

Reforma da Lei de Improbidade e novatio legis in melius implícita

Em [coluna publicada](#) nesta **ConJur** no dia de 19 de novembro do ano passado, sustentei, com base nos princípios penais aplicáveis ao Direito Administrativo sancionatório, a retroatividade da nova presunção de singularidade na contratação direta de advogados (e contadores) pela Administração Pública, mercê da disciplina mais benéfica à categorização dos serviços trazida a lume pela Lei 14.039/20, que alterou a Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia Nacional) e o Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946 (que



Luciano Ferraz
advogado e professor

Por uma questão de coerência de pensamento e argumentativa, é

evidente que também reputo que a Lei 14.230, de 26 de outubro deste ano, responsável pela recentíssima reforma da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), tem aplicabilidade retroativa, a despeito da ausência no seu corpo de disposição específica, que restou não acatada durante o curso do processo legislativo [\[1\]](#).

Com efeito, as ações de improbidade administrativa são ações judiciais de "colorido penal", que, sobre pertencerem ao campo do Direito Administrativo sancionador, socorrem-se de princípios hauridos do Direito Criminal e Processual Criminal, até porque tocam no âmago de direitos e liberdades individuais dos cidadãos (patrimônio, trabalho, honra). Escrevi sobre o tema que:

"As ações de improbidade administrativa não são ações civis por excelência. Tratá-las como tal é um equívoco. São ações de conteúdo punitivo, participantes do microssistema do Direito Administrativo Sancionador. São ações 'penaliformes', subordinadas muito mais de perto à 'principiologia' — repito: à 'principiologia' — típica do Direito Penal e do Processo Penal. Nesse sentido, o STJ tem orientação firme de que 'o objeto próprio da ação de improbidade é a aplicação de penalidades ao infrator, penalidades essas substancialmente semelhantes às das infrações penais. Ora, todos os sistemas punitivos estão sujeitos a princípios constitucionais semelhantes, e isso tem reflexos diretos no regime processual. É evidente, assim — a exemplo do que ocorre, no plano material, entre a Lei de Improbidade e o direito penal —, a atração, pela ação de improbidade, de princípios típicos do processo penal" (REsp 885.836/MG (2006/0156018-0), relator ministro Teori Zavascki, 1ª T, DJ de 02/08/2007, p. 398) [2].

A constatação sobre a natureza sancionatória da ação de improbidade administrativa e sua submissão aos obstáculos constitucionais que incidem sobre as ações penais, aliadas ao disposto no novo artigo 1º, §4º [3], induzem ao reconhecimento da transcendência dos princípios do Direito Penal ao campo do Direito Administrativo sancionatório: *"A lógica é evidente: o ordenamento jurídico não pode deslegitimar conduta que é benéfica a bem jurídico a que ele próprio confere valor diferenciado (para mais). A legitimidade da conduta, neste caso, deve ser compreendida de forma abrangente, englobando tanto o aspecto penal, como os aspectos cível e administrativo"* (REsp 1123876/DF, relator ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 5/4/2011, DJe 13/4/2011).

Portanto, diante da repaginação do regime jurídico das improbidades, com profundas alterações na capitulação dos delitos e nos elementos constitutivos dos tipos — não só a limitação da improbidade às práticas dolosas (artigo 1º, §1º) [4], mas também o seu afastamento pela mera voluntariedade e, especialmente, a exigência da finalidade ilícita no exercício doloso das competências funcionais — (§§2º e 3º do artigo 1º), haverá de produzir — é o que se espera — uma tremenda reviravolta nas ações de improbidade administrativa em curso, notadamente por força do que dispõe o artigo 5º, XL, da Constituição — *a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.*

O STF já se pronunciou pela aplicação da lei mais benéfica em campo processual administrativo independente de sua consagração explícita pelo legislador infraconstitucional, *verbis*:

"A regra constitucional de retroação da lei penal mais benéfica (inciso XL do artigo 5º) é exigente de interpretação elástica ou tecnicamente 'generosa'. 2. Para conferir o máximo de eficácia ao inciso XL do seu artigo 5º, a Constituição não se refere à lei penal como um todo unitário de normas jurídicas, mas se reporta, isto sim, a cada norma que se veicule por dispositivo embutido em qualquer diploma legal. Com o que a retroatividade benigna opera de pronto, não por mérito da lei em que inserida a regra penal mais favorável, porém por mérito da Constituição mesma [...]" (RE 596152, Relator(a): Ricardo Lewandowski, Relator(a) P/ Acórdão: Ayres Britto, Tribunal Pleno, Julgado Em 13/10/2011, Acórdão Eletrônico Dje-030, Divulg. 10/2/2012, Public 13/2/2012).

O reconhecimento explícito da *novatio legis in mellius* (implícito) no campo do Direito Administrativo sancionatório é consagrado também pela jurisprudência do STJ, cujas orientações prevalentes revelam que *"o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no artigo 5º, XL, da Constituição da República, alcança as leis que disciplinam o direito administrativo sancionador"* (RMS 37.031/SP, relatora ministra Regina Helena Costa, 1ª Turma, julgado em 8/2/2018, DJe 20/2/2018), bem como que *"a retroação da lei mais benéfica é um princípio geral do Direito Sancionatório, e não apenas do Direito Penal. Quando uma lei é alterada, significa que o Direito está aperfeiçoando-se, evoluindo, em busca de soluções mais próximas do pensamento e anseios da sociedade. Desse modo, se a lei superveniente deixa de considerar como infração um fato anteriormente assim considerado, ou minimiza uma sanção aplicada a uma conduta infracional já prevista, entendo que tal norma deva retroagir para beneficiar o infrator. Constato, portanto, ser possível extrair do artigo 5º, XL, da Constituição da República princípio implícito do Direito Sancionatório, qual seja: a lei mais benéfica retroage. Isso porque, se até no caso de sanção penal, que é a mais grave das punições, a Lei Maior determina a retroação da lei mais benéfica, com razão é cabível a retroatividade da lei no caso de sanções menos graves, como a administrativa"* (REsp 1153083/MT, relator ministro Sérgio Kukina, relatora p/acórdão ministra Regina Helena Costa, 1ª Turma, julgado em 6/11/2014, DJe 19/11/2014) [5].

Logo, a entrada em vigor da Lei 14.230/21 e seu inegável efeito retroativo tendem a trazer ares de mudança aos rumos das ações de improbidade administrativa em curso no país, exigindo reavaliação completa das imputações e das capitulações propostas pelos autores, especialmente pelo Ministério Público.

Caberá ao Poder Judiciário aquilatar, com a prudência de que dele se espera, as ações de improbidade administrativa, desta feita não sob a inspiração da jurisprudência que se vinha consolidando sobre o tema, senão sob o amparo das novas disposições veiculadas pelo Poder Legislativo, mediante a edição da Lei 14.230/21.

[1] A Emenda nº 40, do Senador Dário Berger, propôs a inclusão de artigo, onde coubesse, no Projeto de Lei nº 2.505, de 2021, para que as alterações dadas pela presente proposição, se aplicassem desde logo em benefício dos réus. O relator do projeto de lei, “rendendo homenagens ao Senador Dário Berger, deixou de acolher a proposta, tendo em vista que já é consolidada a orientação de longa data do Superior Tribunal de Justiça, na linha de que “considerando os princípios do Direito Sancionador, a *novatio legis in mellius* deve retroagir para favorecer o apenado” (REsp nº 1.153.083/MT, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 19/11/2014).

[2] Ver, por todos, FERRAZ, Luciano. Ausência de Duplo Grau de Jurisdição obrigatório nas ações de improbidade administrativa. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jan-30/interesse-publico-ausencia-duplo-grau-jurisdicao-obrigatorio-acoes-improbidade>.

[3] "Artigo 1º, §4º – Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador".

[4] A doutrina brasileira, em sua maioria, sempre sustentou a necessidade do dolo para a configuração da improbidade administrativa.

[5] No mesmo sentido, ver o precedente da Corte Superior do STJ na Ação Rescisória 1.304/RJ, na qual se verifica que: "Considerando os princípios do Direito Sancionador, a novatio legis in melius deve retroagir para favorecer o apenado" (AR 1.304/rj, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. P/ Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 14/05/2008, DJe 26/08/2008).

Date Created

28/10/2021