

Saulo Gonçalves Santos: Retroatividade e nova improbidade

31/08/2022

A Lei Federal nº 14.230/21 atualizou a regulamentação da improbidade administrativa no ordenamento jurídico, delimitando o objeto da Lei Federal nº 8.429/92, de modo a se evidenciar a intenção de apenas serem censurados os atos ilegais dolosos que sejam revestidos de desonestidade, má-fé e deslealdade.



Nesse sentido, a modalidade culposa, anteriormente

prevista no artigo 10, foi abolida pela nova lei, deixando-se claro que meras ilegalidades, atecnias ou imperfeições ocorridas no exercício da função pública não devem ser tuteladas pela via da improbidade. A modificação do prazo prescricional e a criação da prescrição intercorrente também foram objetos da nova lei, nos termos do artigo 23 e seu parágrafo 8º, da lei de regência.

O novo artigo 1º, p. 4º afirma que se aplicam ao sistema de improbidade os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador. A doutrina especializada menciona que esta norma tem caráter meramente declaratório, considerando que o direito sancionador seria um super ramo do Direito, dentro do qual estariam o Direito Penal, o Direito Administrativo Sancionador e outros [1].

Dentro dessa linha, passou-se a defender a retroatividade dos pontos benéficos da lei de improbidade, tendo por base, principalmente, o artigo 5º, XL, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), que preceitua que a lei penal favorável retroagirá para favorecer o réu.

Em verdade, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já possuía julgados que preceituaram a retroatividade das normas benéficas posteriores no âmbito do Direito Sancionador, podendo ser citados como exemplos o Recurso em Mandado de Segurança (RMS) nº 37.031/SP, da relatoria da ministra Regina Helena Costa, julgado em 08.02.2018 e o Resp nº 1.153.083/MT, da relatoria do ministro Sérgio Kukina, julgado em 19/11/2014.

No âmbito da retroatividade, há que se fazer a diferenciação entre normas materiais e processuais, de modo que as primeiras retrocederiam, enquanto as segundas seriam regidas pelo princípio do *tempus regit actum*, sendo aplicáveis segundo a lei vigente na data da prática do ato.

No bojo da Nova Lei de Improbidade, poderiam ser enquadradas como normas materiais a modificação do seu artigo 10 que aboliu a modalidade culposa, bem como a do artigo 11, que apenas passou a permitir a condenação por ato violador dos princípios da Administração Pública nas hipóteses taxativamente previstas em seus incisos, vedado o enquadramento com base simplesmente em seu *caput*.

Por outro lado, enquadrando-se no conceito de normas meramente processuais pode-se mencionar a alteração que aboliu a existência da defesa prévia antes do recebimento da petição inicial, bem como a que incluiu a prescrição intercorrente no artigo 23, p. 8º da lei de regência.

O tema evidentemente acabaria por chegar ao Supremo Tribunal Federal (STF), já que a base para a retroação das leis penais benéficas encontra sede no artigo 5º, XL, da CF/88, contrapondo-se ao seu artigo 5º, XXXVI, utilizado por quem defende a não retrocessão.

No ARE 843.989/PR, cujo julgamento restou concluído em 18.8.22, o STF pacificou o seu entendimento sobre a aplicação do mencionado artigo 1º, p. 4º da Lei Federal nº 8.429/92, alterado pela Lei Federal nº 14.230/21.

Num bem elaborado voto divergente, o ministro Gilmar Mendes destacou que o artigo 17-D da legislação analisada é expresso ao afirmar que a ação de improbidade tem caráter sancionatório, destinando-se à aplicação de sanções pessoais, não sendo uma ação civil, de modo que deveria receber toda a normatização dos princípios relacionados com o Direito Sancionador.

Defendeu a aplicação retroativa das normas materiais, principalmente aquelas relacionadas com as sanções pessoais. Consignou que as sanções da lei de improbidade possuem natureza jurídica semelhante às penas, não se afigurando lógico que o sistema sancionador da improbidade administrativa e do Direito Penal se submetessem a critérios de aplicação diversos.

João Trindade Cavalcante Filho [2] já se manifestou por ser razoável levar em consideração os debates legislativos no Congresso Nacional. Esclareceu que a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado Federal acabou por rejeitar uma proposta de emenda que previa expressamente a retroatividade da Nova Lei de Improbidade, por considerar desnecessária tal medida, já que o entendimento da doutrina e do STJ se posicionavam pela retroação dos aspectos materiais de normas benéficas do Direito Sancionador.

Tal entendimento, ainda que possa ser questionado sob o aspecto moral, no sentido de que o Congresso Nacional teria criado benefícios que futuramente retroagiriam em favor dos seus membros, encontra respaldo em um arcabouço teórico legítimo, não podendo a interpretação das leis ser pautada por critérios morais que extravasem o seu âmbito técnico-normativo.

Lênio Streck [3], em artigo muito lúcido sobre o citado julgamento, considerando o aspecto sancionador da lei, posicionou-se a favor da retroatividade da inovação legislativa, mencionando que *"em uma democracia a moral não pode filtrar o Direito; é o Direito que deve filtrar os juízos morais. É disso que se trata, portanto"*, de modo que deveria ser fácil a conclusão no sentido da retroação.

Jacinto Coutinho [4] também aderiu a esse posicionamento, argumentando que a Lei de Improbidade aplica sanções tão graves quanto as das leis penais, autorizando *"uma ingerência estatal restritiva de direitos mais incisiva"*.

Esse entendimento parece mesmo ser o mais razoável, já que é inegável o caráter sancionador do sistema da improbidade, possuindo a legislação inclusive um capítulo III intitulado "Das Penas", razão pela qual mereceria receber os influxos do artigo 5º, XL, da CF/88.

Todavia, o STF seguiu outro caminho, prevalecendo o voto do ministro Alexandre de Moraes, que concluiu que a abolição da modalidade culposa deveria retroagir tão somente para os casos ainda em andamento, não transitados em julgado, sob o fundamento de que não seria possível a prolação de uma sentença condenatória com base numa lei que não mais subsistiria.

No ponto, o relator entendeu que não haveria a retroação para os feitos em fase de cumprimento de pena e com decisões definitivas, produzidas com base no regramento anterior, prevalecendo a segurança jurídica, prevista no artigo 5º, XXXVI, da CF/88, que impede que a lei nova viole a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, devendo habitualmente ter efeitos imediatos e gerais, nos termos do artigo 6º LINDB.

O ministro Alexandre de Moraes ainda argumentou que a nova legislação não previu uma espécie de anistia geral para a norma que extinguiu a modalidade culposa, muito menos disposição expressa prevendo a retroatividade da lei civil ou uma regra de transição nesse sentido, deixando claro que compreendia o instituto da improbidade administrativa como de Direito Civil.

Foi feita uma análise entre a ultratividade da lei civil e o princípio do *tempus regit actum*, delimitando que a norma revogada, como a que estabelecia a forma culposa, só deveria ser aplicada caso já houvesse o trânsito em julgado. Se o julgamento do feito ainda não tivesse concluído quando da publicação da inovação, a norma que previa a modalidade culposa não mais vigeria, havendo o julgamento com fulcro na nova norma, com base no artigo 6º da LINDB.

Essa tese que acabou prevalecendo no desfecho do julgamento, fixando-se os seguintes preceitos na Repercussão Geral Tema 1199: 1) 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; 2) 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. 3) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é irretroativo, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da

lei.

A despeito de se discordar da conclusão, elogia-se a celeridade empregada pelo STF, pois o reconhecimento da repercussão geral do ARE 843.989/PR foi declarado em 03.3.22, tendo o julgamento sido concluído em 18.8.22, cristalizando-se um entendimento sobre a matéria e consagrando a segurança jurídica para os casos ainda pendentes de apreciação.

[1] CAVALCANTE FILHO, J. T. *Retroatividade da Reforma da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021)*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Novembro 2021 (Texto para Discussão nº 305). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 25 ago. 2022.

[2] CAVALCANTE FILHO, J. T. *Retroatividade da Reforma da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021)*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Novembro 2021 (Texto para Discussão nº 305). Disponível em: < www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 25 ago. 2022.

[3] STRECK, L. L.; BERTI, Márcio. Retroatividade da Lei de Improbidade: um *easy case* ou *hard case*? Disponível em: www.conjur.com.br/2022-ago-09/streck-berti-retroatividade-lei-improbidade. Acesso em: 27 ago. 2022.

[4] MIRANDA COUTINHO, J. N.; MEDEIROS, A. S. *A retroatividade da lei penal mais benigna e os casos de improbidade*. Maio 2022. Disponível em: www.conjur.com.br/2022-mai-20/limite-penal-retroatividade-lei-benigna-improbidade. Acesso em: 27 ago. 2022.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-ago-31/saulo-goncalves-santos-retroatividade-improbidade/>