

Ana Cássia de Oliveira: Improbidade e retroatividade da lei

09/09/2022

Ordinariamente aplicado na esfera penal, em decorrência da garantia estatuída no artigo 5º, XL, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual "*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*", o princípio da retroatividade da lei mais benéfica ganhou novos contornos com o advento da Lei nº 14.320/2021.



Isto porque a novel legislação de improbidade administrativa, além de

modificar significativamente o rol de condutas descritas como ímprobas, expressamente prevê, em seu artigo 1º, §4º, a aplicação dos princípios atinentes ao Direito Administrativo Sancionador ao sistema por ela disciplinado, dentre os quais se destaca a retroatividade da lei mais benéfica.

Não obstante, após a implementação do novo regime jurídico de improbidade administrativa, instaurou-se verdadeira controvérsia no que diz respeito à possibilidade de aplicação retroativa das alterações trazidas pela Lei nº 14.230/2021, sobretudo no que concerne à extinção da improbidade culposa e alteração dos prazos prescricionais.

A celeuma, neste caso, relaciona-se intrinsecamente com a natureza das normas que emanam do sistema de responsabilização de agentes públicos e privados cujas condutas atentem contra a probidade administrativa, ora associadas à principiologia do Direito Penal, ora alocadas unicamente no âmbito do Direito Administrativo Sancionador.

Válido dizer que, mesmo antes da reforma da LIA, a doutrina administrativista já se debruçava sobre o tema, possuindo renomado entendimento sufragando a tese de similitude entre os regimes e possibilidade de aplicação retroativa da norma sancionadora mais benéfica, tendo em vista a ausência de distinção substancial entre as infrações administrativas e as infrações de natureza penal [1].

Essa argumentação, cumpre salientar, perpetuou-se com o avançar do tempo, pois, apesar das tentativas de distinção entre os dois campos do Direito, "*os dois ramos jurídicos decorrem de um ius puniendi estatal único, inexistindo diferenças ontológicas, mas apenas de regimes jurídicos, em conformidade com a discricionariedade conferida ao legislador*" [2].

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, essa posição foi adotada no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 37.031/SP [3], em 2018, no qual a Corte assentou que, em se tratando de diploma legal mais favorável ao acusado, de rigor o reconhecimento da retroatividade, pois o princípio insculpido no artigo 5º, XL, da Constituição da República, alcança as leis que disciplinam o Direito Administrativo Sancionador.

Nessa linha, ainda que haja consenso quanto à independência entre as esferas administrativa e penal, ao teor da previsão contida no artigo 37, §4º, da CRFB, não há como apartar absolutamente o tratamento conferido aos ilícitos administrativos daquele dispensado aos ilícitos criminais, principalmente porque ambos possuem sanções de caráter punitivo e repressivo, diferenciando-se, neste particular, dos ilícitos civis, que estipulam sanções puramente ressarcitórias.



Não se pode olvidar, contudo, a existência de corrente doutrinária que há muito defende a irretroatividade da lei mais benéfica na seara administrativa, sob o argumento de que a previsão constitucional que estabelece a retroatividade da lei penal constitui regra de exceção, atrelada às peculiaridades do Direito Penal, cujas sanções podem acarretar o cerceamento da liberdade do acusado [4].

Acolhendo esse entendimento, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em 2017, ao julgar o Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.019.161/SP [5], de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, assentou que a retroatividade da norma mais benéfica em favor do réu é um princípio exclusivo do Direito Penal, onde está em jogo a liberdade humana.

Com a vigência da nova LIA em outubro de 2021, como dito, a controvérsia voltou à tona, sobretudo porque o novo regramento não estabeleceu regras de transição, havendo posicionamentos admitindo expressamente a retroatividade das alterações legislativas no âmbito dos Tribunais de Justiça de São Paulo e Minas Gerais [6].

Diante desse panorama de insegurança jurídica, o STF foi chamado a dirimir a questão concernente à (ir)retroatividade das disposições constantes da Lei nº 14.230/2021, especialmente no que toca à exigência da presença do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa, e, ainda, retroatividade nos novos marcos prescricionais, o que resultou na afetação do Agravo em Recurso Extraordinário nº 843.989/PR (Tema 1199), cujo julgamento foi concluído em 18/08/2022.

Na ocasião da análise do Tema 1199, inesperadamente — ou não —, a Corte Suprema, relegando a aplicação da principiologia do Direito Penal ao sistema de improbidade, estabeleceu que as alterações da LIA não possuem efeitos retroativos, exceto em relação às ações em curso que discutam a improbidade culposa, modalidade que não mais subsiste no atual ordenamento jurídico.

Noutros termos, amparado em voto de relatoria do ministro Alexandre de Moraes, o STF instituiu uma espécie de "irretroatividade parcial" da norma, ao argumento de que, ante a revogação do ato de improbidade culposo, restaria inviável processo ou mesmo decreto condenatório embasado em conduta não mais tipificada legalmente.

Quanto ao novo prazo prescricional, de oito anos, e a prescrição intercorrente – no curso do processo, a Corte determinou a impossibilidade de retroação, mesmo para processos em curso.

Nesse contexto, os réus que respondam a ações de improbidade ajuizadas com fulcro no revogado artigo 10 da LIA (modalidade culposa) podem pleitear a extinção do processo, ao passo que pessoas definitivamente condenadas pelas mesmas condutas não podem ser beneficiadas pela superveniência de alteração legislativa, ainda que o feito encontre-se em fase de execução das penas.

A extinção do processo em razão da caracterização de improbidade culposa, no entanto, não se dará de forma automática, pois o STF acenou a possibilidade de modificação da capitulação culposa para a dolosa, nos casos em que a narrativa inicial é imprecisa, o que pode demandar dificuldades de ordem prática.

Por outro lado, em que pese a atribuição de efeitos retroativos à revogação da improbidade culposa deva ser comemorada, a inaplicabilidade do princípio da retroatividade da norma mais benéfica ao Direito Administrativo Sancionador é temerária, pois, além de contrariar o que a própria legislação estatui (artigo 1º, §4º, da LIA), representa a superação de construção doutrinária fortemente defendida.

De igual maneira, é questionável a premissa utilizada pelo ministro Alexandre de Moraes em seu voto, segundo a qual o ato de improbidade administrativa tem natureza civil, distanciando-se, por essa razão, da seara penal. Isto porque o artigo 17-D da LIA é claro ao enfatizar o caráter repressivo e sancionatório do regramento, dispondo, inclusive, que *"a ação por improbidade administrativa não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas"*.

Apesar das críticas tecidas, de modo geral, o resultado do julgamento "agradou gregos e troianos". Não permitiu a retroatividade total das alterações legislativas mais benéficas, como esperado pelo *establishment*, mas também não vedou totalmente os efeitos da legislação em relação aos fatos pretéritos, como ambicionava parte do Ministério Público.

Sabe-se, porém, que esse foi apenas o primeiro encontro do STF com a temática da reforma da legislação de improbidade administrativa, porquanto já existem outras demandas discutindo a LIA no âmbito da Suprema Corte. Nos próximos capítulos, será possível averiguar se a postura da Corte, no que tange ao afastamento da principiologia do Direito Penal, efetivamente se sustentará.



- [1] OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Administrativo, 32ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2015.
- [2] NEVES, Daniel; OLIVEIRA, Rafael. Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Forense, 2022
- [3] RMS n. 37.031/SP, relatora ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 8/2/2018, DJe de 20/2/2018
- [4] OSORIO, Fábio. Direito Administrativo Sancionador, 5ª ed., São Paulo: RT, 2015.
- [5] ARE 1019161 AgR, relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 02/05/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-099 DIVULG 11-05-2017 PUBLIC 12-05-2017
- [6] TJSP; Apelação Cível 3010759-26.2013.8.26.0451; relator (a): José Luiz Gavião de Almeida; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de Piracicaba — 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 15/12/2021; Data de Registro: 15/12/2021 e TJMG — Apelação Cível 1.0271.15.003854-2/003, relator(a): desembargador (a) Renato Dresch, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/02/0022, publicação da súmula em 07/02/2022

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-set-09/ana-cassia-oliveira-improbidade-administrativa-retroatividade/>