18/08/2022 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Vogal): Bem examinados os autos, reconheço que a questão que se coloca possui feição eminentemente constitucional, pois consiste em saber se a regra petrificada no art. 5º, XL, da CF, no sentido de que "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu", deve ser base interpretativa aos chamados atos de improbidade, em face de alteração legislativa superveniente.

Cumpre assinalar, desde logo, a blindagem constitucional dada à retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu, configurada, como acima aludido, como cláusula pétrea de nosso Texto Magno, e também como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, o que a torna garantia individual de todos os cidadãos.

Em outubro de 2021, pois, editou-se a Lei 14.230/2021, conhecida como Nova Lei de Improbidade Administrativa. Referida legislação trouxe reformas estruturais na Lei 8.429/1992, como, por exemplo, a eliminação do elemento subjetivo culpa dos atos de improbidade, bem como a criação de regras de prescrição intercorrente aos processos que envolvam essa disciplina jurídica. É de se ver, contudo, que o próprio art. 1º, § 4º, da Lei 8.429/1992, já dispunha que se aplicam ao sistema da improbidade os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

Face à novel legislação, tem-se como atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11, não bastando, assim, a voluntariedade do agente, nos termos do art. 1º, § 1º, da referida Lei. Ademais, conforme o § 2º do mesmo dispositivo legal, considera-se dolo a vontade livre e consciente de se alcançar o resultado

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B455-D510-54DE-1FF0 e senha 09A0-1B89-AAA7-C36D

ilícito tipificado nos supracitados artigos, não bastando, como dito, a mera voluntariedade do agente.

Por fim, assevera o § 3º do art. 1º que o mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem a comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade do agente por atos de improbidade administrativa.

No que toca à prescrição, a redação do art. 23 da Lei 8.429/1992 disciplina o seguinte, *verbis*:

> "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.
>
> [...]
>
> § 4º O prazo da prescrição referido no *caput* deste artigo interrompe-se:
>
> I - pelo ajuizamento da ação de improbidade administrativa;
>
> II - pela publicação da sentença condenatória;
>
> III - pela publicação de decisão ou acórdão de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal que confirma sentença condenatória ou que reforma sentença de improcedência;
>
> IV - 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".

Feito este breve exame sistêmico, relembro que a história das

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B455-D510-54DE-1FF0 e senha 09A0-1B89-AAA7-C36D

sociedades democráticas modernas avançou contemporaneamente para a consolidação de um Estado de Direito que se sustenta, dentre outros pilares, exatamente em subordinar a ação estatal ao atendimento do interesse público e à inexorável observância de valores que passaram a ser expressos como direitos fundamentais dos cidadãos. A contenção do arbítrio do Estado é sensivelmente importante ao exame do seu poder punitivo, seja em razão do *jus puniendi* criminal, seja naquilo que toca às penas impostas pela própria Administração Pública por atos de indisciplina de administradores e administrados.

Nota-se que o desenvolvimento das atividades sancionatórias do Estado no campo administrativo, tradicionalmente entendidas como circunscritas ao campo de atividade de polícia, levou à hodierna concepção de manifestação específica do seu *ius puniendi*, destinado à tutela de quaisquer valores relevantes da sociedade. A própria Constituição Federal de 1988 trouxe em seu corpo diversos princípios que confirmam isso, aplicáveis ao sistema punitivo na seara administrativa, tais como: (i) o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa; (ii) o princípio da segurança jurídica; (iii) o princípio da legalidade; (iv) o princípio da tipicidade; (v) princípio do juiz natural; (vi) o princípio da responsabilidade subjetiva dos infratores; (vii) a necessidade da motivação dos atos administrativos sancionadores; (viii) o princípio da individualização da pena administrativa.

No tema, Fábio Medina Osório leciona que o processo administrativo sancionador é finalisticamente dirigido à busca do equilíbrio de forças, paridade de armas e consagração da presunção de inocência, ao mesmo tempo em que se volta à verificação das responsabilidades cabíveis e imposição das sanções pertinentes.

A fim de consolidar esse entendimento, o referido autor afirma:

> "Em linhas gerais, percebemos que o poder sancionador evolui para o direito punitivo e este em direção a uma

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B455-D510-54DE-1FF0 e senha 09A0-1B89-AAA7-C36D

> especialização funcional, diversificando-se em direito penal e direito administrativo sancionador. Primeiro, o direito punitivo constitui limite ao poder sancionador da autoridade. Esta, por sua parte, passou a encarnar a chamada função de polícia, nos Estados de Polícia, já uma evolução em relação ao que se concebia nos Estados tipicamente feudais. A genérica função estatal de polícia se subdividia em várias outras, incluindo a judicial.
>
> O direito administrativo já aparecia, embrionariamente, junto ao direito penal, nesse momento, na tutela de funções ordenadoras e repressivas da autoridade. Na sequência, o direito penal se consolida como ramo jurídico mais grave, rigoroso, severo, identificando-se sobremaneira com o direito punitivo" (OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 189).

Na mesma senda, o Ministro Gilmar Mendes se manifestou nos autos da Rcl 41.557/SP:

> "A ação civil de improbidade administrativa trata de um procedimento que pertence ao chamado direito administrativo sancionador, que, por sua vez, se aproxima muito do direito penal e deve ser compreendido como uma extensão do *jus puniendi* estatal e do sistema criminal.
>
> Nesse sentido, considera-se 'a lei de improbidade administrativa uma importante manifestação do direito administrativo sancionador no Brasil' (OLIVEIRA, Ana Carolina. Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador. 2012. p. 190).
>
> No ponto, desenvolve a doutrina:
>
> > 'Para além de refletir e buscar solucionar os complexos problemas dogmáticos trazidos pela aproximação entre direito penal e direito administrativo, é, também, preciso adotar um enfoque conjunto no campo da política sancionadora. Assim, seguindo a proposta de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B455-D510-54DE-1FF0 e senha 09A0-1B89-AAA7-C36D

> Rando Casermeiro, crê-se que uma política jurídica conjunta, que leve em conta os dois ramos sancionadores, é imprescindível para aportar um mínimo de racionalidade à questão'" (LOBO DA COSTA, Helena. Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 122).

Partindo dessas premissas sucintamente expostas, tenho que o direito administrativo sancionador e o direito penal possuem considerável similitude ontológica e principiológica, pois ambos se materializam no poder-dever de punir do Estado, com a potencialidade de apenar o jurisdicionado com sanções de natureza patrimonial, pessoal e funcional, todas de invulgar repercussão em sua esfera privada e aptos a ensejar, inclusive, privação ou restrição de liberdade (no campo penal), imposição de reparação civil e multa, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

A Lei de Improbidade Administrativa também consagra a sua proximidade com o direito penal ao prever que a ação de improbidade é repressiva, de caráter sancionador, destinando-se à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas na referida lei, conforme disposto em seu art. 17-D, com a redação dada pela Lei 14.230/2021:

> "Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)
>
> Parágrafo único. Ressalvado o disposto nesta Lei, o controle de legalidade de políticas públicas e a

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B455-D510-54DE-1FF0 e senha 09A0-1B89-AAA7-C36D

> responsabilidade de agentes públicos, inclusive políticos, entes públicos e governamentais, por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, à ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social submetem-se aos termos da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985".

A toda evidência, portanto, o direito administrativo sancionador traduz uma das manifestações do *jus puniendi* estatal, o que, exatamente por sua natureza conceitual, a meu ver, reclama moderação hermenêutica. Para tanto, é preciso haver o diálogo de fontes entre o direito administrativo sancionador e o direito penal, este, com a autoridade de tutelar os bens jurídicos mais relevantes contra as infrações mais graves. Disso decorre a máxima retroatividade da lei mais benéfica, constitucionalmente assegurada, e que deve ser aplicada, com a devida vênia àqueles que pensam em sentido contrário, ao microssistema da improbidade administrativa.

Rememoro que, na perspectiva da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao acusado prevalece de acordo com a natureza do direito aplicável ao caso. Veja-se:

> "Art. 9º - Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado".

No mesmo sentido, é longevo o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a prevalência do princípio da

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B455-D510-54DE-1FF0 e senha 09A0-1B89-AAA7-C36D

retroatividade da norma sancionadora mais benéfica, aplicável também a processos ou procedimentos não criminais. Veja-se os seguintes precedentes: *Baena Ricardo y otros Vs.Panamá*, parágrafo 103, São José da Costa Rica, 2 de fevereiro de 2001; *Del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, parágrafo 68, São José da Costa Rica, 31 de janeiro de 2001; *Caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala*, parágrafo 89, São José da Costa Rica, 3 de maio de 2001.

A Corte Europeia de Direitos Humanos não destoa deste entendimento, como se pôde ver no famoso caso *Öztürk vs. Alemanha*, ao consagrar o direito administrativo sancionador como um "subsistema penal", comungando de semelhantes princípios, como, *v.g.*, o da retroatividade de normas mais benéficas e o do *non bis in idem* (*Örtürk vs Germany*, *Application*, caso 8544/1979, Strasbourg, 21 de fevereiro de 1984).

O mesmo entendimento é visto em reiterados julgados do Superior Tribunal de Justiça, como no Resp. 1.153.083/MT, redatora para o acórdão a Ministra Regina Helena Costa, quando assetou que "[o] art. 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". Também nos autos do Ag-Int no RMS 65.486/RO, o Ministro Mauro Campbell Marques arrematou:

> "O processo administrativo disciplinar é uma espécie de direito sancionador. Por essa razão, a Primeira Turma do STJ declarou que o princípio da retroatividade mais benéfica deve ser aplicado também no âmbito dos processos administrativos disciplinares. À luz desse entendimento da Primeira Turma, o recorrente defende a prescrição da pretensão punitiva administrativa".

Daí porque não há se falar em insegurança jurídica ou alteração de entendimento dominante caso acolhida a tese ora sustentada,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B455-D510-54DE-1FF0 e senha 09A0-1B89-AAA7-C36D

especialmente se considerados os diversos precedentes neste exato sentido da lavra dos mais diversos tribunais pátrios.

Em face do exposto, voto pelo provimento do recurso, a fim de que seja extinta a ação de ressarcimento movida contra a recorrente. Quanto à tese, muito embora eu tenha acompanhado o entendimento inaugurado pelo Ministro André Mendonça, e com a ressalva do meu entendimento acima descrito, aprovo a tese acolhida pela maioria dos membros desta Corte com a seguinte redação: "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 art. 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.

É como voto.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B455-D510-54DE-1FF0 e senha 09A0-1B89-AAA7-C36D