
RETROATIVIDADE DA NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

FÁBIO MEDINA OSÓRIO, advogado, sócio do Medina Osório Advogados, Doutor em Direito Administrativo pela Universidade Complutense de Madri, Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Ex Ministro da AGU. Presidente da Comissão Nacional de Direito Administrativo Sancionador da OAB.

I. SOBRE O PAPEL DA OAB NO COMBATE AO ARBÍTRIO

Inicialmente, agradeço aos colegas Presidente Felipe Santa Cruz, José Alberto Simonetti, Anderson Prezia, pela oportunidade de colaborar na Presidência da Comissão Nacional de Direito Administrativo Sancionador da OAB, onde tenho podido trocar ideias e reflexões da maior importância com os colegas de todo o Brasil sobre direito administrativo sancionador.

A OAB, na gestão do Presidente Felipe Santa Cruz, e por consequência também esta foi a tônica dos seminários que nortearam nossa Comissão, foi pautada pela luta contra o arbítrio.

Trago estas presentes reflexões como Presidente da Comissão de Direito Administrativo Sancionador da OAB Nacional e doutrinador da matéria, para debatermos o alcance da Nova Lei de Improbidade Administrativa no Brasil, notadamente quanto aos seus efeitos retroativos.

II. SOBRE OS TIPOS SANCIONADORES REVOGADOS: CONSIDERAÇÕES GERAIS

1. No dia 25 de outubro do corrente ano foi publicada a Lei Federal nº 14.230/2021, que promoveu profundas alterações na Lei 8.429/1992, tendo havido **expressa revogação da improbidade culposa, nos seguintes termos:**

Art. 2º A [Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992](#), passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.

Parágrafo único. (Revogado).

§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais.

§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.

No art.10º da Lei de Improbidade anteriormente vigente havia múltiplas modalidades de comportamentos lesivos ao erário que comportavam modalidades culposas. Tais condutas típicas estão revogadas.

Assim, todos os tipos que contemplavam modalidades culposas e que foram objeto de ações civis públicas punitivas devem ser atingidos por ações rescisórias ou pedidos de julgamento antecipado da lide, por superveniência de lei que decretou falta de tipicidade do fato (impossibilidade jurídica do pedido). Por certo, deve-se observar o prazo legal da rescisória.

A nova Lei consigna, ainda, no novo § 8º, do art.2º, que “não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário.”

Houve, lamentavelmente, muitas condenações envolvendo atos administrativos alicerçados em pareceres jurídicos. Não raro, o gestor praticava um ato de boa fé, fundamentado em jurisprudência, doutrina, leis e pareceres jurídicos, mas por azar discrepando do entendimento do Ministério Público. Em tais hipóteses, poderia ocorrer – e de fato ocorreu – condenação por improbidade administrativa. Tais condenações, pela nova Lei, devem ser revistas, seja nos processos em curso, seja através de ações rescisórias.

Trata-se de um novo elemento de figura típica, que interfere retroativamente nas normas produzidas pelos intérpretes, dada a opção expressa do Legislador pelo elemento cultural associado ao conceito de improbidade. Sustento, aliás, desde 2006, que “a violação de normas

controvertidas, nas quais se discute abertamente a própria legalidade da atuação do agente público, não poderia, a priori, desembocar em um julgamento de grave desonestidade funcional. A lógica do razoável e da racionalidade congrega vetores da maior importância na configuração do suporte fático e normativo da grave desonestidade funcional. Por isso, surge a relevância da roupagem juridicamente razoável da conduta apontada como ilícita. Se o sujeito está a respaldar sua conduta em normas altamente controversas e discutidas na via judicial, não se pode pretender censura-lo pela incidência de tipos de improbidade. É claro que tratamos de discussões e controvérsias idôneas, não de mero ajuizamento de demandas temerárias ou desprovidas de plausibilidade (...). Não se pode ignorar que as normas culturais produzem efeitos na redução da proteção de determinados direitos fundamentais”.

Repito, pois, que condenações de gestores que decidiram baseados em pareceres jurídicos fundamentados, lastreados em jurisprudência, doutrina, leis, devem ser imediatamente revisitadas. Tais fatos tornaram-se atípicos. A tipicidade, aqui, deve ser vista como uma norma sancionadora em branco. Esse novo elemento normativo interfere em todas as normas da Lei de Improbidade Administrativa, na configuração do elemento subjetivo.

De resto, tipos sancionadores suprimidos tornam, por si só, atípicas as respectivas condutas.

Revogou-se, nesse contexto, expressamente, o **inciso II do artigo 11 (além de limitar a incidência da cabeça do dispositivo), trazendo, também, nova redação ao inciso III**, nos seguintes termos: revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo, **propiciando beneficiamento por informação privilegiada ou colocando em risco a segurança da sociedade e do Estado.**

2. Com efeito, na nova redação dada ao artigo 11, as condutas possíveis de enquadramento típico **agora são numerus clausus**, não mais se tratando os incisos de meras exemplificações de condutas ímprobas definidas no *caput*, **pois suprimida a conjunção aditiva “e” e substituído o termo “notadamente”, da anterior redação, por “**caracterizada por uma das seguintes condutas**”, o que significa não haver mais um somatório da definição do *caput* com os exemplos dos incisos.**

3. Vejamos:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, **caracterizada por uma das seguintes condutas:** [\(Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021\)](#)

~~I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;~~

I - [\(revogado\);](#) [\(Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021\)](#)

~~II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;~~

II - [\(revogado\);](#) [\(Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021\)](#)

~~III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;~~

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo, propiciando beneficiamento por informação privilegiada ou colocando em risco a segurança da sociedade e do Estado; [\(Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021\)](#)

~~IV - negar publicidade aos atos oficiais;~~

IV - negar publicidade aos atos oficiais, exceto em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado ou de outras hipóteses instituídas em lei; [\(Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021\)](#)

~~V - frustrar a licitude de concurso público;~~

V - frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros; [\(Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021\)](#)

~~VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;~~

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades; [\(Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021\)](#)

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas. [\(Vide Medida Provisória nº 2.088-35, de 2000\)](#) [\(Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014\)](#) [\(Vigência\)](#)

~~IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação. [\(Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015\)](#) [\(Vigência\)](#)~~

IX - [\(revogado\)](#); [\(Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021\)](#)

~~X - transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere, nos termos do parágrafo único do [art. 24 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990](#). [\(Incluído pela Lei nº 13.650, de 2018\)](#)~~

X - [\(revogado\)](#); [\(Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021\)](#)

XI - nomear cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em

comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas; [\(Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021\)](#)

XII - praticar, no âmbito da administração pública e com recursos do erário, ato de publicidade que contrarie o disposto no [§ 1º do art. 37 da Constituição Federal](#), de forma a promover inequívoco enaltecimento do agente público e personalização de atos, de programas, de obras, de serviços ou de campanhas dos órgãos públicos. [\(Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021\)](#)

4. Logo, não mais resta caracterizado como ato de improbidade administrativa a conduta de *retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício*, anteriormente prevista no inciso II do artigo 11 da Lei 8.429/1992, além de limitarem-se às hipóteses expressas contidas nos incisos remanescentes, **não subsistindo a incidência isolada do caput. Em relação ao inciso III do aludido dispositivo legal, adicionou-se um elemento que não constava anteriormente, consignando-se interesse da sociedade e beneficiamento como conceitos necessários à consumação do ilícito. Nesse sentido, a Lei posterior, no particular, também é mais benéfica, pois trata com mais rigor o tipo sancionador, retroagindo para beneficiar os infratores da Lei anterior.**

III. SOBRE A RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA EM DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR:

5. Trata-se, pois, de **lei posterior mais benéfica**, o que implica em sua **retroatividade**, nos termos do artigo 5º, inciso XL¹, da Constituição Federal, pois as garantias penais, por simetria, se aplicam ao direito administrativo sancionador, **conforme nossa doutrina preconiza desde longa data quanto às ações de improbidade**² e consoante jurisprudência remansosa dos Tribunais Superiores pátrios³.

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

² Sustentamos, desde longa data, que o direito administrativo sancionador rege as ações de improbidade. Veja-se artigo publicado na Revista de Administración Pública (RAP) da Espanha 149, em 1999, nosso trabalho pioneiro nesta matéria, quando introduzimos no Brasil um novo conceito de sanção administrativa, que permitiu o alargamento do regime do direito administrativo sancionador para o campo das ações de improbidade administrativa. Na primeira edição de nossa obra Direito Administrativo Sancionador, em 2000, reafirmamos o conceito de sanção administrativa que permitiu sua aplicação pelo Poder Judiciário, alcançando as ações de improbidade administrativa, conceito este que teve repercussão na formação do convencimento dos Tribunais Superiores sobre essa matéria. Com efeito, concepção alcançou o entendimento dos Tribunais Superiores. A jurisprudência do STJ, em matéria de improbidade administrativa, tem sido sensível aos princípios do Direito Administrativo Sancionador, como se vê inúmeros julgados do STJ, destacando-se este julgamento paradigmático: “O direito administrativo sancionador está adstrito aos princípios da legalidade e da tipicidade, como consectários das garantias constitucionais”, no qual cita nossa doutrina: Osório, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência (p. 300). (RESP 87.360-SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 17 de junho de 2008).

³ O Ministro **ALEXANDRE DE MORAIS** expressamente admitiu a aplicação do direito administrativo sancionador nas ações de improbidade no julgamento de admissão de **repercussão geral no recurso extraordinário com agravo 1.175.650- Paraná**.

6. Muitos autores falam sobre a aplicabilidade do Direito Administrativo Sancionador às ações de improbidade administrativa, mas é necessário compreender a principal razão para que tal incidência se torne possível do ponto de vista jurídico. E, de fato, o Legislador acolheu, acertadamente, nosso conceito de sanção administrativa, proposto em 1999 e ratificado em 2000, segundo o qual cabe também ao Poder Judiciário aplicar sanções administrativas, ou seja, o poder administrativo sancionador não é privativo da Administração Pública.

7. Nesse sentido, superamos o clássico conceito estatutário de Direito Administrativo, para abarcar uma visão substantiva do Direito Administrativo. Nosso conceito está assim redigido: “Consiste a sanção administrativa 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”.

8. Como se pode observar, a construção doutrinária para se chegar ao regime jurídico do direito administrativo sancionador às ações de improbidade administrativa teve um longo percurso.

9. Com efeito, o Direito Administrativo Sancionador nasce e se alimenta de muitos dos princípios orientadores do Direito Penal, balizando-se, portanto, por princípios normativos constitucionais que objetivam, em última análise, limitar o arbítrio do Estado, em respeito às liberdades públicas e individuais dos cidadãos. A esse respeito:⁴

A norma jurídica não se confunde com o texto legislativo. O sistema brasileiro adotou a teoria dos precedentes. Direito Penal e Direito Administrativo confluem para dar nascimento ao Direito Administrativo Sancionador. Há princípios constitucionais comuns ao Direito Público punitivo. Ao Direito Administrativo Sancionador se aplicam os princípios do direito penal e processual penal, com matizes, por simetria. A teoria da pena deve ser observada à luz do direito positivo brasileiro e não de uma perspectiva abstrata do direito estrangeiro, o que exige um compromisso com os precedentes da civil law.

10. Ainda que se faça uma análise crítica à unidade do *ius puniendi* estatal, não se pode negar que ambos campos de incidência do poder punitivo do Estado estão impregnados de postulados e garantias

⁴ Osório, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. Thomson Reuters Revista dos Tribunais. Edição do Kindle. p. 87.

constitucionais de proteção aos administrados e jurisdicionados, cuja inobservância deslegitima a aplicação de qualquer sanção⁵:

Do exposto, o que se percebe é que o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, se bem que não se valham invariavelmente das mesmas técnicas, nem encontrem os mesmos regimes jurídicos, acabam adentrando núcleos estruturantes dos direitos fundamentais dos acusados em geral, na perspectiva de submissão às cláusulas do devido processo legal e do Estado de Direito. O Direito Punitivo, assim, encontra um núcleo básico na Constituição Federal, núcleo normativo do qual emanam direitos constitucionais de conteúdos variáveis, embora também com pontos mínimos em comum e aqui talvez resida a confusão conceitual em torno ao debate sobre Direito Público Punitivo. E é precisamente aqui que se deve compreender a unidade do Direito Sancionador: há cláusulas constitucionais que dominam tanto o Direito Penal, quanto o Direito Administrativo Punitivo. Tais cláusulas, se bem que veiculem conteúdos distintos, também veiculam conteúdos mínimos obrigatórios, onde repousa a ideia de unidade mínima a vincular garantias constitucionais básicas aos acusados em geral.

11. Aplicando-se os princípios e garantias informadores do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador, *inegável a incidência da retroatividade da lei mais benigna*⁶:

⁵ Osório, Fábio Medina. Op. Cit. (p. 151).

⁶ Osório, Fábio Medina. Op. Cit. (pp. 300-301).

Não há dúvidas de que, na órbita penal, vige, em sua plenitude, o princípio da retroatividade da norma benéfica ou descriminalizante, em homenagem a garantias constitucionais expressas e a uma razoável e racional política jurídica de proteger valores socialmente relevantes, como a estabilidade institucional e a segurança jurídica das relações punitivas. Se esta é a política do Direito Penal, não haverá de ser outra a orientação do Direito Punitivo em geral, notadamente do Direito Administrativo Sancionador, dentro do devido processo legal. Se há uma mudança nos padrões valorativos da sociedade, nada mais razoável do que estender essa mudança ao passado, reconhecendo uma evolução do padrão axiológico, preservando-se, assim, o princípio constitucional da igualdade e os valores relacionados à justiça e à atualização das normas jurídicas que resguardam direitos fundamentais. O engessamento das normas defasadas e injustas não traria nenhuma vantagem social. A retroatividade decorre de um imperativo ético de atualização do Direito Punitivo, em face dos efeitos da isonomia.

12. Veja-se, a propósito, posição já consagrada na jurisprudência dos Tribunais pátrios. No tema, não se pode olvidar do voto paradigmático do Ministro GILMAR MENDES na Reclamação nº

41.557/SP⁷, no qual acolhe a aplicabilidade do direito administrativo sancionador ao campo da improbidade administrativa, *in litteris*:

“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 do *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

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.

baliza hermenêutica para a qualidade da relação’.”
(grifos do texto)

13. Ademais, a adoção dos princípios penais, com matizes, ao *direito administrativo sancionador*, além de se encontrar sedimentada na jurisprudência do STJ e do STF, decorre da compreensão acerca da estrutura normativa da teoria do Direito Administrativo Sancionador. Nesse passo, fiz um histórico importante sobre essa matéria na obra *Direito Administrativo Sancionador*, em 2000: Não há dúvidas de que, na órbita penal, vige, em sua plenitude, o princípio da retroatividade da norma benéfica ou descriminalizante, em homenagem a garantias constitucionais expressas e a uma razoável e racional política jurídica de proteger valores socialmente relevantes, como a estabilidade institucional e a segurança jurídica das relações punitivas. Se esta é a política do Direito Penal, não haverá de ser outra a orientação do Direito Punitivo em geral, notadamente do Direito Administrativo Sancionador, dentro do devido processo legal”.

14. Nesse sentido, cumpre lembrar que a incidência dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador ao terreno da improbidade administrativa, na linha preconizada desde 1999 por nossa doutrina, **foi expressamente incorporada ao sistema jurídico brasileiro com o § 4º do artigo 1º da nova redação da lei de improbidade:**

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas

funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei. [\(Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021\)](#)

Parágrafo único. [\(Revogado\)](#). [\(Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021\)](#)

§ 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador. [\(Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021\)](#) (grifei):

15. E, expressamente sobre a aplicação da retroatividade benéfica, colacionam-se precedentes do STJ (grifos apostos) que igualmente acolhem precedente doutrinário:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. A sindicância investigativa não interrompe prescrição administrativa, mas sim a instauração do processo administrativo. 2. 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. 3. Contudo, o processo administrativo foi instaurado em 11 de abril de 2013 pela Portaria n. 247/2013. Independente da modificação do termo inicial para a instauração do processo administrativo disciplinar advinda pela LCE n. 744/2013, a instauração do PAD ocorreu oportunamente. Ou seja, os autos não revelam a ocorrência da prescrição durante o regular processamento do PAD. 4. Agravo interno não provido.

(STJ - AgInt no RMS: 65486 RO 2021/0012771-8, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 17/08/2021, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/08/2021)

ADMINISTRATIVO. CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO MANEJADO POR DIVERSOS SINDICATOS DO RAMO VAREJISTA. PRETENSÃO DE VER RECONHECIDA A VALIDADE DE PREÇO A MAIOR PARA O CONSUMIDOR QUE PAGA COM CARTÃO DE CRÉDITO. POSSIBILIDADE. PRÁTICA HODIERNAMENTE AUTORIZADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO. ART. 1º DA LEI N. 13.455/17. ALCANCE RETROATIVO. 1. A cobrança diferenciada de preços de bens e serviços ao público

em face do pagamento mediante cartão de crédito passou a ser legalmente admitida pelo ordenamento jurídico pátrio. Logo, inexistente abusividade em tal prática comercial. 2. Antes da entrada em vigor da Lei n. 13.455/17, inexistia expressa vedação legal à prática diferenciada de preços em função da forma de pagamento utilizada pelo consumidor, por isso que não se cuida de hipótese de superveniente atipicidade da conduta, mas, ao invés, de positividade normativa com o intuito de referendar e estabilizar a prática comercial em realce. **3. A norma administrativa mais benéfica, no que deixa de sancionar determinado comportamento, é dotada de eficácia retroativa.** Precedente: REsp 1.153.083/MT, Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 19/11/2014). 4. Nesse norte, incensurável se revela o acórdão recorrido no passo em que, ao conceder a segurança pleiteada no presente writ preventivo, ordenou à autoridade coatora que se abstenha de impor penalidade contra as empresas integrantes das categorias econômicas representadas pelos sindicatos impetrantes, na hipótese de concessão de descontos para compras efetuadas mediante dinheiro ou cheque, sem extensão de tal vantagem às transações realizadas mediante cartão de crédito. 5. Recurso especial não provido.

(REsp 1402893/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/04/2019, DJe 22/04/2019)

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA AO ACUSADO. APLICABILIDADE. EFEITOS PATRIMONIAIS. PERÍODO ANTERIOR À IMPETRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 269 E 271 DO STF. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973. II - 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 indenes os demais atos processuais. V - A pretensão relativa à percepção de vencimentos e vantagens funcionais em período anterior ao manejo deste mandado de segurança, deve ser postulada na via ordinária, consoante inteligência dos enunciados das Súmulas n. 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. VI - Recurso em Mandado de Segurança parcialmente provido.

(RMS 37.031/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 20/02/2018)

16. Portanto, pela superveniência da impossibilidade jurídica do pedido, as ações em andamento devem, de imediato, merecer julgamento de improcedência antecipada, quando versarem sobre fatos atípicos.

17. Nesse ponto, impende destacar que a doutrina majoritária entende que a impossibilidade jurídica do pedido não mais impõe a extinção do feito sem resolução do mérito, mas, do contrário, leva ao julgamento de improcedência da ação, o que deve ser avaliado cuidadosamente em cada processo.

18. A esse respeito FREDIE DIDIER ensina⁸:

⁸ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 365 e 366.

Primeiramente, não há mais menção "à possibilidade jurídica do pedido" como hipótese que leva a uma decisão de inadmissibilidade do pro cesso. Observe que não há mais menção a ela como hipótese de inépcia da petição inicial (art. 330, § 1o, CPC)⁵⁵; também não há menção a ela no inciso VI do art. 485 do CPC, que apenas se refere à legitimidade e ao interesse de agir⁵⁶; além disso, criam-se várias hipóteses de improcedência liminar do pedido, que poderiam ser consideradas, tranquilamente, como casos de impossibilidade jurídica de o pedido ser atendido.

(...)

Enfim:

a) o assunto "condição da ação" desaparece, tendo em vista a inexistência da única razão que o justificava: a consagração em texto legislativo dessa controvertida categoria;

b) a ausência de "possibilidade jurídica do pedido" passa a ser examinada como hipótese de improcedência liminar do pedido, no capítulo respectivo;

c) legitimidade ad causam e interesse de agir passam a ser estudados no capítulo sobre os pressupostos processuais. (grifei)

19. Também a jurisprudência vem assim se pronunciando:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RESCISÓRIA. PRESCRIÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. CINCO MAIS CINCO. MATÉRIA NÃO TANGENCIADA PELO ACÓRDÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RESCINDENDO. RESCISÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE. 1. A rescisória por violação de direito federal exige que a tese prestigiada no acórdão seja atacada de forma direta e específica. 2. Hipótese em que a rescisória, fundada em alegação de violação de literal dispositivo de lei, refere-se à questão diversa daquela que foi apreciada pelo acórdão rescindendo. Caso de absoluta assimetria entre o que julgou a Corte e o que alega o autor como causa de rescisão. É inviável pretender rescindir o que não declarou o acórdão, o que nele não se contém. 3. **No regime do CPC de 2015, em que as condições da ação não mais configuram categoria processual autônoma, diversa dos pressupostos processuais e do mérito, a possibilidade jurídica do pedido deixou de ser questão relativa à admissibilidade e passou a ser mérito.** Afirma a Exposição de motivos do Anteprojeto do Novo CPC que "a sentença que, à luz da lei revogada seria de carência da ação, à luz do Novo CPC é de improcedência e resolve definitivamente a controvérsia". 4. Nos termos do parágrafo único do art. 974 do CPC, a conversão em multa do depósito do art. 488, II, do CPC/1973 (atual 968, II) pressupõe ser a rescisória julgada improcedente ou inadmissível por unanimidade, razão pela qual a decisão quanto ao destino do depósito somente poderá ser tomada após a conclusão do julgamento. Ação rescisória julgada improcedente.

(STJ - AR: 3667 DF 2006/0236076-5, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento:

27/04/2016, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de
Publicação: DJe 23/05/2016)

APELAÇÃO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM – **IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO SUPERVENIENTE – JULGAMENTO DE MÉRITO – TERORIA DA CAUSA MADURA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.** Pleito da parte apelante em ser reconhecido em seu favor, por ser servidora pública municipal e pensionista, décimo quarto salário, abono salarial, cesta natalina, auxílio alimentação, auxílio saúde, prestações vencidas e vincendas e seus reflexos. Sentença que reconheceu a ilegitimidade passiva do Município de Paulínia, retificou o valor da causa para R\$ 140.402,55 e julgou extinto o feito, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, VI do CPC. VALOR DA CAUSA – Valor da causa que deve corresponder à expressão econômica da demanda – Artigo 292 do Código de Processo Civil – Autora que expressamente requereu a retificação do valor da causa para R\$ 140.402,55 – Sentença que apenas reconhece o valor da causa apresentado. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO – Caracterizada – Município que é parte ilegítima para figurar na demanda ante a existência de autarquia municipal – Legitimidade municipal que somente seria possível com comprovada ineficiência da PAULIPREV em honrar os compromissos – Responsabilidade subsidiária do Município – Inteligência do artigo 2º, § 1º da Lei nº 9.717/98. **MÉRITO – Possibilidade jurídica do pedido que é matéria de mérito à luz do Código de Processo Civil vigente** – Precedente do STJ no julgamento do REsp nº 1.157.123/SP – Necessidade de reforma da sentença que reconhece

a ocorrência superveniente de impossibilidade jurídica do pedido para que seja julgado o mérito da demanda.

TEORIA DA CAUSA MADURA – Aplicabilidade –

Controvérsia restrita à questão de direito – Aplicação do artigo 1.013, § 3º, inciso I do CPC – Prevalência dos princípios da razoável duração do processo e da economia processual. HONORÁRIOS

ADVOCATÍCIOS – Princípio da sucumbência – vencida a parte autora deve pagar honorários aos patronos dos réus nos termos do artigo 85, caput do CPC – Autora é quem deu causa a demanda ao propor a ação – Assunção dos riscos do processo que compõe os interesses dos litigantes, devendo suportar com os ônus e bônus da lide. Sentença reformada. Recurso da PAULIPREV parcialmente provido.

(TJ-SP - AC: 10011626320188260428 SP 1001162-63.2018.8.26.0428, Relator: Leonel Costa, Data de Julgamento: 07/07/2021, 8ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 08/07/2021) (grifei)

19. Finalmente, cabe o registro de que a Reforma da Lei de Improbidade foi decorrência de uma série de abusos no seu manejo. Tais desvios ocorreram por conta de uma distorção do princípio da independência funcional do Ministério Público, que deveria harmonizar-se constitucionalmente com o princípio da unidade institucional, mas na prática vem esmagando esse último princípio. Assim, como tive oportunidade de alertar, cada tipo sancionador transforma-se num fragmento autônomo à luz da independência dos membros da Instituição, através de peculiares interpretações a respeito de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Houve, em tal contexto, uma intolerável erosão da segurança jurídica em matéria de aplicação da Lei Geral de Improbidade Administrativa. O Legislador sentiu a necessidade de suprimir tipos sancionadores e eliminar, até mesmo, a improbidade culposa. Abusos ensejam reação de outros Poderes, não há dúvidas. O

Ministério Público precisa aperfeiçoar-se e repensar sua atuação, para atingir maiores padrões de eficiência, unidade e responsabilidade na busca de resultados.

Brasília, 29 de outubro de 2021.

FABIO MEDINA OSORIO

OAB/DF- 29786

OAB/RJ – 160107

OAB/RS – 64975

OAB/SP - 290720