QUARTOS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 656.558 SÃO PAULO

RELATOR	**: MIN. DIAS TOFFOLI**
EMBTE.(S)	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SAO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTDO.(A/S)	: ADILSON FRANCO PENTEADO
ADV.(A/S)	: JOSÉ GERALDO SIMIONI
INTDO.(A/S)	: PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE ITATIBA
ADV.(A/S)	: NATALINA APARECIDA DELFORNO DOS SANTOS ALVES
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE ITATIBA
INTDO.(A/S)	: CELSO APARECIDO CARBONI
ADV.(A/S)	: CELSO APARECIDO CARBONI
INTDO.(A/S)	: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB
ADV.(A/S)	: EGON RAFAEL DOS SANTOS OLIVEIRA
ADV.(A/S)	: CLAUDIA PAIVA CARVALHO
ADV.(A/S)	: MARCUS VINICIUS FURTADO COÊLHO
ADV.(A/S)	: RAFAEL BARBOSA DE CASTILHO
ADV.(A/S)	: OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JUNIOR
ADV.(A/S)	: FERNANDA MARINELA DE SOUSA SANTOS NUNES
ADV.(A/S)	: LIZANDRA NASCIMENTO VICENTE
ADV.(A/S)	: ANA PAULA DEL VIEIRA DUQUE
ADV.(A/S)	: MANUELA ELIAS BATISTA
ADV.(A/S)	: BRUNA SANTOS COSTA
INTDO.(A/S)	: CESA - CENTRO DE ESTUDOS DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS
ADV.(A/S)	: RUBENS NAVES E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: ANTÔNIO SÉRGIO BAPTISTA ADVOGADOS ASSOCIADOS S/C LTDA
ADV.(A/S)	: RODRIGO ALEXANDRE DE OLIVEIRA
ADV.(A/S)	: ANTONIO SERGIO BAPTISTA
ADV.(A/S)	: JULIANA ARANHA FONTES
ADV.(A/S)	: MARIA FERNANDA PESSATTI DE TOLEDO E

OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : BRUNA SILVEIRA SAHADI

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES:

Trata-se de quatro Embargos de Declaração opostos em face de acórdão do PLENÁRIO desta CORTE que, apreciando o Tema 309 da repercussão geral, deu provimento ao Recurso Extraordinário e estabeleceu a seguinte tese de julgamento:

> "a) O dolo é necessário para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da Constituição Federal), de modo que é inconstitucional a modalidade culposa de ato de improbidade administrativa prevista nos arts. 5º e 10 da Lei nº 8.429/92, em sua redação originária.
>
> b) São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar:
>
> (i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e
>
> (ii) cobrança de preço compatível com a responsabilidade profissional exigida pelo caso, observado, também, o valor médio cobrado pelo escritório de advocacia contratado em situações similares anteriores."

O julgado recebeu a seguinte ementa (Doc. 286):

> "EMENTA Direito constitucional e administrativo. Improbidade administrativa. Necessidade de dolo. Inexigibilidade de licitação. Contratação pelos municípios de

escritório de advocacia para patrocínio e defesa de causas perante os tribunais de contas estaduais. Requisitos.

1. O ato de improbidade administrativa deve ser entendido como ato violador do princípio constitucional da probidade administrativa, ou seja, aquele no qual o agente pratica o ato violando o dever de agir com honestidade. Isso é, o agente ímprobo atua com desonestidade, ao que se conectam a deslealdade e a má-fé.

2. Estando a desonestidade relacionada com o dolo, não é possível desvincular a improbidade administrativa, a qual depende da desonestidade, do referido elemento subjetivo, isso é, do dolo. Nessa toada, o dolo é necessário para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da Constituição Federal), sendo inconstitucional a modalidade culposa prevista nos arts. 5º e 10 da Lei nº 8.429/92, com sua redação originária.

3. No que diz respeito aos arts. 13, inciso V, e 25, inciso II, da Lei nº 8.666/93, deve-se ter em mente, como bem apontou o Ministro Roberto Barroso, que a disciplina constitucional da advocacia pública (arts. 131 e 132 da CF) impõe que, em regra, a assessoria jurídica das entidades federativas, tanto na vertente consultiva como na defesa em juízo, caiba aos advogados públicos. Excepcionalmente, caberá a contratação de advogados privados, desde que plenamente configurada a impossibilidade ou relevante inconveniência de que a atribuição seja exercida pelos membros da advocacia pública.

4. Ainda em relação aos dispositivos mencionados, insta realçar que, mesmo que a contratação direta envolva atuações de maior complexidade e responsabilidade, é necessário que a Administração Pública demonstre que os honorários ajustados se encontram dentro de uma faixa de razoabilidade, segundo os padrões do mercado, observadas as características próprias do serviço singular e o grau de especialização profissional.

5. Foram fixadas as seguintes teses de repercussão geral: "a) O dolo é necessário para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da Constituição

> Federal), de modo que é inconstitucional a modalidade culposa de ato de improbidade administrativa prevista nos arts. 5º e 10 da Lei nº 8.429/92, em sua redação originária. b) São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: (i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) cobrança de preço compatível com a responsabilidade profissional exigida pelo caso, observado, também, o valor médio cobrado pelo escritório de advocacia contratado em situações similares anteriores."
>
> 6. RE nº 610.523/SP julgado prejudicado e RE nº 656.558/SP ao qual se dá provimento, restabelecendo-se a decisão em que se julgou improcedente a ação."
>
> (RE 656558, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe 11-02-2025 REPUBLICAÇÃO DJe 26-02-2025)

Em seus embargos de declaração, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO inicialmente suscita questão de ordem, alegando que a constitucionalidade dos arts. 5º e 10 da LIA não é objeto do presente Recurso Extraordinário. Em seguida, sustenta (i) omissão quanto ao conflito da diretriz estabelecida neste precedente com o item 3 da tese fixada no julgamento do Tema 1199 da repercussão geral, notadamente no que se refere à imunização da coisa julgada; (ii) omissão pela falta de modulação dos efeitos da decisão, em prol da segurança jurídica e do interesse social, em razão da abrupta alteração da jurisprudência da CORTE (Doc. 240 e 292).

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, por sua vez, sustenta em sede de embargos de declaração (i) a existência de contradição entre a *ratio decidendi* e a tese firmada, sob o argumento de que a fundamentação apresentada não converge para a definição de novos requisitos à contratação de serviços advocatícios; e (ii)

omissão em relação aos limites de incidência do tema, postulando a restrição dos critérios do item 'b' da tese apenas para a Administração Pública municipal, excluindo-se os Estados e a União. A entidade apresentou outra peça de Embargos, na qual ratificou suas alegações (Doc. 279 e 288).

Por fim, a UNIÃO opõe embargos de declaração em que alega (i) a necessidade de modulação dos efeitos da decisão em razão da alteração da jurisprudência dominante, para preservação das situações consolidadas sob a égide do entendimento anterior; (ii) obscuridade em relação ao dever de ressarcimento ao erário decorrente de condenações por improbidade administrativa culposa, uma vez que tal medida não constitui propriamente punição ao agente público pela prática de ato ímprobo, mas consequência lógica do prejuízo causado à Administração Pública (Doc. 297).

O eminente Relator, Ministro DIAS TOFFOLI, votou no sentido de (i) não conhecer dos embargos de declaração da UNIÃO, por ostentar a qualidade de *amicus curiae*; (ii) rejeitar os embargos de declaração do CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, ante a inexistência de contradição ou omissão no acórdão embargado em relação aos pontos levantados; e (iii) acolher, em parte, os embargos de declaração do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO "para, a título de modulação dos efeitos da decisão, estabelecer que: a) ficam mantidas as situações consolidadas até 4/11/24, data da publicação da ata do julgamento do mérito, observada a liminar do Ministro Gilmar Mendes deferida na ADI nº 6.678/DF; b) as condenações em razão de ato culposo de improbidade administrativa ou de responsabilidade objetiva por ato de improbidade administrativa transitadas em julgado não poderão ser mais executadas a partir da referida data", no que foi acompanhado pelo Eminente Min. FLÁVIO DINO.

Em seguida, pedi vista dos autos.

É o relatório.

O Ilustre Relator propõe a modulação de efeitos da decisão, por considerar presentes razões de segurança jurídica e interesse público

diante da vigência da modalidade culposa de improbidade por quase três décadas, para estabelecer que: a) ficam mantidas as situações consolidadas até 4/11/24, data da publicação da ata do julgamento do mérito, observada a liminar do Ministro GILMAR MENDES deferida na ADI nº 6.678/DF; b) as condenações em razão de ato de improbidade administrativa culposo ou de responsabilidade objetiva transitadas em julgado não poderão ser mais executadas a partir da referida data.

Adianto que vou divergir quanto a dois pontos: a necessidade de ressarcimento ao Erário em qualquer hipótese e a preservação das condenações transitadas em julgado.

1 - DO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO

Faz-se necessária reflexão sobre a posição do Ilustre Relator, em seu voto nos presentes embargos declaratórios, em relação às consequências do precedente sobre o dever de ressarcimento ao erário.

Segundo o Eminente Min. DIAS TOFFOLI aponta em seu voto:

> "Com o julgamento do mérito do presente tema de repercussão geral (ata foi publicada no DJe de 4/11/24), firmou-se a inconstitucionalidade da modalidade culposa de qualquer ato de improbidade administrativa. A rigor, se não houver modulação, abre-se a possibilidade de reversão de diversas situações já consolidadas, decorrentes daquelas decisões transitadas em julgado. Nesse contexto, abre-se espaço para, **v.g.**:**a) a restituição, para o condenado, de valores já recolhidos aos cofres públicos a título de multa e/ou ressarcimento integral do dano**; b) discussões sobre eventual direito a ingresso em (ou retorno a) função pública, emprego público, cargo público, cargo eletivo etc., com as consequências daí decorrentes (como cobrança retroativa de remunerações não pagas), em razão da indevida aplicação da sanção de perda da função pública ou suspensão dos direitos políticos; c) discussões sobre eventual perda de chance de contratar com o Poder Público ou direito de receber, retroativamente, benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios que não foram concedidos. Permitir a reversão de situações consolidadas pode gerar, entre outras consequência, importantes impactos negativos no erário

dos diversos níveis federativos, afora o ajuizamento de diversas ações rescisórias.

Por razões de segurança jurídica e de interesse social, julgo ser o caso de se determinar, a título de modulação dos efeitos da decisão, o seguinte: (i) devem ser mantidas as situações consolidadas até a data da publicação da ata do julgamento do mérito, observada a liminar do Ministro Gilmar Mendes deferida na ADI nº 6.678/DF; e (ii) as condenações por ato culposo de improbidade administrativa ou em razão de responsabilidade objetiva por ato de improbidade administrativa transitadas em julgado não poderão ser mais executadas a partir da data da publicação da ata do julgamento do mérito.

Note-se que, em razão do item (i) da proposta de modulação, ficam mantidas, por exemplo: a sanção de perda da função pública ou de suspensão de direitos políticos consolidada até aquela data, com as consequências daí decorrentes, observada a liminar do Ministro Gilmar Mendes deferida na ADI nº 6.678/DF; as multas pagas e os ressarcimentos ao erário realizados até o citado marco; as proibições de contratar com a Administração Pública concretizadas até então, não sendo possível eventual discussão sobre perda de chance de contratar; os benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios não recebidos também até a data em alusão, o quais não poderão ser cobrados retroativamente.

Já em razão do item (ii), **v.g.**, o Poder Público **não poderá mais cobrar débitos ainda em aberto a título de multas aplicadas e/ou de ressarcimento integral do dano**. Ademais, a partir do referido marco temporal (data da publicação da ata do julgamento do mérito), cessa a contagem dos prazos eventualmente remanescentes, atinentes à perda de direitos políticos e à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário."

Conforme registrado no início, vou dissentir do Eminente Relator no ponto, pois a declaração de inconstitucionalidade da modalidade culposa da improbidade administrativa não extingue o dever de ressarcimento integral do dano causado ao erário. Veja-se que, em seu voto no julgamento de mérito do presente Recurso Extraordinário, o Eminente Relator registrou que "*é importante realçar que os atos culposos continuam, a depender do caso, sujeitos a outros diplomas, podendo caracterizar ilícitos administrativos e resultar em punições*."

A reparação de danos não constitui propriamente uma sanção, mas sim consequência indenizatória da prática de uma conduta ilícita que gera prejuízos ao erário. Conforme registrei nos debates do recente julgamento da ADI 7156, "o ressarcimento ao erário não é sanção, é o ressarcimento ao *status quo"*. Também o Relator dessa ADI, o Ilustre Ministro ANDRÉ MENDONÇA, assinalou que "nem tudo na improbidade é sanção -, a questão do dano, por exemplo, é uma questão que é reparatória. Pode até não haver improbidade, eventualmente, mas, ainda assim, havia a necessidade de reparação de dano".

Em meu voto na ADI 7236 MC-Ref, registrei que, "em hipóteses nas quais a conduta imputada ao agente é realizada de maneira objetiva, sem comprovação de mera participação do agente público ou de terceiro, ou mesmo de parcela de sua responsabilidade – impedindo-se, dessa maneira, inclusive a possibilidade do exercício da ampla defesa – resultando patente a ausência do elemento subjetivo do tipo (dolo), não se poderá afirmar que a conduta do agente público foi direcionada para a corrupção, estando descaracterizado o ato de improbidade administrativa, e, consequentemente, a aplicação das sanções estabelecidas na Lei 8.429/1992; **independentemente da possibilidade de eventual ressarcimento do dano, por outras vias**, ou mesmo responsabilidade disciplinar".

Essa conduta ilegal não precisa estar caracterizada como ato de improbidade administrativa, podendo configurar mero ilícito civil. Conforme sustenta José Antonio Lisbôa Neiva, a:

> "recomposição do dano patrimonial, a rigor, independe da caracterização do ato como de improbidade, pois é

> perfeitamente possível que estejam presentes os pressupostos para a responsabilização civil sem que se possa afirmar que há improbidade, por ausência de seus contornos específicos." (NEIVA, José Antonio Lisbôa. Improbidade Administrativa: legislação comentada artigo por artigo: doutrina, legislação e jurisprudência. 5. ed., rev. E atual. - Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 191/192).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça há muito reconhece que "o ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim consequência necessária do prejuízo causado" (STJ, REsp no. 1.184.897-PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe de 27.4.2011).

Essa obrigação de ressarcir o dano decorre, portanto, de responsabilidade civil comum, não se confundindo com a aplicação de penalidade pecuniária por ato de improbidade administrativa, consubstanciada na sanção de multa prevista na Lei nº 8.429/1992.

A autonomia da responsabilidade civil em relação à improbidade também se evidencia no voto do saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI no RE 669.069, Tema 666. A ausência de qualificação do ilícito como improbidade não elimina a pretensão reparatória: submete-a ao regime civil pertinente. Assentou Sua Excelência:

> "A pretensão de ressarcimento, bem se vê, está fundamentada em suposto ilícito civil que, embora tenha causado prejuízo material ao patrimônio público, não revela conduta revestida de grau de reprovabilidade mais pronunciado, nem se mostra especialmente atentatória aos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública." (RE 669.069/MG, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe 28/4/2016)

Quando do julgamento do Tema 1043 da repercussão geral (ARE 1175650, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, Dj 3/7/2023), asseverei que a lesão ao erário causa graves reflexos na carência de recursos para implementação de políticas públicas de qualidade. Não

por outra razão é que **a reparação integral do dano ao patrimônio público**, além de figurar no rol das sanções estabelecidas no art. 12 da Lei 8.429/1992, **também é consequência civil do ato ilícito.**

Por esses motivos, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL estabeleceu que não há como transigir a respeito da obrigação de ressarcimento do dano, afastando sua inserção entre os benefícios a serem estendidos àquele que colabora com as investigações no contexto da ação de improbidade decorrente do dano causado. Essa exegese é consentânea também com a dicção do parágrafo 3º do art. 16 da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), que não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado, ainda que celebrado acordo de leniência que efetivamente colabore com as investigações (ARE 1175650, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, Dj 3/7/2023, Tema 1043 da repercussão geral).

Nessa linha também apontou o Ilustre Min. LUÍS ROBERTO BARROSO em seu voto no julgamento do Tema 897 da repercussão geral:

> "Penso que é uma ação provavelmente ordinária de ressarcimento, que tem como questão prejudicial o prévio assentamento de que ocorreu um ato de improbidade com todo o direito de defesa do réu também nesta hipótese e sem que nesta ação, como me parece intuitivo, se possa pretender aplicar qualquer sanção associada à improbidade, **porque o ressarcimento ao erário não é uma sanção. O ressarcimento ao erário é a reposição da situação ao *status quo ante***. Devolver aquilo que alguém se apropriou indevidamente não é sanção. Sanção pode ser multa, sanção pode ser reclusão, sanção pode ser perda de direito, mas devolver o que não deveria ter tomado não considero que seja uma sanção." (STF, RE 852.475/SP, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Red. p/ acórdão Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, DJe 25/3/2019)

Essa separação entre pretensão punitiva e ressarcimento foi reafirmada pela Ilustre Ministra CÁRMEN LÚCIA, em voto vogal no ARE 1.475.101 AgR (Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe 4/2/2025):

> "Em nenhum momento do julgamento do Tema 897 os integrantes da corrente majoritária aderiram à tese de que, para o reconhecimento da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, fazia-se necessária a existência de condenação prévia do réu por improbidade administrativa."

De fato, a pretensão reparatória não depende de prévia condenação às sanções pessoais da Lei de Improbidade.

No julgamento do Tema 1199 da repercussão geral, defendi que a análise da imputação do ato de improbidade administrativa deve sempre demonstrar a existência clara e flagrante do elemento subjetivo do tipo, não restando qualquer dúvida sobre a prática de ilegalidade qualificada pela má-fé, ou seja, pela intenção da prática de ato de corrupção; pois, somente é possível responsabilizar os agentes públicos pela prática de ato de improbidade administrativa quando presente o elemento subjetivo do tipo, ou seja, quando estiver presente e comprovada nos autos a "ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente" (RESP 827.455/SP, Red. p/ acórdão Min. TEORI ZAVASCKI) por ser o elemento subjetivo "essencial à configuração da improbidade" (AgRg no RESP 1.122.474/PR, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA), "inexistindo a possibilidade da atribuição da Responsabilidade objetiva na esfera da Lei 8.429/92" (RESP 875.425/RJ, Rel. Min. DENISE ARRUDA), por ser vedada "interpretação ampliativa", que "poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público", exigindo-se, portanto, a "má-intenção do administrador" (RESP 1.130.198/PR, Rel. Min. LUIZ FUX).

Por isso, apontei que:

> "Em hipóteses nas quais a conduta imputada ao agente é realizada de maneira objetiva, sem comprovação de mera participação do agente público ou de terceiro, ou mesmo de parcela de sua responsabilidade – impedindo-se, dessa maneira, inclusive a possibilidade do exercício da ampla defesa – resultando patente a ausência do elemento subjetivo do tipo

> (dolo), não se poderá afirmar que a conduta do agente público foi direcionada para a corrupção, estando descaracterizado o ato de improbidade administrativa, e, consequentemente, a aplicação das sanções estabelecidas na Lei 8.429/1992; **independentemente da possibilidade de eventual ressarcimento do dano,** por outras vias, ou mesmo responsabilidade disciplinar."

A ressalva quanto à possibilidade de ressarcimento ao erário decorre exatamente da conclusão de que não se trata propriamente de sanção imposta pela Lei de Improbidade, mas de uma consequência do ato praticado. Ainda nesse sentido, o Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, presidente da Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto da Lei nº 14.230/2021, expôs que:

> "A modalidade culposa do ato de improbidade administrativa lesivo ao erário, previsto no art. 10 na redação atual da LIA, foi suprimida na proposta da reforma. Tal opção partiu da premissa, conforme exposto na justificativa do projeto, de que não seria "dogmaticamente razoável compreender como ato de improbidade o equívoco, o erro ou a omissão decorrente de uma negligência, uma imprudência ou uma imperícia", bem como explicitou que **"evidentemente tais situações não deixam de poder se caracterizar como ilícito administrativos que submetem a sanções daquela natureza e, acaso haja danos ao erário, às consequências da lei civil quanto a ressarcimento"** (Breves Considerações sobre o Anteprojeto de Reforma da Lei de Improbidade Administrativa: A proposta da Comissão de Juristas Nomeada pela Câmara dos Deputados. Edição Comemorativa. 30 ANOS DO STJ. Superior Tribunal de Justiça).

O alerta feito pelo Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES é importante, para deixar claro que a exclusão da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa não afasta a possibilidade de responsabilização do agente por atos ilícitos administrativos e suas respectivas sanções, bem como pelo eventual ressarcimento ao erário.

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

> "Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.
>
> § 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia."

Ainda sobre o tema, decidiu a Primeira Turma desta CORTE que a eventual anulação da condenação por improbidade administrativa em razão da superveniente atipicidade da conduta não impede o prosseguimento da ação quanto ao ressarcimento ao erário, pois essa obrigação, com fundamento no art. 37, § 5º, da Constituição Federal e na legislação infraconstitucional pertinente (Código Civil e Lei da Ação Civil Pública), **possui natureza civil e subsiste independentemente da caracterização de improbidade**:

> EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTS. 11, CAPUT, I, E 12, III, DA LEI Nº 8.429/92. APLICAÇÃO DA NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 14.230/2021. SUPRESSÃO DA MODALIDADE CULPOSA. TEMA 1199 DA REPERCUSSÃO GERAL. NECESSIDADE DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. AGRAVO NÃO PROVIDO.
>
> 1. A decisão embargada foi clara ao consignar que "deve incidir, na espécie, a tese formulada no julgamento do Tema 1199 da repercussão geral, nos termos da jurisprudência desta Suprema Corte" e que "tal conclusão não afasta a necessidade de devolução ao erário das verbas recebidas indevidamente".
>
> 2. **A anulação da condenação por improbidade**

> **administrativa, em razão da superveniente atipicidade da conduta** (revogação da modalidade culposa pela Lei nº 14.230/2021 e aplicação do Tema 1199), **não impede o prosseguimento da ação para o ressarcimento do dano ao erário**, em face do ilegal acúmulo de cargos, conforme incontroverso nos autos. Tal obrigação, com fundamento no art. 37, § 5º, da Constituição Federal e na legislação infraconstitucional pertinente (Código Civil e Lei da Ação Civil Pública), **possui natureza civil e subsiste independentemente da caracterização de improbidade.**
>
> 3. Havendo prévia fixação de honorários advocatícios pelas instâncias de origem, seu valor monetário será majorado em 10% (dez por cento) em desfavor da parte recorrente, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observados os limites dos §§ 2º e 3º do referido artigo e a eventual concessão de justiça gratuita.
>
> 4. Agravo interno conhecido e não provido.
>
> (RE 1481355 ED-AgR, Relator(a): FLÁVIO DINO, Primeira Turma, DJe 07-03-2025)

A parte destacada da ementa explicita que o afastamento da condenação por improbidade não extingue, por si só, a obrigação civil de reparar o prejuízo.

Desse modo, ainda que o acórdão tenha declarado a inconstitucionalidade da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa, **isso não afasta a obrigação de ressarcimento ao erário decorrente da prática do ato ilícito, de forma culposa, com base na responsabilidade civil comum decorrente da legislação infraconstitucional pertinente (Código Civil e Lei da Ação Civil Pública), a qual impõe o dever de reparar o dano tanto pelo ato ilícito doloso quanto pelo culposo.**

2 - DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS EM RELAÇÃO A CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO POR ATO CULPOSO - COTEJO COM O TEMA 1199-RG

Não merece qualquer reparo o item a) da tese de julgamento, segundo o qual *"o dolo é necessário para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da Constituição Federal), de modo que é inconstitucional a modalidade culposa de ato de improbidade administrativa prevista nos arts. 5º e 10 da Lei nº 8.429/92, em sua redação originária*". Falo isso com absoluta tranquilidade, porque, lá atrás, quando era promotor do combate à improbidade administrativa, entendia que o art. 10, que previa a modalidade culposa, era inconstitucional; é improbidade, é a ilegalidade qualificada pela corrupção. Ninguém é corrupto culposamente, pode ser incompetente, mas não é corrupto culposamente.

No julgamento do Tema 1199 (ARE 843.989, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Dj 18/8/2022), foi apreciada a alteração da Lei nº 8.429/1992, pela Lei nº 14.230/2021, também em relação à **revogação da previsão legal de ato de improbidade administrativa culposo, anteriormente previsto na redação originária do artigo 10 da LIA**, e suas consequências em relação aos atos anteriormente praticados e decisões judiciais proferidas; **uma vez que, a partir da edição da Lei 14.230/2021 – 25 de outubro de 2021 – não há mais, no ordenamento jurídico, a tipificação para atos culposos de improbidade administrativa.**

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

A Lei 14.230/2021, somente, estabeleceu uma genérica aplicação *"ao sistema de improbidade administrativa os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador"*.

Nesse contexto, ressaltei que, para a análise da retroatividade ou irretroatividade da norma mais benéfica trazida pela Lei 14.230/2021 –

revogação do ato de improbidade administrativa culposo – o intérprete deverá, obrigatoriamente, conciliar os seguintes vetores:

> **(1) A natureza civil do ato de improbidade administrativa definida diretamente pela Constituição Federal;**
>
> **(2) A constitucionalização, em 1988, dos princípios e preceitos básicos, regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos, dando novos contornos ao Direito Administrativo Sancionador (DAS)**
>
> **(3) A aplicação dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador ao sistema de improbidade administrativa por determinação legal;**
>
> **(4) Ausência de expressa previsão de "anistia geral" aos condenados por ato de improbidade administrativa culposo ou de "retroatividade da lei civil mais benéfica";**
>
> **(5) Ausência de regra de transição.**

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

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

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

A norma mais benéfica prevista pela Lei nº 14.230/2021 – **revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa** –,

portanto, não é retroativa e, consequentemente, **não tem incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes**; nos termos do artigo 5º, XXXVI, da CF/88.

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

No ponto, foi fixada a seguinte tese ao Tema 1.199 da repercussão geral:

> "*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.*"

Em suma, ficou decidido naquele caso que **(i)** em relação a

condenações transitadas em julgado, a revogação da modalidade culposa da improbidade administrativa não produziria efeitos, **preservando a eficácia da coisa julgada, inclusive em relação à execução das penas e seus incidentes**; por outro lado, **(ii)** em relação a casos ainda sem condenação com trânsito em julgado, não seria possível a continuidade de uma investigação, de uma ação de improbidade ou mesmo de uma sentença condenatória com base em uma conduta não mais tipificada legalmente, por ter sido revogada.

A preservação da coisa julgada, nesse julgamento, recebeu apoio expresso de outros integrantes desta CORTE, mesmo entre aqueles que divergiram em aspectos da aplicação temporal da Lei nº 14.230/2021. O Eminente Ministro NUNES MARQUES, embora admitisse a retroatividade em processos ainda não definitivamente julgados, estabeleceu de modo inequívoco o limite das condenações transitadas em julgado:

> "Seja como for, a lei nova benigna, no campo cível, não pode sobrepor-se à coisa julgada, dado o preceito do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. [...] Portanto, em relação às condenações transitadas em julgado, mesmo por improbidade culposa, não vejo como aplicar retroativamente a lei."

A Ilustre Ministra ROSA WEBER, por sua vez, sustentou a irretroatividade em extensão maior que a adotada pela maioria. Seu voto reforça, no ponto aqui relevante, a proteção constitucional da coisa julgada e a impossibilidade de transposição automática da retroatividade penal benéfica:

> "Todos sabemos que a regra, no texto constitucional, a se refletir na legislação infra, é a irretroatividade das leis, dando prevalência à tutela da segurança jurídica, no resguardo às garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF). A exceção, no texto constitucional, como visto, é a retroatividade benéfica da lei penal, amparada em razões que dizem com o bem maior que é

> a liberdade humana, a envolver a liberdade de locomoção."

A modulação de efeitos agora proposta pelo Ilustre Relator Min. DIAS TOFFOLI, no presente caso, altera o tratamento em relação a condenações anteriormente transitadas em julgado pela prática de atos culposos de improbidade administrativa, ao estabelecer que:

> "(...)
>
> b) as condenações em razão de ato culposo de improbidade administrativa ou de responsabilidade objetiva por ato de improbidade administrativa transitadas em julgado **não poderão ser mais executadas a partir da referida data**."

Ou seja, acarreta incidência de efeitos do julgamento em relação a condenações transitadas em julgado, desconstituindo a eficácia da coisa julgada, ao interromper a execução das penas.

Contudo, em atenção ao primado da segurança jurídica, entendo que não deve haver modificação do critério anteriormente estabelecido no julgamento do Tema 1199 da repercussão geral, em relação aos efeitos da exclusão da modalidade culposa de improbidade administrativa.

No recente julgamento da ADI 7156, o Ilustre Ministro CRISTIANO ZANIN fez uma ponderação, nos debates, que me parece inteiramente aplicável neste caso:

> "Esta foi uma discussão muito importante: se, a partir da alteração da Lei de Improbidade Administrativa, teríamos uma Lei de Improbidade Administrativa deslocada do ilícito civil e do processo civil para o ilícito administrativo e para o direito administrativo sancionador. Entendemos, à época, que permanecia, inclusive com base no art. 37, § 4º, a natureza de ilícito civil e a aplicação do processo civil. Distanciamos isso do direito administrativo sancionador porque as consequências seriam inúmeras. Por exemplo, cito uma: simplesmente se pretendia aplicar um abolitio criminis a todas as condenações transitadas em julgado por improbidade administrativa dolosa, com base no caput do art. 11. Essa era a pretensão.

> Naquele momento, não aplicamos a tese, inclusive, ficou que, por ser ilícito civil, por se aplicar o processo civil e por não existir uma norma de retroatividade da lei mais benéfica no processo civil, aplicaríamos só aos processos em curso e manteríamos as condenações por improbidade transitadas em julgado e na fase de execução (...)"

De fato, a preservação das decisões transitadas em julgado foi um critério adotado no julgamento da ADI 7156, como se verifica da declaração, com efeitos ex tunc, da inconstitucionalidade da expressão "e benefícios diretos" do § 1º do art. 3º, **ressalvados os casos transitados em julgado**. Conforme salientou o Ilustre Relator, Min, ANDRÉ MENDONÇA, "eventualmente, já houve julgamentos de ações de improbidade considerando a integralidade do texto", os quais devem ser mantidos, não obstante a inconstitucionalidade reconhecida desde a edição da Lei 14.230/2021.

Nos debates sobre § 3º; § 4º; e § 10 do art. 16, o Ilustre Min. ANDRÉ MENDONÇA salientou que "há situações (...) em que possa já ter havido trânsito em julgado de questões como essa, ou já preclusas, em que se definiu com base no dispositivo tal como ele está. Sim, aplica-se aos casos pretéritos, **mas às situações já consolidadas por trânsito em julgado, da matéria, não teríamos como rever".**

O mesmo fator foi observado no julgamento da ADI 6678, também de relatoria do Min. ANDRÉ MENDONÇA. A medida cautelar, concedida pelo Ilustre Min. GILMAR MENDES em outubro de 2021 para "conferir interpretação conforme à Constituição ao inciso II do artigo 12 da Lei 8.429/1992, estabelecendo que a sanção de suspensão de direitos políticos não se aplica a atos de improbidade culposos que causem dano ao erário", foi ao final preservada, a despeito da prejudicialidade da Ação Direta, "devendo ser aplicada aos processos **ainda não transitados em julgado**".

A distinção entre revogação legislativa e declaração de inconstitucionalidade exige, ainda, considerar a jurisprudência própria da coisa julgada inconstitucional. No RE 730.462, Tema 733, o saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI distinguiu a invalidade da norma da

desconstituição dos julgados que nela se apoiaram:

> "Sobrevindo decisão em ação de controle concentrado declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo, nem por isso se opera a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente." (RE 730.462/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe 9/9/2015)

Na mesma assentada, nosso Decano de sempre, o Ilustre Ministro CELSO DE MELLO salientou que a proteção da coisa julgada alcança também a força de cumprimento da decisão:

> "Torna-se importante destacar, neste ponto, tal como fiz consignar em referido julgamento, o alto significado de que se reveste, em nosso sistema jurídico, o instituto da "res judicata", que constitui atributo específico da jurisdição e que se projeta na dupla qualidade que tipifica os efeitos emergentes do ato sentencial: a imutabilidade, de um lado, e a coercibilidade, de outro."

Creio que esses fundamentos convergem para a preservação da execução das sanções, em coerência com a solução anteriormente fixada no Tema 1.199.

Além disso, nos termos em que proposta, a modulação de efeitos atenta contra o princípio da isonomia. Como exemplo, caso dois indivíduos tenham sido anteriormente condenados por ato de improbidade administrativa culposo, ao pagamento de multa civil, sendo que um deles realizou o pagamento de sua multa, e outro encontra-se inadimplente em relação a sua obrigação, o superveniente perdão para o débito pendente representaria tratamento privilegiado àquele que fugiu de sua responsabilidade por longo período de tempo.

Outras diversas controvérsias poderiam surgir a respeito da forma e do modo de cumprimento da modulação em relação ao cumprimento de sanções e eventual necessidade de devolução de valores recolhidos, a

exemplo das sanções executadas no período compreendido entre o marco temporal estabelecido (data da publicação da ata do julgamento do mérito, em 4/11/2024) e a data da modulação dos efeitos.

Desse modo, entendo que a alternativa mais adequada visando à proteção da estabilidade das situações consolidadas, evitando o surgimento de novas controvérsias sobre o assunto, é a manutenção do mesmo critério estabelecido no julgamento do Tema 1199-RG em relação às condenações transitadas em julgado pela prática de ato de improbidade administrativa.

Em outras palavras, em relação a condenações transitadas em julgado até 25 de outubro de 2021, pela prática de ato culposo de improbidade administrativa, **serão mantidos todos os efeitos, preservando a eficácia da coisa julgada, inclusive em relação à execução integral das sanções delas decorrentes.**

Diante de tais razões, ACOMPANHO O ILUSTRE RELATOR, **EXCETO QUANTO AOS SEGUINTES PONTOS**:

> **(i) divirjo** em relação à extensão dos efeitos da tese de julgamento, fixando-se que a declaração de inconstitucionalidade da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa **não afasta a obrigação de ressarcimento do dano ao erário, independentemente da data da condenação;**
>
> **(ii) divirjo** do Relator em relação ao item 'iii', 'b', da proposta de modulação dos efeitos, e voto pela manutenção do mesmo critério estabelecido no julgamento do Tema 1199-RG, ou seja, em relação a condenações transitadas em julgado até 25 de outubro de 2021, pela prática de ato culposo de improbidade administrativa, **serão mantidos todos os efeitos, preservando a eficácia da coisa julgada, inclusive em relação à execução integral das sanções delas decorrentes.**

É como voto.