

Do dolo nas ações de improbidade administrativa

AUTORIA COLETIVA

– PROCURADORIA DE DEFESA DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS E CAOPP

DEFESA: GISELA POTÉRIO SANTOS SALDANHA

1- SÍNTESE

O STF concluiu, em 18.08.2022, o referido julgamento do ARE 843.989-PR (Tema 1199) e fixou a seguinte tese:

- 1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se – nos artigos 9º, 10 e 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. (grifo nosso)

Consta da nova redação da Lei de Improbidade, expressamente, que o legislado considera o dolo como: a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92.

Além disso, por força do § 4º do art. 1º, há a aplicação ao processo de apuração de atos de improbidade os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador, que seguem a matriz do processo penal no qual se garante o contraditório e a ampla defesa; a possibilidade de utilização da prova emprestada (Sumula 591-STJ); a vedação de punibilidade pelo mesmo fato, e por fim, a proibição de aplicação de norma prejudicial ao réu.

A partir de então muitos processos foram extintos ao fundamento de ser necessária a comprovação do dolo específico para a caracterização da improbidade administrativa.

Entretanto, quanto a exigência da caracterização do dolo específico, em aplicação a doutrina penal dominante, que adota a teoria do assentimento, se impõe o satisfazer com a comprovação do elemento subjetivo da intenção e do propósito verdadeiro do autor do ilícito, assumindo ele o risco de produzi-lo.

2 - FUNDAMENTOS

A necessidade de se comprovar o dolo nos atos de improbidade administrativa previstos nos arts. 9º, 10 e 11, da Lei n.º 8.429/92 é uma das novidades introduzidas pela Lei n.º 14.230/2021 – denominada “nova LIA” em razão das extensas alterações introduzidas na Lei de Improbidade Administrativa.

A regra geral, no entanto, não consagrou a figura do dolo específico, que exige uma especial finalidade.

O art. 1º, § 2º, da Lei n.º 8.429/92 conceituou o dolo como “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”.

O art. 11, §§ 1º e 2º, da Lei n.º 8.429/92 estabeleceu que, nos termos da Convenção de Mérida, ratificada pelo Brasil e incorporada ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto n.º 5.687/2006, somente haverá improbidade administrativa quando for comprovado “o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade”.

O § 5º do art. 11 da Lei n.º 8.429/92 exige a aferição de dolo “com finalidade ilícita por parte do agente” para configuração da improbidade na nomeação ou indicação política por parte dos detentores de mandatos eletivos.

Em alguns casos, a lei exige uma finalidade específica “para fins de” ou “com vistas à”, por exemplo, art. 11, V e VI, da LIA, o que caracteriza hipótese de dolo específico.

Em sendo assim, o legislador determinou que sejam provados o dolo, a voluntariedade e o intento do agente de atingir o resultado ilícito, para fins de caracterização do ato de improbidade administrativa¹.

No entanto, as modernas teorias do crime não exigem a vontade psicológica como elemento configurador do dolo, algo que, de plano, afasta uma análise meramente literal do conceito de voluntariedade trazido pelo legislador reformista.

O art. 28 da Convenção de Mérida, que trata da penalização e aplicação da lei, tem a seguinte redação:

Conhecimento, intenção e propósito como elementos de um delito.

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. (grifo nosso)

Essa norma de hierarquia supralegal vem ao encontro à corrente doutrinária atualmente dominante: basta que se prove o conhecimento por parte do agente e a ação dele. Os atos cometidos servem como prova da intenção e do propósito verdadeiro do autor do ilícito.

Os arts. 1º, § 2º, e 11, §§ 1º, 2º e 5º, da LIA devem ser interpretados conforme a Convenção de Mérida para que a exigência de demonstração do dolo e do fim ilícito do agente sejam aferidos a partir das circunstâncias fáticas e objetivas do caso concreto, sem maiores divagações sobre o estado de espírito do envolvido.

3 - CONCLUSÃO

A comprovação do dolo nas ações de improbidade administrativa deve seguir a tendência contemporânea da doutrina penal de satisfação com a demonstração do fim ilícito do agente, aferidos a partir das circunstâncias fáticas e objetivas do caso concreto, sem maiores divagações sobre o estado de espírito do envolvido.

¹ O eminente Ministro Alexandre de Moraes deixou registrado, em seu voto, que: A Lei 14.230/2021 reiterou, expressamente, a regra geral de necessidade de comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação do ato de improbidade administrativa, exigindo – em todas as hipóteses – a presença do elemento subjetivo do tipo – DOLO, conforme se verifica nas novas redações dos artigos 1º, §§ 1º e 2º; 9º, 10, 11; bem como na revogação do artigo 5 (...). Vale lembrar que tal premissa se fez a fim de acentuar a impossibilidade de reconhecimento da responsabilidade objetiva na esfera da improbidade administrativa, mas somente com a presença do necessário elemento subjetivo do tipo – DOLO GENÉRICO (voto do Relator Min. Alexandre de Moraes, p. 17/18).