram demitidos de seus cargos, tiveram seus direitos políticos suspensos, sofreram preliminarmente com a privação do direito da fruição de seus bens, além de aplicação de multas desproporcionais em decorrência da prática de meras irregularidades ou interpretações desarrazoadas, aplicadas em razão da prática de atos de gestão.

Insta destacar que os Tribunais Superiores já vinham reformando as sentenças proferidas por Juízes de primeiro grau, ao fundamento da desproporcionalidade das decisões, argumentando, ainda, que a intenção do legislador ao introduzir a Lei nº 8.429 foi punir aqueles que agissem com desonestidade, com o objetivo de enriquecer ilicitamente, ou de obter vantagem indevida, para si ou para outrem, ou que causasse dano ao erário, pois a intenção do legislador não era punir toda e qualquer prática de ato ilegal, mas aqueles atos praticados contrários ao bem-estar da população e em desfavor dos interesses da Administração Pública.

Importante destacar que, mesmo antes das alterações trazidas pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, o cenário de abusos e a necessidade de observar de forma mais justa os atos praticados pelos gestores e agentes políticos já haviam sido objeto de matéria legislativa, pois a Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que alterou o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), dispôs sobre a segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, em especial em seu artigo 28, o qual já sina-

lizava de modo claro a impossibilidade de responsabilização do agente por atos culposos.

Dessa maneira, agiu bem o legislador reformador ao realizar diversas alterações na Lei de Improbidade para corrigir os desacertos presentes no texto original e impor limites, haja vista que admitia interpretações prejudiciais, que, por muitas vezes, afastou pessoas bem-intencionadas da vida pública.

Outro ponto importante introduzido pelo legislador reformista foi a necessidade de o autor da ação comprovar a existência de dolo específico do agente público, conforme está previsto no § 1º do artigo 1º da Lei de Improbidade, prevendo que a conduta dolosa caracterizar-se-á pela vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Regência, não bastando a voluntariedade do agente.

Sendo assim, a comprovação do dolo genérico, consistente na vontade de praticar a conduta típica, sem nenhuma finalidade especial, é insuficiente para caracterizar ato de improbidade administrativa, conforme será demonstrado no presente estudo.

1 Do dolo genérico e dolo específico

A vontade de um ser humano praticar determinada conduta é o elemento subjetivo do agente.

Esse elemento subjetivo, a vontade de praticar determinada conduta, é o dolo ou a culpa.

Antes de adentrarmos no ponto central do dolo exigido, é bom que se saiba que há inúmeras classificações e diretrizes a se analisar sobre o dolo.

Sem dúvida, a doutrina penalista se cuida de aprofundar mais sobre o tema, bastante afeto às questões de análise da vontade do agente que é suspeito do cometimento de um crime.

Inconteste que a análise dos casos envolvendo atos de improbidade administrativa encontra muita semelhança com os institutos do Direito Penal, quando se tipificam atos caracterizados como ímprobos, ainda que aplicando conceitos amplos e abertos.

No que toca à alteração trazida pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, indubitavelmente, retirou-se qualquer possibilidade de se perquirir o cometimento de improbidade administrativa na modalidade culposa.

Isto porque a redação do art. 1º, §1º, estabeleceu que "Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais".

Desse modo, o elemento subjetivo a se analisar é o dolo, que pode ser na modalidade genérica ou específica.

Existe uma parcela da doutrina que costuma utilizar o termo dolo para conceituar o dolo genérico e o termo elemento subjetivo do tipo específico para definir o dolo específico.

O dolo genérico, como o próprio diz, é a vontade de praticar uma conduta, sem qualquer fim em específico.

Nos ensinamentos de Damásio de Jesus (2015, p. 333), "dolo genérico é a vontade de realizar fato descrito na norma penal incriminadora".

Ou ainda, nas palavras do ilustre jurista Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 305):

O elemento subjetivo do tipo específico é explícito quando se pode constatar a sua presença no tipo penal (subtrair coisa alheia móvel para si ou para outro, como no furto). É implícito quando, embora no tipo, não seja visível de pronto (é o caso dos crimes contra a honra), servindo de exemplo o crime de difamação; não há no tipo a especial vontade de prejudicar a reputação, o que se exige na prática.

Entendendo essa dicotomia muito utilizada pela doutrina, principalmente entre os penalistas, bem como as semelhanças guardadas entre os institutos do Direito Penal e os da Improbidade Administrativa, percebe-se claramente que o legislador encampou a conceituação e distinção das espécies de dolo para estabelecer, de modo expresso e inequívoco, que, para a configuração do ato como ímprobo, deve haver dolo específico.

A inovação trazida pela Lei nº 14.230/21 deu a seguinte redação ao art. 1º, §2º, à Lei nº 8.429/1992: "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".

Ou seja, não basta o preenchimento das condutas descritas como configuração de improbidade administrativa, deve haver o fim especial de causar lesão ao erário público ou de enriquecimento ilícito do agente ou de terceiro, a ser analisado de acordo com o caso, conforme será abordado a seguir.

1.1 A necessidade de comprovação do dolo específico na ação de improbidade

Através da Lei nº 14.230, de 25, de outubro de 2021, o legislador reformista introduziu na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, várias alterações, entre elas a previsão de que somente caracterizaria ato de improbidade a conduta dolosa, consistente na vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Regência, não bastando a voluntariedade do agente, tratando-se de uma alteração substancial, visto que a redação originária na norma previa a punição a título de culpa.

Ora, com a alteração legislativa, o legislador afastou a responsabilização do agente público pelos praticados a título de culpa, bem como os casos em que o acusador conseguiu demonstrar apenas a prática de uma conduta dolosa, sem nenhuma finalidade especial (dolo genérico), prevendo apenas a punição para as condutas dolosas, consistente na vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade.

Como é de conhecimento de todos, a interpretação do texto legal para ser válida deve ser coerente e responsável. Valendo-se das palavras do professor Lenio Luiz Streck (2014, p. 174), a interpretação "em um contexto de constitucionalismo pós-guerra, não pode extrapolar os limites semânticos do texto", haja vista que esse limite é condição para a existência do próprio Estado Democrático de Direito. O renomado doutrinador continua aduzindo que "o respeito ao texto quer dizer compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente constituída".

O jurista Lenio Luiz Streck (2019, p. 95) continua ensinando que o respeito aos "limites interpretativos de um Texto Jurídico é uma postura necessária, democrática e republicana". Dessa forma, o julgador pode até não concordar com a norma; todavia, não lhe resta alternativa senão aplicá-la.

Na mesma trilha, são os ensinamentos do professor Alexandre Freitas Câmara (2019, p. 20), em sua obra *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Eis os comentários:

Não incumbe ao Judiciário fazer a lei, mas interpretar e aplicar a lei que é democraticamente aprovada pelo Legislativo. Quem vai ao Judiciário busca ver seu caso solucionado de acordo com

o que consta do ordenamento jurídico, não tendo os juízes legitimidade para criar soluções, segundo sua consciência ou seus valores pessoais, para os casos que lhes são submetidos. O papel criativo do juiz se limita à interpretação, a qual é evidentemente limitada por textos que ele não está legitimado a criar. Deve-se, pois, julgar cada causa submetida ao Judiciário conforme o ordenamento jurídico vigente. Este, aliás, é um ponto que merece ser destacado. Não cabe a juízes e tribunais "reescrever" a lei conforme seus valores ou preferências. Leis que não sejam inconstitucionais devem ser aplicadas, ainda quando o juiz não goste delas. Leis ruins existem, claro, mas o local apropriado para modificá-las ou revogá-las é o Legislativo, e não o Judiciário. Nem se pode admitir que, sob o disfarce de uma suposta "interpretação" se deixe, simplesmente, de aplicar a lei sem que se realize seu controle de constitucionalidade, o que viola não só o princípio da legalidade mas também o enunciado da Súmula Vinculante nº 10 e o art. 927, II, do Código de Processo Civil.

Valendo-se das palavras de Lenio Luiz Streck, "o juiz pode amar ou odiar algo, mas na hora da decisão os seus preconceitos devem ficar suspensos", pois, em um Estado Democrático de Direito, não são admitidos decisionismos e arbitrariedades interpretativas. Aqui, o intérprete ou o julgador não pode extrapolar os limites semânticos do texto legal, pois ele é uma condição para a existência do próprio Estado de Direito. Querer o intérprete criar regra ao seu bel-prazer não passa de um delírio e arbitrariedade interpretativa, vez que inexistente espaço para tal conduta no ordenamento jurídico.

Ao analisarmos o atual texto legislativo, fica claro que a "mens legis" da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, teve como objetivo afastar o conflito gerado pela simples aplicação literal da antiga redação da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, em afronta à prática de um ato administrativo eficiente, eficaz e contemporâneo para o atendimento dos interesses da população, exercido por um preposto que tinha obrigação de atender à legalidade e forma de atos de gestão, porém, não levava em consideração as nuances práticas para o melhor atendimento do interesse público a tempo e modo.

Destacamos que o § 3º do artigo 1º da Lei de Improbidade, agora incluído pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, deixa claro e evidente a necessidade de se comprovar que o ato administrativo praticado foi doloso e com finalidade ilícita, ou seja, a presente Lei veio com contornos garantistas, a fim de que somente os atos desonestos praticados com dolo e má-fé fossem realmente punidos.

Complementarmente, o § 2º do art. 1º da LIA, introduzido pela Lei nº 14.230, deixou clara a exigência de dolo específico para configuração da improbidade. Nessa toada, 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, como antes era aplicado.

Sendo assim, não pode o hermeneuta ou julgador incluir as condutas com dolo genérico ou condutas culposas entre as hipóteses de punição, sob pena de afronta ao texto legal aprovado por aqueles que foram democraticamente eleitos pelo povo. Do contrário, haverá grave afronta ao Estado Democrático de Direito, o que é gravíssimo.

Acompanhando o movimento instituído pela Lei nº 14.230, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais tem decidido pela necessidade da existência do dolo específico para caracterizar o ato de improbidade administrativa. Vejamos:

Ementa: Apelação Cível - Ação Civil Pública - Improbidade Administrativa - vereador de São Gonçalo do Sapucaí - Ausência de prestação de contas referentes a diárias de viagem - Dolo específico do agente público em ocultar irregularidades - ausência - Sentença Mantida.

Via de regra, as normas de direito material e processual-material, alteradas pela Lei 14.230/21, retroagirão em benefício do réu da ação civil pública por improbidade administrativa, aplicando-se aos processos em curso, com exceção das normas atinentes à prescrição geral e à prescrição intercorrente, disciplinadas no art. 23 da Lei 8.429/92, conforme recentemente decidiu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 843.989 (Tema 1.199).

Considerando que não há comprovação do dolo específico do agente público em ocultar irregularidades por não ter prestado contas das diárias de viagem recebidas durante o mandato de vereador municipal, impõe-se o desprovimento do recurso,

mantendo-se integralmente a sentença que julgou improcedentes os pedidos.¹

Ementa: Apelação Cível - Ação Civil Pública - Improbidade Administrativa - Licitação - Irregularidades Afastadas - lei nº 14.230/2021 - Direito administrativo sancionador - retroatividade da norma mais benéfica - tema 1199 do STF - perda patrimonial efetiva e dolo específico - não evidenciados - Improbidade não configurada - recurso desprovido.

A superveniente Lei nº 14.230/2021 promoveu profundas alterações na Lei de Improbidade Administrativa, ocasionando a extinção da modalidade culposa e passando a exigir o elemento subjetivo dolo, este específico, para configuração de ato ímprobo previsto nos arts. 9º, 10 e 11 da LIA. A definição alcança os atos praticados antes da mencionada lei e que não tenham condenação transitada em julgado, conforme decidiu o Pretório Excelso nos autos do ARE 843989 (Tema 1199).

Outrossim, evidenciada a natureza da ação de improbidade administrativa no contexto de Direito Administrativo Sancionador, devem ser aplicadas às ações em curso, de modo geral, as disposições trazidas pela Lei 14.230/1992, que sejam mais benéficas ao acusado, nos termos do artigo 5º, inciso XL, da Constituição da República.

Não demonstrada a existência de dolo específico e má-fé, consubstanciados em efetivo propósito de afrontar normas legais, causar lesão ao erário, violar princípios administrativos e obter proveito ou benefício indevido, de se afastar o reconhecimento da prática de ato ímprobo.

Ademais, na esteira das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21, tem-se a exigência de efetivo e comprovado dano ao erário (perda patrimonial efetiva), para que se configure a improbidade delineada no art. 10, da LIA. Assim, se o ato não acarretou efetiva perda patrimonial, é de se afastar o sancionamento por improbidade administrativa.²

¹ TJMG - Apelação Cível/Rem Necessária 1.0620.18.002286-0/002, Relator(a): Des.(a) Yeda Athias, 6ª Câmara Cível, julgamento em 18/07/2023, publicação da súmula em 21/07/2023.

² TJMG - Apelação Cível 1.0183.13.012694-3/002, Relator(a): Des. Geraldo Augusto, 1ª Câmara Cível, julgamento em 18/07/2023, publicação da súmula em 18/07/2023.

No mesmo sentido, tem decidido o Tribunal Regional da Primeira Região - TRF1. Vejamos:

Administrativo. Processual Civil. Improbidade Administrativa. Ausência de prestação de contas. Ofensa ao artigo 11, VI, da lei 8.429/92 vigente ao tempo dos fatos. Nova lei de improbidade 14.230/21. Retroatividade. Possibilidade ao caso concreto. Balizas decisão do STF no ARE 8843989. Tema 1199. Dolo específico. Não comprovado na espécie. Apelação do réu provida. Sentença condenatória reformada.

I - Depreende-se dos autos que o réu foi condenado pela prática do ato ímprobo capitulado no art. 11, VI, da lei 8.429/92, na sua redação original, antes das alterações levadas a efeito pela Lei 14.230/21.

II - O STF, em repercussão geral, no julgamento do RE 843.989/PR (tema 1199), à unanimidade, fixou tese no sentido de que: 1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10, 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO; 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa, é IRRETROATIVA, 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; 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.

III - Na nova redação do inciso VI do art. 11 da Lei 8.429/92 introduzida pela Lei 14.230/21, apenas restará configurado o ato de improbidade por ausência de prestação de contas se o responsável detinha todas as condições necessárias para efetivá-

las, mas não o fez conscientemente, buscando a ocultação de possíveis irregularidades. Assim, a Nova Lei conferiu tratamento mais rigoroso ao afastar o dolo genérico antes admitido pela Lei 8.492/92, exigindo o dolo específico para a configuração do ato ímprobo.

IV -- In casu, não restou comprovado que o requerido tenha causado dano ao Erário ou que o mesmo tenha deixado de prestar contas dos recursos recebidos com vista a ocultar irregularidades.

V - Apelação do réu a que se dá provimento.³ (Grifos).

As decisões colacionadas são dignas de aplausos, tendo em vista que o legislador reformista achou por bem afastar o dolo genérico antes admitido pela Lei nº 8.492/92, exigindo-se a comprovação de dolo específico para a configuração do ato de improbidade administrativa.

O dolo específico, especialmente para os fins de caracterização de ato de improbidade, é o ato eivado de má-fé e desonestidade. O erro grosseiro, a falta de zelo com a coisa pública, a negligência podem até ser punidos em outra esfera, de modo que não ficarão necessariamente impunes, mas não mais caracterizarão atos de improbidade (GAJARDONI; CRUZ; GOMES JUNIOR; FAVRETO, 2021, p. 46). Com o advento da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, a qual introduziu diversas alterações na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, o autor da Ação de Improbidade deve comprovar a má-fé do agente público, bem como a intenção de lesionar os cofres públicos, uma vez que foi abolida a previsão de condenação a título de culpa ou dolo genérico.

Vale destacar que o direito brasileiro não admite a responsabilização objetiva do agente público, haja vista que foi adotada a teoria da responsabilidade subjetiva, em que é necessária a comprovação da prática de ato ilegal praticado pelo agente público, consistente na vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito para fins de configuração de ato de improbidade administrativa.

O Superior Tribunal de Justiça divulgou 14 teses sobre improbidade administrativa, na 38ª edição de jurisprudência em tese, aduzindo que é inadmissível a responsabilidade objetiva

³ TRF1 - AC 0029568-79.2013.4.01.3900, Desembargador Federal Pablo Zuniga Dourado, TRF1 - Quarta Turma, PJe 29/06/2023.

na aplicação da Lei de Improbidade. Isso ainda sob a vigência da redação originária da Lei nº 8.429/1992. Vejamos:

1) É inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei n. 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário.

Acórdãos: AgRg no REsp 1500812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Julgado em 21/05/2015, DJE 28/05/2015. AgRg no REsp 968447/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, Julgado em 16/04/2015, DJE 18/05/2015; REsp 1238301/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, Julgado em 19/03/2015, DJE 04/05/2015; AgRg no AREsp 597359/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, Julgado em 16/04/2015, DJE 22/04/2015; REsp 1478274/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Julgado em 03/03/2015, DJE 31/03/2015; AgRg no REsp 1397590/CE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, Julgado em 24/02/2015, DJE 05/03/2015; AgRg no AREsp 560613/ES, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, Julgado em 20/11/2014, DJE 09/12/2014; REsp 1237583/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, Julgado em 08/04/2014, DJE 02/09/2014. (Grifos).

O mesmo Tribunal da Cidadania, no julgamento do AgRg no REsp 1.500.812/SE, tendo como relator o ministro Mauro Campbell Marques, decidiu que, "para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé"⁴.

Diante do que foi anteriormente relatado, conclui-se que, mesmo antes das alterações trazidas pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, os Tribunais Pátrios já manifestavam pela necessidade de comprovação de dolo específico para condenação

⁴ STJ - REsp nº 1.573.026/SE, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 8/6/2021, DJe de 17/12/2021.

de agentes públicos ou particulares por ato de improbidade. Com isso, ficou extirpada a possibilidade de condenações baseadas na modalidade responsabilização objetiva, em que o agente respondia pelo resultado de um ato omissivo ou comissivo, ainda que ausente a comprovação de conduta culposa ou dolosa, conforme equivocadamente entendiam alguns.

Neste sentido, segue posicionamento recente do STJ, no que tange à impossibilidade de presunção do dolo e responsabilização objetiva do agente:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONDENAÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SUPERVENIÊNCIA DO JULGAMENTO DO TEMA Nº 1.199/STF. NECESSIDADE DE ENVIO AO ÓRGÃO JULGADOR PARA EVENTUAL JUÍZO DE CONFORMIDADE. PRECEDENTES. 1. A controvérsia presente nos autos, originariamente, diz respeito à prática de ato de improbidade administrativa. 2. O STF, no julgamento do Tema n. 1.199, sob o regime da repercussão geral, consignou a necessidade da configuração do elemento subjetivo doloso para a caracterização dos atos de improbidade administrativa em geral, destacando que as condenações ainda não transitadas em julgado, com base na prática de condutas culposas ou sem afirmação expressa do dolo, sejam reapreciadas pelas instâncias de origem, a fim de que haja a identificação ou não de dolo do agente. 3. Foram definidas pela Suprema Corte as seguintes teses sobre a aplicação da Lei n. 14.230/2021: 1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos arts. 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO; 2) A norma benéfica da Lei n. 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa - é IRRETROATIVA, em virtude do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) A nova Lei n. 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da Lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação ex-

pressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei nº 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da Lei. 4. Hipótese em que, a princípio, houve condenação pela prática do ato de improbidade administrativa sem a indicação do dolo do agente. 5. Cumpre ao órgão prolator do acórdão ora recorrido avaliar se a situação descrita nos autos enseja a retratação do julgado, para que adote as providências que foram definidas pela Suprema Corte no item "3" do Tema n. 1.199. Precedentes: EDCL no AgInt nos EARESP n. 1.625.988/SE, relatora Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 1º/2/2023, DJe de 10/2/2023; PET nos EDCL no AgInt no AREsp n. 1.123.605/RJ, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 15/12/2022, DJe de 19/12/2022; EDCL nos EDCL no AgInt no AREsp n. 1.706.946/PR, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 19/12/2022. 6. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para tornar sem efeito as decisões anteriores e encaminhar os autos ao Órgão Julgador para a realização de eventual juízo de retratação⁵. (Grifos)

Com a nova sistemática legislativa, a Ação de Improbidade deverá ser lastreada com um conjunto probatório mínimo, que se relaciona com os indícios de autoria, materialidade de uma conduta típica e alguma prova do dolo específico, sob pena de não recebimento da ação, por falta de justa causa para o regular processamento do feito, evitando-se, com isso, acusações levianas, temerárias, desprovidas de elemento probatório mínimo, movidas por interesses pessoais e não por interesses jurídicos, conforme ocorreu nos trinta anos de vigência da Lei nº 8.429/1992.

Vale registrar também que os atos omissivos e comissivos decorrentes de divergência interpretativa da lei, baseada em precedentes, ainda que posteriormente tal posicionamento seja afastado pelos Tribunais Superiores, não configuram ato de improbidade administrativa, conforme está previsto no artigo

⁵ STJ - EDcl-EDcl-AgInt-RE-AgInt-EDv-RESP 1.818.514; Proc. 2019/0097904-7; SP; Corte Especial; Rel. Min. Og Fernandes; DJE 14/08/2023.

1º, § 8º, da Lei de Regência, até porque estará ausente o pressuposto vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito.

Sendo assim, com a vigência das alterações advindas com a Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, os danos causados por imprudência, imperícia ou negligência ou, ainda, com dolo genérico, isto é, sem nenhuma finalidade especial, não são suficientes para caracterizar ato de improbidade administrativa e, por conseguinte, a responsabilização do infrator.

Não há dúvida de que o ato de improbidade administrativa está intimamente associado à desonestidade do agente público ou do particular em colaboração, com o objetivo de lesar a coletividade em benefício próprio ou de terceiros. Assim, o ato de improbidade administrativa é mais do que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, na falta de boa-fé, de desonestidade ou praticado com desvio de finalidade, objetivando vantagem pessoal ou de outrem.

Vale consignar que, nos autos da Ação de Improbidade Administrativa nº 7976-75.2015.4.01.3813, o Juiz Federal da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Governador Valadares/MG, Dr. José Mauro Barbosa, em 12 de setembro de 2018, proferiu sentença⁶ julgando improcedentes os pedidos formulados pelo Ministério Público Federal, aduzindo que a Lei de Improbidade

"visa, punir e impor obrigações ao administrador desonesto, que age deslealmente no trato da coisa pública, permitindo ou concorrendo para a dilapidação do patrimônio que não lhe pertence, ou se enriquecendo ilicitamente em decorrência do cargo, ou ainda por violar princípios administrativos, fazendo-o de má-fé, com a intenção de ferir a ordem jurídica, de desprezá-la ou ignorá-la", não restando comprovado que os agentes públicos agiram de má-fé.

O Superior Tribunal de Justiça-STJ⁷, ao julgar o AgRg no AREsp 409.591/PB, firmou o entendimento no sentido de que, em se tratando de improbidade administrativa, a ilegalidade perpetrada deve ser tipificada e qualificada pelo elemento sub-

⁶ Ação de Improbidade Administrativa nº 7976-75.2015.4.01.3813, que tramitou na 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Governador Valadares/MG.

⁷ STJ - AgRg no AREsp 409.591/PB, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 07/11/2017, DJe 16/11/2017.

jetivo da conduta do agente. Dessa forma, é indispensável para a caracterização de improbidade que a conduta do agente seja dolosa e com objetivo de causar danos ao erário para a configuração de ato de improbidade. Nesse sentido, vem posicionando firme o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Vejamos:

Apelação Cível - Ação Civil Pública - deficiência de fundamentação da sentença - ausência. Princípios da ampla defesa e do contraditório - observância - improbidade Administrativa. Novos prazos de prescrição punitiva e intercorrente - irretroatividade da lei n. 14.230/2021 - ressarcimento ao erário - imprescritibilidade - prestação de serviços de consultoria técnica, auditoria financeira e tributária - inexigibilidade de licitação - Ausência de irregularidade - necessidade de comprovação de dolo específico e efetivo prejuízo ao erário - ausência de prova - improcedência dos pedidos.

A sentença apresentou fundamentação suficiente, sendo desnecessário um pronunciamento explícito a respeito de todas as questões alegadas, se as apreciadas são suficientes para a conclusão da decisão. - Observância aos princípios da ampla defesa do contraditório. - O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é irretroativo, aplicando-se o novo marco temporal a partir da publicação da Lei. (Tema nº 1199 do STF) - São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa (Tese n. 879, do STF). - Na ação civil pública por ato de improbidade administrativa é possível o prosseguimento da demanda para pleitear o ressarcimento do dano ao erário, ainda que sejam declaradas prescritas as demais sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92 (Tema 1089). - Ausente demonstração de dolo específico, consistente na vontade livre e consciente de realizar a conduta ilícita tipificada nos artigos 9º, 10º e 11º, prevista na redação atual da Lei n. 8.429/92, é de se julgar improcedente a pretensão inicial.⁸ (Grifos)

⁸ TJMG - Apelação Cível 1.0480.14.011988-8/003, Relator(a): Des.(a) Juliana Campos Horta, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 04/07/2023, publicação da súmula em 04/07/2023.

Lado outro, a ilegalidade e a improbidade não se confundem, tendo em vista que a improbidade é uma ilegalidade qualificada pelo intuito premeditado de malversação de recursos públicos, em que o agente atua com desonestidade, com malícia ou com deslealdade, ao passo que a ilegalidade é uma simples violação normativa. Assim, a pura violação de uma norma sem a finalidade de lograr proveito não pode ser confundida com ato de improbidade, por lhe faltar o elemento volitivo.

Outrossim, aquele que pratica ato irregular por inabilidade ou despreparo não incide em ato de improbidade, por faltarlhe o pressuposto vontade livre e consciente de alcançar o resultado antijurídico, ou seja, conduta dolosa. Ora, o ordenamento jurídico brasileiro não exige que os agentes políticos tenham uma formação acadêmica, exigindo-se apenas que o candidato a cargo eletivo escreva e tenha compreensão mínima da Língua Portuguesa, conforme decidiu o TSE no Respe 31264. Dessa maneira, seria um contrassenso exigir que o agente político, no exercício do mandato eletivo, tenha conhecimento amplo sobre todas as áreas de atuação da Administração Pública, tendo em vista que não é exigida qualificação para o exercício de cargo eletivo na condição de agente político. Portanto, os atos irregulares praticados em decorrência de inabilidade ou de despreparo não podem resultar em penalização.

Conclui-se, portanto, que, diante das alterações introduzidas pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, é necessária a comprovação de dolo específico de lesar a Administração Pública, para configuração de ato de improbidade administrativa. Não sendo comprovado que o agente público ou o particular em colaboração praticaram conduta visando lesionar os cofres públicos, não há que se falar em ato de improbidade administrativa, conforme ocorria outrora.

De mais a mais, na atual conjuntura jurídica, não basta o autor da ação de improbidade administrativa alegar, de forma genérica, que o agente público praticou ato improbo, tendo em vista que é condição indispensável a existência de suporte probatório mínimo, com indícios de autoria e materialidade da prática do ato de improbidade, não podendo sequer serem aceitas ações de improbidade com ausência de suporte probatório mínimo acerca da prática da conduta dolosa e carência de individualização da conduta de cada agente público envolvido no evento criminoso.

O Poder Judiciário não pode se tornar um órgão de consulta pelo autor da Ação de Improbidade, para averiguar se houve conduta dolosa ou não. Para o ajuizamento de uma ação de

improbidade, é necessária a presença de suporte probatório mínimo de indícios da autoria acerca da prática da conduta dolosa. Do contrário, a ação deve ser rejeitada por ausência de justa causa. O ajuizamento, bem como o recebimento da ação de improbidade devem ser medidos de ultima ratio, devendo ser ajuizada ou recebida tão somente quando existirem elementos mínimos acerca da prática do ato ímprobo, evitando, assim, a movimentação da máquina judiciária de forma inútil e desnecessária.

Desse modo, a ação de improbidade deve ser rejeitada quando não houver suporte probatório mínimo que indique a prática de conduta dolosa com vontade livre e consciente de lesionar o poder público.

Não custa destacar que o papel do Ministério Público, na condição de fiscal da lei, deve exigir o seu estrito cumprimento, jamais alargando a sua aplicação e seu entendimento, pois se fosse esta a vontade do legislador, ela viria claramente escrita na nova legislação. Desta feita, buscou-se coibir o tempo de trevas interpretativas ocorridas ao longo dos 30 (trinta) anos iniciais Lei de Improbidade, ficando evidente que a alteração legislativa buscou corrigir os erros criados e frear os abusos cometidos pelo subjetivismo aplicado na análise dos atos administrativos praticados naquele tempo.

2 A função do Ministério Público com as alterações introduzidas na Lei de Improbidade

Não há dúvida de que o Ministério Público deverá ter uma função mais ativa em decorrência das alterações introduzidas na Lei de Improbidade Administrativa, tendo em vista que, na Ação de Improbidade, o órgão ministerial deve apresentar provas concretas acerca da prática do ato de improbidade a título doloso, devendo, ainda, estar presente a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Regência.

Lado outro, o Ministério Público, na condição de fiscal da lei, poderá ampliar suas atividades com recomendações aos gestores públicos para cessar a prática de determinado ato ou para fazer adequações para cumprir exigência de determinada norma. Nesses casos, eventuais descumprimentos podem configurar o dolo específico e, por conseguinte, ato de improbidade administrativa, haja vista que o agente público foi advertido previamente, mas achou por bem ignorar a recomendação exarada pelo Ministério Público.

Com a nova sistemática legislativa introduzida na Lei de Improbidade, as recomendações exaradas pelo Ministério Público terão grande relevância no combate à corrupção, pois, uma vez advertido sobre determinado fato, o agente público não mais poderá alegar boa-fé ou que não tinha a intenção em transgredir a norma. Uma vez não cumprida determinada recomendação e ocorrendo a violação ao texto legal, a situação jurídica do agente público será desfavorável, pois sua conduta possivelmente terá o elemento volitivo, consistente na vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.

Conclusão

É de conhecimento geral que, no transcorrer da vigência originária da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, vários agentes públicos foram demitidos de seus cargos, outros tiveram seus direitos suspensos, multas foram aplicadas de forma desproporcional, bem como a determinação de ressarcimento, tudo em decorrência da prática de atos administrativos com meras irregularidades, onde o agente público ou o particular não tinham a intenção de causar danos à Administração Pública. Em muitos casos, havia a punição do agente inábil ou despreparado, sem a presença do elemento volitivo de causar danos ao erário.

Sendo assim, as alterações introduzidas na Lei de Improbidade Administrativa foram benéficas para o jurisdicionado, notadamente para aqueles que agem de boa-fé, pois não haverá mais penalização por ato administrativo praticado a título culposo ou com dolo genérico, conforme ocorria outrora. Sendo assim, pode-se dizer que o legislador reformista agiu certo ao introduzir as alterações para possibilitar a punição tão somente daqueles que agem deliberadamente, isto é, com a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito e, por consequência, para causar dano ao erário.

Ora, a intenção do legislador reformista foi punir apenas as condutas dolosas e que tenha a presença de vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade, não bastando a voluntariedade do agente. Assim, não pode o hermenauta incluir as condutas com dolo genérico ou condutas culposas entre as hipóteses de punição, sob pena de afronta ao texto legal aprovado por aqueles que foram democraticamente eleitos pelo povo.

O objetivo do legislador reformista foi punir o agente público ou o particular desonesto que pratica ato premeditado para alcançar o resultado ilícito tipificado nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa, afastando qualquer tipo de punição para o inábil ou despreparado que acaba praticando ato irregular, mas destituído de vontade de causar danos ao erário. Melhor dizendo, o legislador entendeu pela necessidade de suprimir a modalidade culposa de improbidade, permitindo apenas a condenação do agente público ou do particular que praticar ato com o objetivo de lograr proveito pessoal ou para outrem.

Ora, na atual conjuntura jurídica, não pode ser admitida a responsabilização na modalidade objetiva, em que os agentes públicos respondem objetivamente pelos seus atos sem a existência de prova concreta acerca da conduta comissiva ou omissiva, resultante em benefícios diretos ou indiretos pelo agente público, isto é, para que o agente seja condenado, deve haver provas acerca da prática da conduta dolosa, com vontade livre e consciente de alcançar o resultado antijurídico e, por conseguinte, danoso aos interesses da Administração Pública.

Cabe destacar que nas ações de improbidade deve-se observar não apenas o devido processo legal formal, mas também o devido processo legal em seu aspecto substancial. Com isso, os argumentos apresentados pelo requerido devem ser enfrentados e levados em consideração para a construção do provimento jurisdicional, podendo ser proferida decisão condenatória tão somente quando houver prova acerca da conduta, consistente na vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito.

As alterações introduzidas na Lei de Improbidade não resultaram no esvaziamento do conteúdo protetivo ao patrimônio público. Tanto é que as alterações propiciaram o aumento de pena a ser aplicada ao agente que pratica ato com desonestidade, bem como o aumento do prazo prescricional, o que demonstra que não houve enfraquecimento da norma, conforme insistem os órgãos de acusação. As alterações apenas serviram para cessar os excessos contidos na redação originária da Lei de Improbidade, trazendo tranquilidade para os administradores que têm boas intenções no exercício da função pública.

Por fim, esperamos que a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 7236, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, seja julgada improcedente, permanecendo incólumes as alterações introduzidas na Lei de Improbidade, pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021,

até porque a mudança legislativa foi realizada por quem tem legitimidade constitucional para inovar no ordenamento jurídico brasileiro.

Referências

- CÂMARA, Alexandre de Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 01. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2008.
- FARIA, Edimur Ferreira de. **Controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: doutrina legislação e jurisprudência**. 4. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo, GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. **Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- GARCIA, Mônica Nicida. **Responsabilidade do Agente Público**. 2. ed. ver. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 333.
- MADUREIRA, Claudio. **Advocacia Pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Limites da Improbidade Administrativa**, Editora JusPodivm, 6. ed., 2023.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 12. ed., 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- NUCCI. Guilherme Souza. **Manual de Direito Penal**. Ed. Forense. 16ª ed. Rio de Janeiro, 2020.
- OLIVEIRA. José Roberto Pimenta. **Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Reflexões sobre Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro**, in Improbidade Administrativa - Questões Polêmicas e Atuais, Coordenadores: Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho, 2001.
- STRECK, Lenio Luiz. **Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia**. Revista da AJURIS - V. 41 - n. 135 - Setembro de 2014.

