

A Retroatividade Benéfica da Lei 14.230/2021 no Direito Administrativo Sancionador

The Beneficial Retroactivity of Law 14.230/2021 in Sanctioning Administrative Law

Daniel Cardoso Gerhard

Professor efetivo, subchefe do Departamento de Direito Público e coordenador do programa de pós graduação lato sensu em direito eleitoral da Universidade Federal do Amazonas (UFAM) Professor do Instituto Metropolitano de Ensino Assessor Jurídico no Tribunal de Contas do Estado do Amazonas Doutorando em Direito - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas) Mestre em Filosofia do Direito. Pós graduado em Direito.

José Emmanuel Evangelista Cardoso

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM Endereço (Ufam)

DOI: 10.47573/aya.5379.2.74.17

RESUMO

O presente estudo busca analisar a aplicação da retroatividade benéfica da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/1992 alterada pela lei n.º 14.230/2021) e seus fenômenos e consequências, tendo em vista a alteração em diversos dispositivos que conduzem o processo de aferição do ato de improbidade, alterando dessa forma, o próprio Direito Administrativo sancionador, instituto esse responsável por assegurar a probidade no trato com a coisa pública no Brasil, bem como punir os gestores que malferem os recursos públicos através da corrupção. A presente apresenta um breve comparativo entre as duas legislações e seus efeitos com as mudanças, como a segurança jurídica dos gestores e o trato quanto aos gestores que foram julgados com base na antiga legislação. Assim, será demonstrada as formas de aplicabilidade da retroatividade da norma mais benéfica e seus reflexos na gestão pública. Para alcançar o objetivo, adotou-se uma pesquisa de abordagem qualitativa, considerando a existência de pontos subjetivos e de percepção teórica de fenômenos sociais e jurídicos, bem como legislação, jurisprudência e doutrina especializada.

Palavras-chave: direito administrativo. retroatividade benéfica. natureza civil. natureza política. sociologia jurídica. Lei n.º 14.230/2021.

ABSTRACT

This study seeks to analyze the application of the beneficial retroactivity of the Administrative Improbability Law (Law No. 8.429/1992 amended by Law No. 14.230/2021) and its phenomena and consequences, in view of the change in several provisions that lead to the process of gauging the act of improbity, thus altering the sanctioning Administrative Law itself, an institute responsible for ensuring probity in dealing with public affairs in Brazil, as well as punishing managers who harm public resources through corruption. The present presents a brief comparison between the two legislations and their effects with the changes, such as the legal certainty of managers and the treatment of managers who were judged based on the old legislation. Thus, the forms of applicability of the retroactivity of the most beneficial norm and its effects on public management will be demonstrated. To achieve the objective, a qualitative-quantitative research approach was adopted, considering the existence of subjective points and theoretical perception of social and legal phenomena, as well as legislation, jurisprudence and specialized doctrine.

Keywords: administrative law. beneficial retroactivity. civil nature. political nature. legal sociology. Law no. No. 14.230/2021.

INTRODUÇÃO

O processo de redemocratização através da Constituição de 1988 não poderia deixar de levar em conta a necessidade de que os agentes estatais, no exercício de suas funções, tenham que possuir responsabilidade perante os cidadãos aos quais serviam. Tal movimento advém da Constituição Federal de 1946, que instaurou a responsabilidade objetiva do Estado, bem como a responsabilização por enriquecimento ilícito e lesão ao erário, permitindo um avanço na proteção ao patrimônio público e sua probidade. A Magna Carta de 1988, buscando deixar claro para a sociedade, a partir de seu texto constitucional, que o Estado Democrático de Direito se baseia no

princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da limitação do poder estatal, e, portanto, uma das formas de limitar o poder é exigir resultados na gestão pública, a cobrança por uma gestão proba, é o que está inserido no processo constituinte.

A improbidade administrativa é a forma mais grave e patológica de má gestão pública, consistente na violação de deveres constitucionais ligados à moralidade administrativa. Em síntese, de forma muito apertada, pode-se dizer que a violação de deveres básicos e elementares de honestidade e de mínima eficiência funcionais consubstanciarão a violação do dever de probidade, à luz dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador.

Em 25 de outubro de 2021 foi sancionada a Lei nº 14.230, alterou vários dispositivos da Lei nº 8.429/92 (LIA), promovendo alterações no regime legal da improbidade administrativa que têm ampla repercussão geral, como deixa clara a decisão do STF.

Dentre as principais alterações, é a determinação de aplicar os princípios do Direito Administrativo Sancionador ao sistema da improbidade. Nesse contexto, cabe destacar que a Reforma da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.249/92) alcançou, explicitamente, como se disse, a aplicabilidade dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador ao campo da improbidade administrativa. Ao fazê-lo, reforçou direitos fundamentais aos réus e acusados em geral, reforçando o Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, sabe-se que às ações de improbidade, são aplicados, por simetria os princípios penais que também constam no regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador.

No contexto do Direito Penal, sabe-se da retroatividade benéfica da norma, a que a ser abordada na presente temática será acerca da retroatividade da norma mais benéfica no Direito Administrativo Sancionador, levando-se em consideração a segurança jurídica, os princípios administrativos e a coisa julgada no universo do Direito Público Punitivo, tendo em vista as mudanças trazidas com a nova redação do ano de 2021.

DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E A SANÇÃO ADMINISTRATIVA

As principais fontes do Direito Administrativo Sancionador são encontradas no direito moderno, especialmente a partir da Revolução Francesa, que consolidou dois princípios fundamentais, verdadeiros pilares das modernas teorias em torno das sanções administrativas, a saber: os princípios da separação de poderes e da separação das autoridades judiciais e administrativas. O legislador entendeu, assim, que as funções repressivas e preventivas deveriam ser tratadas separadamente.

Dessa feita, o poder sancionador evoluiu para o direito punitivo e esse em direção a uma especialização funcional, diferenciando-se em direito penal e direito administrativo sancionador. Insta destacar que o direito punitivo constitui limite ao poder sancionador da autoridade, essa que passa a possuir a chamada função de polícia, um avanço em relação ao que se praticava nos Estados tipicamente feudais. A função estatal de polícia se subdividia em várias outras, incluindo a judicial.

Cumprido destacar que o Direito Administrativo Sancionador já constava, embrionariamente,

te, junto ao direito penal, na tutela de funções repressivas da autoridade. Em sequência, o Direito Penal consolidou-se como responsável pelo ramo jurídico mais grave, rigoroso e identificando-se com o direito punitivo.

Pode-se afirmar que o Direito Penal é confundido com o poder sancionador judicial, ao passo que o Direito Administrativo Sancionador seria englobado pelo poder administrativo sancionador. Essa confusão encontra-se na ideia de que o Poder Judicial teria funções repressivas e a Administração Pública apenas funções preventivas. Em verdade, o que se verifica é que a teoria da sanção culmina por englobar duas outras categorias, quais sejam, sanções penais e sanções administrativas.

A partir disso, percebe-se a importância da sanção administrativa no universo do Direito Punitivo, por suas conexões com a sanção penal, que lhe serve de referência. Esse Direito Punitivo, quando incidente no campo do Direito Administrativo, transforma-se em Direito Administrativo Sancionador.

Assim sendo, é necessário retomar o tema do conceito de sanção administrativa no direito brasileiro, já que a lei de improbidade tem sanções judiciais cujo regime jurídico é de direito administrativo, mais especificamente de Direito Administrativo Sancionador.

O conceito de sanções administrativa no Direito Administrativo brasileiro, está vinculado às dimensões formal e material do ramo jurídico. Em consequência, as sanções administrativas podem conceituar-se, como de fato ocorre de forma esmagadora na doutrina brasileira e estrangeira, partindo de uma subjacente concepção do direito administrativo como direito processual, confundindo-se, nesse caso, a sanção administrativa com o chamado poder administrativo sancionador.

Cabe contemplar as sanções administrativas no universo do Direito Administrativo material, como consequência dos ilícitos, não só como produto de um processo de formalização de quaisquer ilícitos, e sem abandonar a possibilidade legítima da perspectiva processual em determinados casos.

Dessa forma, como aponta (MEDINA OSÓRIO, RT, 2000) “No caso das sanções administrativas (de Direito Administrativo) aplicadas por Juízes e Tribunais, a nota distintiva da sanção será, além da presença da Administração Pública em um dos polos (como lesada), e demais elementos já apontados, a ausência de natureza penal da sanção, o que se deve verificar, de um lado, na decisão legislativa soberana e discricionária e, de outro, na ausência de previsão, direta ou indireta, de pena privativa de liberdade. O critério da previsão legislativa está ligado ao princípio democrático, porque o legislador tem competências discricionárias, amplas, elásticas, para definir a natureza das sanções contempladas aos ilícitos por ele estatuídos. O critério da pena privativa de liberdade tem natureza objetiva e constitucional, inclusive com suporte no Direito Internacional, evidenciando uma limitação progressivamente reconhecida pelos tribunais europeus, incluído o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, aos Estados soberanos. Essa limitação busca amparo no caráter fragmentário do Direito Penal e na privação de liberdade como uma sanção drástica, que afeta direitos fundamentais conectados a uma série de garantias materiais e processuais. Esse conjunto de direitos e garantias processuais e materiais reside no interior do Direito Penal e do Direito Processual Penal. Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente pro futuro,

imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo. A finalidade repressora, ou punitiva, já inclui a disciplinar, mas não custa deixar clara essa inclusão, para não haver dúvidas. É com essa definição lato sensu de sanção administrativa (sanção de Direito Administrativo) que buscaremos o exame da unidade da pretensão punitiva do Estado e o alcance dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador, a partir da funcionalidade normativa da cláusula constitucional do devido processo legal.”

Portanto, pode-se afirmar que não se trata de elemento indissociável da sanção administrativa o agente da autoridade administrativa, visto que podem as autoridades judiciárias aplicar essas medidas punitivas, desde que respaldada mediante lei, com base na tutela de valores protegidos pelo Direito Administrativo.

Nesse interim, vale mencionar que a Reforma da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.249/92) consolidou a aplicabilidade dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador no âmbito da improbidade administrativa. Ao passo que garantiu os direitos fundamentais aos réus e acusados em geral, reforçando o Estado Democrático de Direito.

Aplicam-se também às ações de improbidade os princípios penais incidentes no regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador. Deve-se atestar que incumbe ao Direito Administrativo a tipificação das infrações e sanções previstas e contempladas nas Leis de Improbidade Administrativa e Empresarial. Portanto, trata-se de normas de Direito Administrativo Sancionador, mesmo que venham a ser aplicadas diretamente pelo Judiciário.

Não por outro motivo, (ZARDO, p. 39.) afirma que "os princípios e regras ditos de direito penal e que incidem sobre o direito administrativo sancionador são, a rigor, normas comuns ao direito punitivo do Estado, que se manifesta sob essas duas formas".

Nessa conjectura, normas mais benéficas retroagem, assim como as normas que descaracterizam tipos sancionadores ou que tratam dos prazos prescricionais, tanto à prescrição intercorrente quanto à prescrição do direito de ação, tendo em vista que ambas atacam a pretensão punitiva do Estado.

A RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A retroatividade benéfica é direito fundamental insculpido no artigo 5º, XL. Em que pese a literalidade constitucional, mediante uma interpretação constitucionalmente adequada, passou-se a compreender que a supracitada retroatividade não é exclusiva do Direito Penal, mas também do Direito Administrativo Sancionador.

Segundo o STJ, "o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no artigo 5º, XL, da Constituição da República, alcançam as leis que disciplinam o direito administrativo sancionador" e, no mesmo sentido, o TJ-MG, para quem "no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, se a norma posterior minimiza uma sanção aplicada a uma conduta infracional já

prevista, tal norma deve retroagir para beneficiar o infrator" e que "o grau de proximidade existente entre o direito administrativo sancionador e o direito penal autoriza seja estendida àquele todas as garantias inerentes a este último, dentre as quais a retroatividade da lei mais benigna prevista no artigo 5º, XL, da Constituição da República".

Sabe-se que, na esfera penal, está presente o princípio da retroatividade da norma benéfica ou descriminalizante, em consequência das garantias constitucionais entabuladas na Constituição Federal de 1988 aliada à racional política jurídica de proteger valores socialmente relevantes, tais quais a segurança jurídica das relações punitivas bem como a ordem institucional. Sendo essa a política do Direito Penal, não cabe ser diferente a condução do Direito Punitivo em geral, especialmente do Direito Administrativo Sancionador, respeitado o devido processo legal.

Há de se considerar que, houve mudança nos padrões valorativos da sociedade e, sendo assim, torna-se pertinente estender essa mudança ao passado, reconhecendo uma evolução dos valores morais, preservando, assim, o princípio constitucional da igualdade, bem como as diretrizes relacionadas à justiça e à modernização das normas jurídicas que guardam os direitos fundamentais. Afinal, as normas ultrapassadas e injustas não lograriam nenhuma benesse social. A retroatividade decorre da atualização do Direito Punitivo, em face dos efeitos da isonomia, ética e demais valores morais.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu, através de voto da eminente Ministra Regina Helena Costa, pela aplicabilidade dos princípios penais ao Direito Administrativo Sancionador ao efeito de calcular a retroatividade da norma mais benéfica. Senão vejamos:

“As condutas atribuídas ao Recorrente, apuradas no PAD que culminou na imposição da pena de demissão, ocorreram entre 03.11.2000 e 29.04.2003, ainda sob a vigência da Lei Municipal n. 8.979/79. Por outro lado, a sanção foi aplicada em 04.03.2008 (fls. 40/41e), quando já vigente a Lei Municipal n. 13.530/03, a qual prevê causas atenuantes de pena, não observadas na punição. III – Tratando-se de diploma legal mais favorável ao acusado, de rigor a aplicação da Lei Municipal n. 13.530/03, porquanto o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República, alcança as leis que disciplinam o direito administrativo sancionador. Precedente. IV – Dessarte, cumpre à Administração Pública do Município de São Paulo rever a dosimetria da sanção, observando a legislação mais benéfica ao Recorrente, mantendo-se indenos os demais atos processuais. [...]”

RMS 37.031/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 08/02/2018, DJe 20/02/2018.

No que tange ao Direito Administrativo Sancionador, o Legislador possui maior liberdade, mas ainda dentro dos limites da Constituição. E dessa forma, não poderia impedir a retroatividade de normas que tratassem dos direitos políticos ou liberdades individuais, como exemplo, a contratação com a administração pública. No caso dos atos de improbidade e suas respectivas sanções, o legislador não fixou a irretroatividade das normas mais benéficas. Caso fosse, seria necessário examinar a constitucionalidade da norma.

A questão torna-se nebulosa, portanto, quando o próprio legislador prevê a irretroatividade da norma administrativa mais favorável, ocasionando a eventual inviabilidade de se reconhecer a retroatividade, pois a igualdade não opera abstratamente, ao arrepio dos critérios legais, salvo no caso de atuação comprovadamente arbitrária e irrazoável do Poder Legislativo. É o que aponta (MEDINA OSÓRIO, RT, 2000) “Ao meu ver, o Legislador tem um grau maior de liberdade no campo do direito administrativo sancionador, mas não poderia avançar sobre

liberdades individuais tuteladas pelo Direito Penal e pelo Direito Administrativo Sancionador com muita semelhança, tal como ocorre com direitos políticos ou liberdades contratuais. A previsão legal de retroatividade opera automaticamente, forçando o uso desse mecanismo. E a previsão de irretroatividade também poderia operar no mesmo sentido, apenas de modo inverso, respeitados certos limites constitucionais, ou seja, desde que essa proibição não atente contra direitos fundamentais indisponíveis.”

A doutrina administrativista, ao menos em sua maioria, tem trilhado o caminho favorável à retroatividade da norma, (HALPERN, Erick; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende) defendem "a possibilidade de aplicação retroativa das normas mais benéficas oriundas da reforma promovida pela Lei 14.230/2021 na LIA", justamente porque "o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, expressamente indicado no âmbito do Direito Penal (artigo 5º, XL, da CRFB: 'a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu'), seria aplicável no âmbito do Direito Administrativo Sancionador". Os mesmos autores afirmam que, caso existam em curso ações de improbidade administrativa que confrontem a Lei nº 14.230/21, "deverão ser extintos, com resolução de mérito pela impossibilidade jurídica do pedido acusatório".

Nesse sentido, cabe destacar o importante excerto do voto proferido pelo MIN. GILMAR MENDES na já citada Reclamação n.º 41.557/SP, senão vejamos:

O ponto central de tensão que aqui nos interessa nessa relação, para além de traçar uma diferenciação formal e material entre o ilícito penal e o ilícito administrativo – algo que foi objeto de preocupação da doutrina desde a publicação de *Das Verwaltungsstrafrecht*, por Goldschmidt, em 1902 – é a **limitação do jus puniendi estatal por meio do reconhecimento (1) da proximidade entre as diferentes esferas normativas e (2) da extensão de garantias individuais tipicamente penais para o espaço do direito administrativo sancionador**. Nessa linha, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) estabelece, a partir do paradigmático caso *Oztürk*, em 1984, um conceito amplo de direito penal, que reconhece o direito administrativo sancionador como um “autêntico subsistema” da ordem jurídico-penal. A partir disso, determinados princípios jurídico-penais se estenderiam para o âmbito do direito administrativo sancionador, que pertenceria ao sistema penal em sentido lato. (OLIVEIRA, Ana Carolina. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador*. 2012. P. 128) Acerca disso, afirma a doutrina:

„A unidade do jus puniendi do Estado obriga a transposição de garantias constitucionais e penais para o direito administrativo sancionador. As mínimas garantias devem ser: legalidade, proporcionalidade, presunção de inocência e ne bis in idem”. (OLIVEIRA, Ana Carolina. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador*. 2012. P. 241). A assunção desse pressuposto pelo intérprete, principalmente no tocante ao princípio *ne bis in idem*, resulta na compreensão, como será observado, que tais princípios devem ser aplicados não somente dentro dos subsistemas, mas também e principalmente na relação que se coloca entre ambos os subsistemas – trata-se aqui justamente de uma baliza 41 hermenêutica para a qualidade da relação.

STF, RCL nº 41.557/SP, Relator Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, Julgamento 15/12/2020, Publicação DJe-045 DIVULG 09-03-2021 PUBLIC 10-03.

Dessa feita, pode-se concluir que a falta de equiparação absoluta entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador não impede a aplicabilidade dos princípios penais a este último, consoante doutrina e jurisprudência assinaladas acima. Portanto, desse modo, como decorrência do previsto no §1º do artigo 4º da Lei nº 8.429/1992, cuja redação fora alterada pela Lei nº 14.230/2021, conclui-se que a norma posterior mais benéfica deve ser aplicada retroativamente.

DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E SUA RETROATIVIDADE

Ademais, outra relevante mudança advinda com a nova redação dada à Lei de Improbidade Administrativa consiste na nova previsão de prescrição da pretensão sancionatória, entabulada no art. 23 da Lei n.º 8.429, de 1992, na redação dada pelo artigo 1.º da Lei n.º 14.230, de 2021, vejamos:

Art. 23. A ação para a aplicação das sanções previstas nesta Lei prescreve em 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência.

- (revogado); II - (revogado); III - (revogado). (...)

§ 4º O prazo da prescrição referido no caput deste artigo interrompe-se: I - pelo ajuizamento da ação de improbidade administrativa;

- pela publicação da sentença condenatória;

- pela publicação de decisão ou acórdão de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal que confirma sentença condenatória ou que reforma sentença de improcedência;

- pela publicação de decisão ou acórdão do Superior Tribunal de Justiça que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência; V - pela publicação de decisão ou acórdão do Supremo Tribunal Federal que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência.

§ 5º Interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo previsto no caput deste artigo.

§ 6º A suspensão e a interrupção da prescrição produzem efeitos relativamente a todos os que concorreram para a prática do ato de improbidade.

§ 7º Nos atos de improbidade conexos que sejam objeto do mesmo processo, a suspensão e a interrupção relativas a qualquer deles estendem-se aos demais.

§ 8º O juiz ou o tribunal, depois de ouvido o Ministério Público, deverá, de ofício ou a requerimento da parte interessada, reconhecer a prescrição intercorrente da pretensão sancionadora e decretá-la de imediato, caso, entre os marcos interruptivos referidos no § 4º, transcorra o prazo previsto no § 5º deste artigo.

Percebe-se que o prazo prescricional passou a ser de 08 (oito) anos, contados do fato, enquanto que a prescrição intercorrente, ausente na legislação anterior, é computada pelo desse prazo de 4 (quatro) anos, a partir de cada interrupção. Tendo em vista se tratar de matéria de ordem pública, suscetível ser conhecida e decretada até mesmo de ofício, conforme art. 23, §8º, é impositivo reconhecer que é norma posterior mais benigna e que deve, portanto, retroagir, nos termos da Carta Magna em seu art. 5.º, XL, e do artigo 1.º, §4º, da nova redação da Lei de Improbidade Administrativa.

Tal é o entendimento do Ministério Público Federal, mediante Parecer n.º 12.187/2021, da Sub-procuradoria-Geral da República junto ao Superior Tribunal de Justiça, na qual dispõe que os prazos da Lei n.º 8.429, de 1992, implicam de forma retroativa, por se tratar de norma mais favorável no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, como se pode elucidar através ementa ministerial:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DIREITO SANCIONADOR. PRESCRIÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE LEI MAIS BENÉFICA. RETROATIVIDADE. EXTINÇÃO DA AÇÃO. RECURSO PREJUDICADO.

1- A Lei nº 8.429/92, que dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, foi substancialmente alterada pela Lei nº 14.320/2021, sobretudo quanto a normas que, sendo mais favoráveis ao acusado, devem retroagir, por imperativo constitucional.;

2- A persecução referente a improbidade administrativa se insere no âmbito do Direito Sancionador e, por coerência sistêmica, a exemplo do que ocorre com os mecanismos de persecução criminal, deve nortear-se pelo postulado da retroatividade da norma mais favorável ao réu, nos termos do art. 5º, XL, da CF.

A nova redação do art. 23 da Lei nº 8.429/92 veicula expressiva modificação no regime de 3- prescrição, com a inclusão de seguintes marcos interruptivos, após a data dos fatos: (i) ajuizamento da ação civil pública; (ii) publicação da sentença condenatória; e (iii) publicação dos acórdãos dos Tribunais de Apelação e Superiores que confirmem a condenação ou reformem a decisão de improcedência.

4- Não é dado à instância especial revolver fatos e provas (Súmula n. 7/STJ). Todavia, no caso, dentro dos contornos expressamente delineados no acórdão, é possível verificar que entre a data dos fatos (2006) e o ajuizamento das ações (2016) transcorreu o prazo de prescrição, que, por ser matéria de ordem pública, deve ser reconhecida de ofício, por qualquer Juízo ou Tribunal, ex vi do art. 23, caput, §§ 1º e 4º, I, e 8º da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021.

5- Parecer pela extinção do processo, ante a ocorrência da prescrição, em face da incidência retroativa da norma mais favorável; prejudicado o exame do recurso especial. (grifos nosso) e (iii) a incerteza quanto à jurisdição competente para condená-lo.

Dessa feita, não se pode negar o caráter repressivo da LIA e os princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador. Ademais, assim como na esfera do Direito Penal, a prescrição da pretensão sancionatória, no campo do Direito Administrativo Sancionador, afeta a pretensão punitiva do Estado e, sendo assim, causa de extinção da punibilidade, porém na forma da lei processual civil.

O Supremo Tribunal Federal entende que são imprescritíveis apenas as ações de ressarcimento fundadas em atos dolosos de improbidade, excluindo-se os culposos, conforme previsto a seguir:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. EXECUÇÃO FUNDADA EM ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESCRITIBILIDADE.

1- A regra de prescritibilidade no Direito brasileiro é exigência dos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal, o qual, em seu sentido material, deve garantir efetiva e real proteção contra o exercício do arbítrio, com a imposição de restrições substanciais ao poder do Estado em relação à liberdade e à propriedade individuais, entre as quais a 46 impossibilidade de permanência infinita do poder persecutório do Estado.

2- Analisando detalhadamente o tema da “prescritibilidade de ações de ressarcimento”, este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL concluiu que, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública.

3- A excepcionalidade reconhecida pela maioria do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no TEMA 897, portanto, não se encontra presente no caso em análise, uma vez que, no processo de tomada de contas, o TCU não julga pessoas, não perquirindo a existência de dolo decorrente de ato de improbidade administrativa, mas, especificamente, realiza o julgamento técnico das contas à partir da reunião dos elementos objeto da fiscalização e apurada a ocorrência de irregularidade de que resulte dano ao erário, proferindo o acórdão

em que se imputa o débito ao responsável, para fins de se obter o respectivo ressarcimento. 4. A pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos reconhecida em acórdão de Tribunal de Contas prescreve na forma da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal).

5. Recurso Extraordinário DESPROVIDO, mantendo-se a extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição. Fixação da seguinte tese para o TEMA 899: “É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”.

(RE 636886, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06- 2020)

Diante do julgado acima, depreende-se que, segundo jurisprudência do STF, excluídos os atos dolosos de improbidade, os demais atos ímprobos e não ímprobos estarão contemplados pela prescrição. Ao se tratar de atos dolosos de improbidade, a prescrição atinge as penalidades próprias da Lei 8.429/92, todavia não o ressarcimento ao erário. Essa conduta dolosa que atenta contra o erário, assim descrita numa peça acusatória, pode ser atacada por prescrição pela Lei 8.429/92, mas permanece exposta à imprescritibilidade por se tratar de ato doloso de improbidade. Como exemplo, o caso de um enriquecimento ilícito, por hipótese, atingido por prescrição. Em contrapartida, atos dolosos que são sujeitos a ações anulatórias, mas não são considerados ímprobos, são enquadráveis em prazos prescricionais.

Assim, as normas que desclassificam tipos sancionadores e concedem benefícios materiais aos acusados retroagem, desde que mais benéficas a imputado. Nesse caso, a ação de improbidade deverá ser julgada improcedente. Assim como as normas que descaracterizam tipos culposos retroagem e as norma que alteraram o conceito de dolo genérico para dolo específico também retroagem, impactando as ações em curso no país. Trata-se, nos dois casos, de normas que alteram a tipicidade das condutas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se extrai da exposição de motivos da Lei de Improbidade Administrativa, sua finalidade era combater a cultura corrupta que malfez os recursos públicos brasileiros. A vocação da lei nunca foi a penalização do inábil, mas do agente público corrupto, pelo que necessária a diferenciação entre ilegalidade e improbidade administrativa. Por isso, parte significativa do mundo jurídico reage ao expressivo volume de ações de improbidade, aduzindo que desacertos por vezes relatados, ainda que reais, não traduzem casos de improbidade, quando ausente a desonestidade do comportamento.

O Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador se correlacionam por exteriorizarem ambos a manifestação penalizadora do Estado e por integrarem o mesmo gênero, qual seja, o Direito Punitivo.

Diante o exposto, resta evidente que a questão não é simples. Se de um lado a possibilidade do ajuizamento da ação rescisória ora defendida concede a retroatividade benigna, direito fundamental de raiz constitucional, em contrapartida modo a coisa julgada, fundamento da segurança jurídica, é também constitucionalmente protegido e não pode ser esquecido. Seria o caso de colisão entre princípios e direitos fundamentais, a ser vislumbrado sob o prisma da técnica da proporcionalidade, mediante sopesamento a ser realizado pelo Poder Judiciário, quando do julgamento e da fixação de teses.

É importante buscar a pacificação de entendimentos, porque situações jurídicas idênticas não podem ser tratadas como se diversas fossem, sob pena de violação à isonomia, à segurança jurídica e à própria credibilidade da função jurisdicional.

REFERÊNCIAS

HALPERN, ERICK; OLIVEIRA, RAFAEL CARVALHO REZENDE. A retroatividade da lei mais benéfica no direito administrativo sancionador e a reforma da lei de improbidade pela lei 14.230/2021, 9/12/2021.

MEDINA OSÓRIO. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 4ª ed. eletrônica, 2020, item 2.2.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, mediante parecer n.º 12.187/2021, da sub-procuradoria-geral da república junto ao superior tribunal de justiça

OLIVEIRA, RAFAEL CARVALHO REZENDE. Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa: lei 14.230, de 25/10/2021, comentada artigo por artigo. Rio de Janeiro: forense, 2022, p. 7.

STF, RCL Nº 41.557/SP, relator min. Gilmar Mendes, segunda turma, julgamento 15/12/2020, publicação dje-045 divulg 09-03-2021 public 10-03.

STF, (RE 636886, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, processo eletrônico repercussão geral - mérito dje-157 divulg 23-06-2020 public 24-06-2020)

STJ, RMS 37.031/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 08/02/2018, DJe 20/02/2018

ZARDO, FRANCISCO. Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos. São Paulo: Thomson Reuters revista dos tribunais, 2014. P. 39.