

Adriana Rizzotto: Nova LIA e o elemento subjetivo do agente

08/06/2022

A balzaquiana Lei de Improbidade Administrativa — LIA (Lei 8.492/92), um dos pilares do microsistema anticorrupção brasileiro, foi reconfigurada pela recente Lei 14.230/2021, que alterou a redação dos dispositivos da legislação original de forma tão significativa que passou a ser chamada de "*a nova LIA*".



Um dos pontos controvertidos da nova LIA diz respeito

à caracterização do elemento subjetivo do agente. O novo diploma legal enuncia, logo em seu primeiro artigo, que o ato de improbidade administrativa exige a comprovação da responsabilidade subjetiva dolosa. Infere-se, portanto, a exclusão da modalidade culposa, prevista originariamente para os tipos sancionadores do artigo 10, referentes aos atos ímprobos causadores de lesão ao erário, cujo elemento subjetivo poderia ser o dolo ou a culpa grave.

A exclusão da modalidade culposa reflete a preocupação do legislador em não banalizar a improbidade, bem como evitar a denominada "Administração Pública do medo", caracterizada pela paralisia administrativa causada por comportamentos conservadores, formalistas e refratários a inovação que se verificam quando o gestor público teme ser enquadrado como ímprobo em razão de sua incompetência profissional.

A menor reprovação social das condutas culposas não constitui retrocesso, nem proteção deficiente ao valor constitucional da probidade. No caso de erro grosseiro ou culpa grave, a eficiência administrativa e a integridade do patrimônio público e social seguem tuteladas por outras esferas normativas de apuração. O agente público poderá ser responsabilizado em ação reparatória civil, sem prejuízo de processo administrativo disciplinar e eventual ação penal, na hipótese do crime de peculato culposos.

Outra questão controvertida referente ao elemento volitivo é a pretensa necessidade de comprovação do dolo específico do agente em todos os atos de improbidade. Tal conclusão advém da leitura apressada dos §§ 2º e 3º do artigo 1º, da nova LIA, segundo os quais para

caracterizar o dolo da improbidade não basta a voluntariedade do agente, sendo necessária a comprovação de fim ilícito [1], conjugada com a interpretação equivocada de que os §§ 1º e 2º do artigo 11 da nova LIA [2] ostentam a natureza jurídica de normas de extensão geral do dolo específico para todos os tipos sancionadores de conduta ímproba. Assim, o "*fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade*" configuraria o dolo específico, a ser doravante necessariamente demonstrado pela acusação, em todas as ações de improbidade.

Os supracitados §§ 1º e 2º do Artigo 11 incorporam ao sistema brasileiro de improbidade disposição da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção [3] (conhecida como Convenção de Mérida), cujo artigo 28 dispõe: "*O conhecimento, a intenção ou o propósito que se requerem como elementos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção poderão inferir-se de circunstâncias fáticas objetivas*". A obtenção de proveito indevido, para si ou para outrem, com repercussão no patrimônio público e social, constitui elemento objetivo-normativo do tipo sancionador, presente em todas as condutas de improbidade arroladas nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA e em leis especiais.

A nova LIA não exige, portanto, a demonstração indiscriminada de dolo específico para configurar a improbidade. Apenas o tipo sancionador que fizer alusão, em caráter excepcional, a um especial fim de agir, reclamará o dolo específico, como acontece, por exemplo, com o fim de "*ocultar irregularidades*", previsto no Artigo 11, VI. Como regra geral, os tipos sancionadores de improbidade administrativa requerem apenas a demonstração de dolo genérico.

Nos aludidos §§ 1º e 2º do Artigo 11, o legislador apenas corrobora a importante diferença conceitual entre improbidade e mera ilegalidade. Para caracterizar um ato de improbidade, além da consciência e vontade de realizar a conduta descrita no tipo, é fundamental a existência de má-fé do agente, inferida da circunstância fática objetiva da obtenção de vantagem indevida, para si ou para outrem. A obtenção desonesta de proveito indevido com repercussão no patrimônio público e social constitui elemento objetivo-normativo do tipo sancionador, e premissa de todos os atos ímprobos.

Veja-se o exemplo da conduta descrita no artigo 10, inciso VI, "*realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea*". Se, no caso concreto, não restar comprovada a circunstância fática objetiva da obtenção de uma vantagem indevida com repercussão no patrimônio público e social, estaremos diante de uma mera ilegalidade administrativa.

Em suma: a improbidade administrativa se refere a conduta do agente público que acarrete: 1) enriquecimento ilícito, 2) lesão ao erário ou 3) violação dos princípios da Administração, praticados de forma dolosa e qualificados por um *plus*: a má-fé do agente, caracterizada pela verificação fática objetiva da obtenção de vantagem indevida para si ou para outrem, com repercussão no patrimônio público e social. Continua válida, portanto, a jurisprudência consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que basta o dolo genérico qualificado pela má-fé ou desonestidade para configurar a improbidade [4].

Noutro giro, a nova LIA nada dispõe sobre a sua retroatividade, o que gera incertezas sobre a aplicação da exclusão da modalidade culposa a condutas pretéritas, em especial em relação a necessidade da presença do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da matéria constitucional suscitada no Tema 1.199, nos termos do artigo 1.035 do CPC.

O Ministério Público Federal, na Nota Técnica nº 01/2021 — 5ª CCR [5], sustenta que o princípio da retroatividade de norma mais benéfica aplica-se de forma diferenciada no campo do Direito Administrativo Sancionador, o qual não busca primariamente a reprovabilidade de condutas ilícitas sob a perspectiva retrospectiva, atua de forma prospectiva e exige que a retroatividade seja disciplinada expressamente pela lei.

A 5ª CCR do *Parquet* Federal aduz, outrossim, que o artigo 37, § 4o da Constituição Federal impede a retroatividade de novas normas mais benéficas como instrumento de vedação ao retrocesso no enfrentamento de condutas ímprobas e que *"não é dado ao Poder Judiciário optar pela aplicação de um ou outro segmento do sistema de responsabilidade, apenas para beneficiar os infratores, sob pena de o juiz competente acabar por instituir sistema não criado pelo Poder Legislativo"*.

A análise da retroatividade da norma mais benéfica, entretanto, suscita reflexões inevitáveis sobre a inexistência de diferença ontológica entre o direito estatal de punir exercido através do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador. Há, outrossim, uma inegável similitude dos direitos fundamentais em jogo e das garantias ofertadas aos acusados em ambos os regimes jurídicos repressivos.

Acrescente-se que da perspectiva do controle de convencionalidade, a retroatividade da norma sancionadora mais benéfica tem previsão expressa na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), cujo artigo 9º prevê que *"se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se"*. Note-se que na convenção em apreço, que tem *status* supralegal, o termo "delito" é utilizado em sua acepção ampla, de molde a alcançar ilícitos criminais, civis e administrativos.

Nessa ordem de ideias, as disposições normativas da nova LIA mais benéficas aos agentes públicos e aos que concorrem para o ato de improbidade caracterizam *abolitio criminis* em sentido lato e devem retroagir, com base no inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal. Trata-se de perda superveniente do interesse de agir do poder punitivo estatal, diante do advento de novo cenário normativo favorável ao acusado. Se o ato não pode mais ser caracterizado como ímprobo, a falta de interesse processual conduziria à prolação de sentença de extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do que dispõe o artigo 485, *caput*, VI, do Código de Processo Civil. Prevalece, entretanto, o regramento especial da nova LIA, a qual dispõe, no artigo 17 § 11: *"Em qualquer momento do processo, verificada a inexistência do ato de improbidade, o juiz julgará a demanda improcedente"*.

Como proceder na hipótese de improbidade culposa transitada em julgado? Se já houve o exaurimento de todos os efeitos da sentença, o imputado não faz jus a qualquer tipo de ressarcimento, nem da reversão das sanções já executadas. Nos demais casos, considerando o caráter acusatório e sancionador da ação de improbidade administrativa, que a diferencia do processo civil comum, a impugnação das situações já julgadas não está sujeita ao prazo decadencial de dois anos da ação rescisória. O pedido de aplicação retroativa da lei benéfica posterior pode ser deduzido a qualquer tempo, no juízo de primeira instância com competência funcional para apreciar a matéria, por simples petição, com contraditório do Ministério Público, por analogia com o disposto no artigo 66, inciso I, da Lei de Execução Penal — LEP (Lei nº 7.210/84), o qual estabelece que "*compete ao Juiz da execução: I – aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado*".

O impacto das alterações pertinentes ao elemento subjetivo do agente na nova LIA tem especial relevância e ampla repercussão social nas ações de improbidade em curso e nos casos transitados em julgado. Trata-se de tema complexo e controvertido que enseja uma pluralidade de possibilidades exegéticas legítimas, as quais resultam em interpretações diferenciadas do texto legal. Mister se faz que os tribunais superiores uniformizem a matéria com a máxima brevidade, para conferir segurança jurídica e estabilidade ao entendimento sobre a nova LIA. A atuação célere do Judiciário é fundamental para dirimir dúvidas e perplexidades que fragilizam a efetividade dos processos de improbidade administrativa, e atentam contra os compromissos assumidos pelo Brasil nas convenções internacionais de combate a corrupção.

[1] Art. 1º (...)

2º. Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.

3º. O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

[2] Art. 11 (...)

1º. Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo [Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006](#), somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade.

§ 2º. Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei.

[3] Decreto nº 5.687, de 31/1/2006, promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003.

[4] AgInt no REsp 1.872.310/PR, relator ministro Benedito Gonçalves, 1ª TURMA, julgado em 5/10/2021, DJe 8/10/2021.



[5] 5ª Câmara de Coordenação e Revisão — Combate à Corrupção Comissão de Assessoramento Permanente em Leniência e Colaboração Premiada PGR-00390794/2021.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-jun-08/adriana-rizzotto-lia-elemento-subjetivo-agente/>