

Retroatividade in mellius da prescrição intercorrente na LIA

Prescrição é a extinção da pretensão de punir, devido à inércia do Estado em satisfazê-la no prazo legal. Princípios da eficiência, da duração razoável do processo e da segurança do Estado, compelindo-o a agir dentro de prazos determinados [\[1\]](#).



Fernando Capez
candidato a deputado

As normas que tratam de prescrição são de Direito material, e não

processual, pois não dizem respeito ao procedimento que deve ser seguido, mas afetam diretamente o próprio direito de punir do Estado. Toda norma que extingue, cria, aumenta ou reduz a pretensão punitiva tem natureza de Direito material e, dessa forma, retroage para beneficiar o sujeito, nos termos da CF, artigo 5º, XL.

A questão que se coloca é se o Estado pode reduzir ou eliminar o núcleo de garantias constitucionais do cidadão em razão da nomenclatura que confere à infração, mesmo quando as consequências da punição tiverem carga sancionatória equivalente à penal. Para aplicar penas graves como confisco de bens e valores, perda de função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa e proibição de contratar com o poder público, o Estado não pode negar ao acusado as mesmas garantias do processo penal, sob o pretexto do ato estar nomenclaturado como improbidade administrativa, e não infração penal.

A Lei nº 14.230/21 introduziu um novo lapso prescricional a partir do ajuizamento da ação de improbidade. Alterou o *caput* do artigo 23 da LIA e acrescentou-lhe os §§4º e 5º, segundo os quais o prazo prescricional de oito anos, contado a partir do ato de improbidade, interrompe-se com o ajuizamento da ação e volta a correr pela metade do tempo (quatro anos) até interromper-se novamente com a publicação da primeira decisão condenatória.

Ocorre que são inúmeras as ações de improbidade ajuizadas há muito mais do que quatro anos, sem decisão condenatória. Algumas sequer entraram na fase de instrução, outras já duram mais de 20 anos sem perspectiva de sentença de primeira instância. São ações feitas para não acabar.

A questão que se coloca é sobre a incidência imediata da nova prescrição intercorrente aos casos em andamento, ou seja, se ela retroagirá para alcançar fatos praticados antes de sua entrada em vigor, extinguindo as ações em curso há mais de quatro anos sem decisão condenatória.

Em nossa obra "Limites Constitucionais à Lei de Improbidade", já indagávamos quais os critérios dogmáticos para definir a natureza de um ilícito como penal, civil ou administrativo. Haveria algum método científico para uma distinção ontológica ou mera opção discricionária do legislador, orientado por critérios de política criminal [\[2\]](#)?

A pesquisa doutrinária coletada no livro apontava para a inexistência de critério científico para distinção entre infração penal e ato de improbidade. *"Na ausência de uma distinção ontológica entre os ilícitos, não há um critério científico a delinear a sua natureza jurídica. Sucede que, num estudo aprofundado da Lei de Improbidade, percebe-se a existência de ilícitos em diplomas extrapenais que, em tese, possuiriam elemento de ilícito penal. Assim, formalmente não são penais, mas sua essência impõe a mesma carga repressiva"* [\[3\]](#).

Muito embora não sejam reportados formalmente como de natureza penal, os ilícitos trazidos na LIA impõem os mesmos gravames aos direitos e garantias individuais. Dessa maneira, ante a inexistência de critérios dogmáticos para estabelecer distinção ontológica entre ato de improbidade administrativa e infração penal, importa verificar qual a intensidade dos efeitos de suas penas sobre a esfera individual do cidadão, para então, assegurar a incidência das mesmas garantias constitucionais.

Não se pode subtrair do cidadão as garantias de ampla defesa, contraditório, devido processo legal e princípios de retroatividade *in mellius*, apenas porque o legislador optou por definir uma infração com a roupagem jurídica de ato de improbidade, quando as penalidades previstas são de igual ou, em muitos casos, maior gravidade do que as consequências penais.

A relevância da discussão acerca dos princípios incidentes sobre a Lei nº 8.429/92 não está na natureza dos atos de improbidade (penal ou extrapenal), mas na intensidade de suas sanções, assegurando-se ao cidadão o mesmo círculo de proteção das garantias constitucionais, para sanções com a mesma carga repressiva de crimes [\[4\]](#).

A título de exemplo, no crime de peculato, CP, artigo 312, *caput*, a pena mínima cominada é de dois anos de reclusão, o que possibilita a suspensão condicional da pena (CP, artigo 77); substituição por restritiva de direitos (CP, artigo 44) ou multa (CP, artigo 44, I), ou ainda regime aberto (CP, artigo 33, § 2º, "c").

Caso seja condenado pelo equivalente ato de improbidade (LIA, artigo 9º), ficará sujeito a sanções igualmente restritivas, como perda de bens e função pública, suspensão dos direitos políticos por até 14 anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público pelo prazo não superior a 14 anos.

Em face da gravidade das sanções impostas, o STJ já admitia a incidência dos princípios penais aos ilícitos da LIA, antes mesmo do advento da Lei 14.230/21, dada sua natureza repressiva.

"Ação de Improbidade. Tipicidade da Conduta. 1. Reconhecida a ocorrência de fato que tipifica improbidade administrativa, cumpre ao juiz aplicar a correspondente sanção. Para tal efeito, não será obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no artigo 12 da Lei 8.429/92, podendo, mediante adequada fundamentação, dosá-las segundo a natureza, gravidade e consequências da infração, individualizando-as sob os princípios do direito penal (...)" [5].

Existem vários dispositivos da LIA que evidenciam seu caráter penal. É sabido que o processo se constitui de procedimento + relação jurídica processual. O primeiro retrata a mera sequência dos atos processuais até a sentença, ao passo que o segundo se refere à relação jurídica que se estabelece entre o Estado e as partes, pela qual se asseguram as garantias constitucionais do *due process of law*.

No que diz respeito ao procedimento, a lei determina o rito do CPC (LIA, artigo 17, *caput*). No entanto, quanto à relação jurídica processual, ressalta que a lei possui caráter sancionatório, impõe punição pessoal e segue as garantias próprias do processo criminal.

Assim é que, no artigo 17 da LIA, há vários parágrafos a demonstrar a inequívoca incidência do Direito Penal e das garantias constitucionais do processo penal. O §6º, I e II, exige individualização da conduta, descrição do fato com todas as circunstâncias, e do dolo (afastando a responsabilidade objetiva), demonstração de prova do fato e indícios de autoria no oferecimento da ação, em clara alusão ao artigo 41 do CPP.

Em outras equiparações ao CPP, o artigo 17, em seu §6º-B, determina a rejeição da ação por falta de justa causa (CPP, artigo 395, III); seu §10-B, exige a qualificação jurídica do fato imputado, como requisito para a ação (CPP, artigo 41); o §18 prevê o interrogatório do acusado, nos moldes do artigo 186 e seguintes do CPP e garante o direito ao silêncio; o §19, I, afasta a verdade formal e a presunção de veracidade pela revelia, em clara adoção à verdade real; o §19, II, adota a presunção de inocência e impõe o ônus da prova à acusação.

Na parte da responsabilidade subjetiva, o artigo 1º, §§1º, 2º e 3º, exige dolo, muito além da mera voluntariedade, nos moldes das infrações penais, e exige elemento subjetivo do tipo (finalidade especial do agente) para a tipicidade da infração. O artigo 12, §5º, disciplina os princípios da intervenção mínima, individualização da pena e proporcionalidade, ao impor punições menores para casos de menor ofensividade (CF, artigo 5º, XLII, XLIII, XLIV e XLVI) [6]. O artigo 12, §9º, reproduz o princípio do estado de inocência (CF, artigo 5º, LVII) e veda a execução provisória da sentença. Sem falar no artigo 17, §10-F, I, que estabelece o princípio da tipicidade e declara nula a decisão que condenar por tipo diverso daquele definido na petição inicial, reproduzindo o princípio da correlação. Prosseguindo na adoção de regras próprias do CP, a LIA, seguindo o artigo 59 do CP, fala de individualização da pena (artigo 17, "c", IV) e, repetindo o artigo 71 do CP, ao tratar da continuidade delitiva (artigo 18, "a", I) e CP, artigo 69, quando regula o concurso material (artigo 18, "a", II).

O paralelismo entre a ação de improbidade e as ações criminais fica ainda mais evidente com o artigo 21, §4º, LIA, ao prever que a absolvição criminal pelos mesmos fatos por decisão colegiada, impede o trâmite da ação de improbidade.

Por todas essas razões, e a fim de espancar qualquer dúvida ou polêmica sobre a sua natureza essencialmente repressiva e sua equivalência penal, a Lei de Improbidade agora dispõe em seu o artigo 17-D que *"a ação de improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil"*.

As sanções abstratamente cominadas aos atos de improbidade administrativa vão além da reparação patrimonial (que deixou de ser considerada pena pelo artigo 12 da LIA) e da mera restituição do *status quo ante*, apresentando forte carga punitiva, razão pela qual deve assegurar aos acusados as mesmas garantias.

A identidade principiológica entre as garantias do processo penal e do processo por improbidade faz com que a prescrição dos atos de improbidade receba o mesmo tratamento da prescrição penal e, assim, retroagir para incidir sobre todos os processos em andamento, alcançando fatos praticados antes de sua entrada em vigor, em obediência ao princípio da retroatividade *in melius* (CF, artigo 5º, XL: *"A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu"*). Nesse sentido, a lição de Gilmar Mendes no julgamento da Reclamação 41557-SP: *"Uma decisão de mérito definitiva na esfera penal, que fixa uma tese de inexistência do fato ou negativa de autoria, não pode provocar novo processo no âmbito do Direito Administrativo Sancionador"*.

No mesmo sentido: STJ, RMS 37.031-SP, 1ª Turma, relatora ministra Regina Helena Costa, j. 8/2/2018, pub. 20/2/2018: *"Tratando-se de diploma legal mais favorável ao acusado, de rigor a aplicação da Lei Municipal 13.530/2003, porquanto o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no artigo 5, XL, da CF, alcança as leis que disciplinam o Direito Administrativo Sancionador"*.

Do mesmo modo, o lúcido parecer do subprocurador-geral da República Nicolao Dino, no Recurso Especial nº 1966002-SP: "*Em 26/10/2021, foi publicada a Lei n. 14.230, alterando inúmeros dispositivos da Lei nº 8.429/1992 (...). A persecução por ato administrativo se insere no âmbito do Direito Sancionador e, por coerência sistêmica, a exemplo do que ocorre com os mecanismos de persecução penal, deve nortear-se pelo postulado da retroatividade da norma mais favorável ao réu, nos termos do artigo 5º, XL, CF*".

Diante do exposto, dada a natureza material da prescrição e a identidade principiológica entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, as novas regras de prescrição dos atos de improbidade, quando benéficas, devem retroagir imediatamente para alcançar fatos praticados antes de sua entrada em vigor e extinguir a punibilidade em todos as ações de improbidade ajuizadas há mais de quatro anos, sem decisão condenatória, aplicando-se o princípio constitucional da retroatividade da lei mais benéfica, previsto na CF, o artigo 5º, XL.

A invocação de argumentos político-ideológicos, desprovidos de caráter dogmático, anarquizam e rompem a lógica do sistema, e não prevalecem sobre princípios constitucionais explícitos, como o da retroatividade *in mellius*. A proteção deficiente não deriva da prescrição, mas da violação à duração razoável do processo (CF, artigo 5º, LXXVIII). A nova lei, ao tratar da prescrição, pune a desídia do Estado em satisfazer sua pretensão punitiva, seja ela penal ou sancionatória, e o orienta a ser mais eficiente nas ações futuras.

[1] CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, volume I. São Paulo: Saraiva, 2021. 25ª ed., p. 592.

[2] CAPEZ, Fernando. *Limites Constitucionais à Lei de Improbidade*. Ed. Saraiva, 2010, p. 173.

[3] *Ibid.*, p.180.

[4] *Ibid.*, p.180.

[5] STJ, 1ª Turma, REsp 513576/MG, rel. min Francisco Falcão, rel. para acórdão min. Teori Zavascki, j. 03/11/2005, DJ 06/03/2006, p. 164.

[6] BITENCOURT, Cezar Roberto. Parte Geral. Vol. 1. 26ª edição. Ed. Saraiva, 2021, p. 77.

Date Created

02/12/2021