

Felipe Gussoli: Inconvencionalidade do Tema 1.199 do STF

O decidido pelo STF (Supremo Tribunal Federal) no Tema 1.199 contraria o artigo 9 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) [1] por recusa da retroatividade da norma sancionatória mais benéfica ao acusado, o que em caso de processamento internacional sujeita o Brasil a condenação pelos Inter-Americanos (Corte IDH).



A Lei nº 14.230/21 alterou a Lei 8.429/92 sobre improbidade

administrativa. Em alguns dos dispositivos, regulou de forma mais benéfica o tema aos acusados se comparado com o regime originário da lei, a exemplo do elemento subjetivo do tipo e da prescrição.

No julgamento do Tema 1.199 de repercussão geral, o STF afastou a retroatividade da lei mais benéfica para atos de improbidade administrativa. O principal fundamento utilizado foi o da ausência de previsão expressa no artigo 5º, XL da Constituição sobre a retroatividade de normas mais benéficas sobre ilícitos de natureza não penal [2]. Em função disso, por maioria, o Supremo terminou por decidir que no processamento por improbidade administrativa não fosse observada a retroação das normas mais benéficas sobre: 1) o elemento subjetivo do tipo de improbidade; 2) a prescrição [3].

Os votos dos ministros Nunes Marques e Gilmar Mendes destoaram daquela solução, inclusive mediante citação da CADH. Nunes Marques chegou a citar precedentes da Corte IDH pela retroatividade da norma mais benéfica. O ministro Ricardo Lewandowski também citou a CADH e jurisprudência da Corte IDH, embora em seu voto tenha acompanhado a maioria pela irretroatividade.

Ocorre que a decisão majoritária do STF contraria o entendimento do tema à luz da convencionalidade. A própria decisão está sujeita a controle de convencionalidade (nacional e internacional).

A CADH é tratado internacional de direitos humanos internalizado no Brasil pelo Decreto nº 678/1992. Seu artigo 9 prevê, na parte final, que *"Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado"*.



A Corte IDH é o órgão jurisdicional ao qual o Brasil aderiu via Decreto 4.463/2002. Nos termos do artigo 62.1 da CADH, a Corte IDH é o órgão jurisdicional internacional com competência em todos os casos relativos à aplicação e *interpretação* da CADH [4]. A Corte IDH, mediante emprego da técnica de interpretação evolutiva, em pelo menos quatro casos já decidiu que a norma do artigo 9 citado não se limita a crimes.

No *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru* decidiu que é "*ilícito toda forma de exercício do Poder Público que viole os direitos reconhecidos pela Convenção*" [5]. No *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá* afirmou que o artigo 9 da CADH se aplica em matéria sancionatória administrativa, por se tratar de manifestação do poder punitivo de Estado [6]. No *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai* consignou expressamente que "*este tribunal tem interpretado que os princípios da legalidade e da irretroatividade da norma desfavorável são aplicáveis não apenas à esfera penal, mas também que seu alcance se estende às sanções administrativas*" [7]. E mais recentemente, em 2016, reafirmou sua jurisprudência no *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala* no sentido de que "*o artigo 9 da convenção é aplicável à matéria sancionatória administrativa, ademais de sê-lo, obviamente, à matéria penal*" [8].

Portanto, em contrariedade com o decidido pelo STF, se aplica a norma convencional que determina a retroatividade da norma sancionatória mais benéfica ao acusado a sanções estatais de qualquer natureza, inclusive as previstas na Lei de Improbidade Administrativa. Essa é a diretriz correta do ponto de vista dos direitos humanos, de uma interpretação convencionalmente adequada, e que aliás já era defendida doutrinariamente [9] e seguida pela 1ª Turma do STJ [10].

Muito embora na decisão do Tema 1199 a menção à CADH e à jurisprudência internacional esteja presente em alguns dos votos, nota-se do acórdão e dos debates na sessão de julgamento que ainda é incipiente o diálogo entre o STF e a Corte IDH. Não houve o desejado controle de convencionalidade por ocasião do julgamento, por sinal recomendado pelo próprio CNJ via Recomendação nº 123/2022 [11].

No limite, a posição do STF sujeita o Brasil à responsabilização internacional por desrespeito ao tratado que solenemente ratificou. Ou seja, sujeita o país a condenação irrecorrível pela Corte IDH.

[1] Em conformidade com o texto do tratado, designa-se o dispositivo pela numeração cardinal. Ou seja, não se aplica o artigo 10, I da Lei Complementar n. 95/1998, e designa-se o dispositivo por artigo 9, e não 9º.

[2] "*11. O princípio da retroatividade da lei penal, consagrado no inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal ('a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu') não tem aplicação automática para a responsabilidade por atos ilícitos civis de improbidade administrativa, por ausência de expressa previsão legal e sob pena de desrespeito à constitucionalização das regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos com flagrante desrespeito e enfraquecimento do Direito Administrativo Sancionador*" (ARE 843989, relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2022, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL —



MÉRITO DJe-251 DIVULG 09-12-2022 PUBLIC 12-12-2022).

[3] "13. A norma mais benéfica prevista pela Lei 14.230/2021 — revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa —, portanto, não é retroativa e, conseqüentemente, não tem incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes. Observância do artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal. (...) 17. Na aplicação do novo regime prescricional — novos prazos e prescrição intercorrente —, há necessidade de observância dos princípios da segurança jurídica, do acesso à Justiça e da proteção da confiança, com a IRRETROATIVIDADE da Lei 14.230/2021, garantindo-se a plena eficácia dos atos praticados validamente antes da alteração legislativa. (...) Fixação de tese de repercussão geral para o Tema 1199: '1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se — nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA — a presença do elemento subjetivo — DOLO; 2) 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; 3) 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; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei". (ARE 843989, relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2022, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-251 DIVULG 09-12-2022 PUBLIC 12-12-2022).

[4] Artigo 62. 1. Todo Estado-Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

[5] Corte IDH. Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru. Sentença de 31 jan. 2001. §68.

[6] Corte IDH. Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá. Sentença de 2 fev. 2001 §106.

[7] Corte IDH. Caso Ricardo Canese vs. Paraguai. Sentença de 31 ago. 2004. §175

[8] Corte IDH. Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala. Sentença de 3 maio 2016. §89.

[9] MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe. *Lei de improbidade administrativa comentada: de acordo com a reforma pela Lei n. 14.230/2021*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022; GUSSOLI, Felipe Klein. *Tratados de direitos humanos e Direito Administrativo*. Curitiba:



Íthala, 2022. p. 263-264.

[10] ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. PODER DE POLÍCIA. SUNAB. MULTA ADMINISTRATIVA. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. POSSIBILIDADE. ARTIGO 5º, XL, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRINCÍPIO DO DIREITO SANCIONATÓRIO. AFASTADA A APLICAÇÃO DA MULTA DO ARTIGO 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. I. O artigo 5º, XL, da Constituição da República prevê a possibilidade de retroatividade da lei penal, sendo cabível extrair-se do dispositivo constitucional princípio implícito do Direito Sancionatório, segundo o qual a lei mais benéfica retroage. Precedente. II. Afastado o fundamento da aplicação analógica do artigo 106 do Código Tributário Nacional, bem como a multa aplicada com base no artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil. III. Recurso especial parcialmente provido. (REsp nº 1.153.083/MT, relator ministro Sérgio Kukina, relatora para acórdão ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 6/11/2014, DJe de 19/11/2014).

[11] "(...) *Resolve: Artigo 1º Recomendar aos órgãos do Poder Judiciário: I – a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas*".