



UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE
FACULDADE DE DIREITO

MAURÍCIO FRANK LADISLAU LEITE

**A proibição administrativa como um direito fundamental difuso e a (ir)retroatividade
da lei mais benéfica no direito administrativo sancionador**

Marabá-PA

2023

MAURÍCIO FRANK LADISLAU LEITE

A proibidade administrativa como um direito fundamental difuso e a (ir)retroatividade da lei mais benéfica no direito administrativo sancionador

Monografia jurídica apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará (Unifesspa).

Orientador: Prof. Me. José Júlio Gadelha

Marabá-PA

2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará
Biblioteca Setorial Josineide da Silva Tavares

L533p Leite, Maurício Frank Ladislau
A proibidade administrativa como um direito fundamental difuso e a (ir)retroatividade da lei mais benéfica no direito administrativo sancionador / Maurício Frank Ladislau Leite. — 2023.
62 f.

Orientador (a): José Júlio Gadelha.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Campus Universitário de Marabá, Instituto de Estudos em Direito e Sociedade, Faculdade de Direito, Curso de Bacharelado em Direito, Marabá, 2023.

1. Direitos fundamentais. 2. Direito administrativo. 3. Segurança jurídica. 4. Improbidade administrativa. 5. Leis – Retroatividade. I. Gadelha, José Júlio, orient. II. Título.

CDDir: 4. ed.: 341.27

Elaborado por Miriam Alves de Oliveira – CRB-2/583

AGRADECIMENTOS

Não são poucas as pessoas que me auxiliaram a chegar até aqui, de modo que é tarefa por demais hercúlea tentar enumerá-las nessas páginas, senão uma injustiça, pois os nomes certamente não caberiam neste limitado espaço. Escrever para agradecer toda a ajuda que tive nessa jornada certamente exigiria um livro específico.

A parte da maratona que agora chega ao fim não iniciou no ano de minha entrada na Faculdade de Direito da Unifesspa, mas sim muitos meses antes, fato esse que reforça a dificuldade de reunir todos os nomes nessa página. Sem dúvida, é uma boa e longa história para se guardar na memória.

Tenho comigo que quase ninguém é fundamental a todo tempo e em todo o lugar, mas há participações que, por mais efêmeras que sejam, fazem enorme diferença na trajetória de vida de quem é ajudado. Concluir a tarefa que agora se termina teria sido muito mais difícil, senão impossível, sem as ajudas que recebi.

A todos os que, de alguma forma, contribuíram nessa jornada, meu muito obrigado! Ao Victório, meu amigo de turma, agradeço pelo apoio dado dos primeiros aos últimos dias de aula na faculdade.

Especificamente nos últimos 5 (cinco) anos de graduação, tive a sorte de conhecer pessoas que fizeram enorme diferença para que chegássemos neste momento. Nesse sentido, menção especial merece ser feita aos professores voluntários, que deixaram de lado alguns de seus afazeres e obrigações pessoais para nos ajudar a superar desafios, até então, praticamente insolúveis, inclusive assumindo, durante o semestre, disciplinas previamente iniciadas.

Professor Francisco Villarins Pinto, Professor José Júlio Gadelha e Professor Davvy Lima da Silva, obrigado por terem aceitado o convite, assumido o desafio sem exigir nada em troca e realizado a tarefa com absoluta e, por todos, reconhecida excelência. Todos os outros professores foram importantes, mas a participação de vocês foi diferenciada, merecedora de destaque.

Meu muito obrigado!

RESUMO

A adequada compreensão dos institutos jurídicos permite a correta aplicação da lei e a realização de justiça, com potencial de evitar distorções jurídicas eventualmente prejudiciais aos direitos dos cidadãos. Nesse sentido, o claro entendimento do que se deve compreender como improbidade administrativa ganha especial relevância na tarefa de preservação da segurança jurídica, dos interesses dos administrados e da confiança legítima da sociedade em geral depositada nos atos do poder público. O sistema de responsabilização por ato de improbidade administrativa, agora expresso e formalmente incluído no campo do direito administrativo sancionador em razão da reforma legislativa realizada na Lei nº 8.429/92 pela Lei nº 14.230/21, reanimou o debate jurídico sobre a incidência de princípios penais na seara do direito administrativo sancionador. Em razão da origem constitucional comum, inegavelmente devem haver pontos de intersecção, posto serem integrantes do denominado direito público punitivo. Especial relevância assume a possibilidade de aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benéfica (art. 5º, XL, CF) no campo do direito administrativo sancionador, a qual deve ser admitida. Contudo, a transposição de princípios penais para o direito administrativo sancionador não pode ser feita de maneira total, automática e desmedida, haja vista o dever de preservação da estabilidade das relações constituídas na vigência de norma anterior.

Palavras-chave: direitos fundamentais; máxima efetividade; segurança jurídica; confiança legítima; improbidade; direito administrativo sancionador; retroatividade; Lei nº 14.230/21.

ABSTRACT

A proper understanding of legal institutions allows the correct application of the law and the realization of justice, with the potential to avoid legal distortions that may be harmful to citizens' rights. In this sense, a clear understanding of what is meant by administrative impropriety gains special relevance in the task of preserving legal certainty, the interests of those administered and the legitimate trust of society in general placed in the acts of public power. The system of accountability for acts of administrative impropriety, now expressly and formally included in the field of sanctioning administrative law due to the legislative reform carried out in Law No. 8,429/92 by Law No. in the area of sanctioning administrative law. Due to their common constitutional origin, there must undeniably be a communication, since they are part of the so-called punitive public law. Special relevance assumes the possibility of applying the principle of retroactivity of the most beneficial law (art. 5, XL, CF) in the field of sanctioning administrative law, which must be accepted. However, the transposition of criminal principles to the sanctioning administrative law cannot be done in a total, automatic and excessive manner, given the duty to preserve the stability of the relationships constituted in the validity of a previous rule.

Keywords: fundamental rights; maximum effectiveness; legal security; legitimate trust; impropriety; sanctioning administrative law; retroactivity; Law No. 14.230/21.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AC – Acórdão LINDB – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGU – Advocacia-Geral da União
AIA – Ação de Improbidade Administrativa
Art. – Artigo
CC – Código Civil
CF – Constituição Federal de 1988
CPC - Código de Processo Civil
CP – Código Penal
EC – Emenda Constitucional
LIA – Lei de Improbidade Administrativa
MC – Medida Cautelar
Min. – Ministro
RE – Recurso Extraordinário
REsp – Recurso Especial
RMS – Recurso em Mandado de Segurança
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 8 |
| 1 O CONCEITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA | 10 |
| 1.1 A proteção constitucional da probidade administrativa | 14 |
| 1.2 A probidade administrativa como um direito fundamental difuso | 16 |
| 1.3 O microssistema de proteção da probidade administrativa | 22 |
| 2 O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E SUA APLICABILIDADE AO SISTEMA DE PROTEÇÃO DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA | 26 |
| 2.1 Convergências e distinções entre o direito administrativo sancionador e o direito penal | 29 |
| 2.2 A (in)aplicabilidade dos princípios de direito penal ao direito administrativo sancionador | 34 |
| 3 A (IR)RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR | 38 |
| 3.1 A tese jurídica firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento tema 1.199 da Repercussão Geral | 47 |
| 3.2 O parecer normativo da Advocacia-Geral da União acerca da (ir)retroatividade das alterações normativas promovidas na Lei de Improbidade Administrativa pela Lei nº 14.230/2021 | 53 |
| CONCLUSÃO | 59 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 61 |

INTRODUÇÃO

A evolução histórica dos direitos humanos/fundamentais é marcada por desafios e acontecimentos relativamente bem conhecidos na história da humanidade. Entender a história contribui para a valorização das conquistas já consagradas e favorece a formação de pensamento crítico necessário à exigência de garantias e o reconhecimento de direitos.

O infindável avanço na compreensão das múltiplas facetas que envolvem a complexidade humana e a sociedade de um modo geral permitiu o debate sobre a (im)possibilidade de reconhecimento da probidade da administrativa como um direito fundamental difuso de terceira dimensão, conforme abordagem adiante realizada.

Grande progresso histórico ocorreu a partir da positivação de direitos, inclusive os fundamentais, em documentos formais dotados de generalidade e abstração, de modo que, a partir de então, as disposições escritas puderam ser exigidas de todos os atores sociais, na forma prevista em lei ou normativo que o valha.

Ocorre que a lei, a partir do momento de sua edição, fica sujeita a modificações de seu conteúdo, seja pela revogação de alguns dispositivos legais ou mesmo a inclusão de novos. Desse fenômeno nasce a relevante preocupação com os efeitos das relações jurídicas nascidas e/ou consolidadas na vigência de normativo anterior.

É bastante antigo o debate no meio jurídico relativamente aos efeitos das leis no tempo, isto é, sobre os impactos de nova legislação sobre a norma antes (in)existente. Essa temática é constantemente renovada sempre que uma lei nova modifica ou revoga lei anterior, especialmente quando a lei superveniente não estabelece um regime de transição.

No ano de 2021 a Lei nº 14.230 realizou significativas modificações no sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa, regido pela Lei nº 8.429/92, de modo a deixar expressa a aplicação dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador ao sistema da improbidade.

A novidade legislativa reanimou discussão já existente na doutrina e jurisprudência nacional sobre a (im)possível incidência de princípios oriundos do direito penal ao direito administrativo sancionador, particularmente no que diz respeito à (ir)retroatividade da lei mais benéfica.

Dessa forma, o problema deste trabalho consiste em analisar a modificação feita na Lei nº 8.429/92 pela Lei nº 14.230/21, especialmente no que diz respeito a eventual

retroatividade de suas disposições, à luz dos princípios da retroatividade da lei mais benéfica, do devido processo legal, da segurança jurídica e da confiança legítima.

Análise essa adiante realizada a partir das disposições constitucionais e infraconstitucionais existentes, bem como de alguns dos relevantes trabalhos doutrinários existentes no Brasil sobre a temática, sem prejuízo de visitação à jurisprudência, notadamente do STJ e STF. Assim, resta saber: a probidade é um direito fundamental difuso? O novo regramento estabelecido pela Lei nº 14.230/21 pode ser aplicado retroativamente?

Nesses termos, a hipótese é que a reforma pode ser aplicada de forma parcialmente retroativa, posto haver prévia doutrina e jurisprudência superior, embora não vinculante, a respeito do adequado tratamento da aplicação da lei na atividade punitiva estatal como um todo considerada, incluída a responsabilização penal e a administrativa sancionadora.

Assim, o objetivo geral deste trabalho é analisar eventual fundamentalidade do direito à probidade administrativa à luz das disposições constitucionais existentes, bem como a sistemática de retroação das leis para, ao final, comparar o resultado obtido com a jurisprudência atualmente vinculante sobre a (ir)retroatividade da Lei nº 14.230/21.

A metodologia utilizada foi a tradicional pesquisa bibliográfica na literatura jurídica nacional, assim como a análise da jurisprudência dos tribunais superiores, fundamentalmente dos tribunais de superposição, quais sejam, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, sem deixar de lado a legislação correspondente.

Desse modo, a pesquisa se justifica por se tratar de direitos potencialmente fundamentais das pessoas acusadas e/ou efetivamente punidas em razão da prática de atos de improbidade administrativa e a sistemática de aplicação das leis no tempo, com potencial repercussão e influência no âmbito dos princípios da segurança jurídica, da estabilidade das relações sociais e da confiança legítima da sociedade na atividade do poder público.

O presente trabalho acadêmico está organizado em três capítulos, onde se analisará no primeiro o conceito de improbidade administrativa. Em seguida, analisa-se o direito administrativo sancionador e sua aplicabilidade ao sistema de proteção da probidade administrativa. Por fim, aborda-se a temática da (ir)retroatividade da lei mais benéfica no direito administrativo sancionador.

1 O CONCEITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Estabelecer um conceito de improbidade administrativa é tarefa árdua, mormente porque a lei de regência¹ é silente neste aspecto. Não obstante a ausência de conceituação legislativa específica, a doutrina e a jurisprudência pátrias não relutam ao enfrentamento do tema e, mediante exercício interpretativo das disposições legais e constitucionais sobre o tema, encarregaram-se de delimitar os contornos essenciais de uma definição possível.

Questão de relevância ímpar antes de adentrar ao conceito de improbidade é fazer a prévia e necessária distinção entre os conceitos de moralidade, ilegalidade e irregularidade administrativa, a fim de se evitar a indesejável e comumente² verificada má distinção conceitual, ou mesmo confusão, com a definição do que seja um ato de improbidade administrativa.

No que diz respeito à moralidade administrativa do Estado, Ricardo Lobo Torres faz importante resgate histórico sobre o tema e leciona que:

A noção de moralidade administrativa desenvolveu-se a partir dos estudos de *M. Hauriou*, que vislumbrou a possibilidade de a Administração exercer um controle de atos ‘em nome da moral pública, mais que em nome do direito, e que, em consequência, vá mais longe que o direito, mais longe que a legalidade (notadamente na teoria do desvio de poder)’ e que definiu a moralidade administrativa como o ‘conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração’.³

Vê-se, assim, que a preocupação com o correto tratamento dos fenômenos administrativos não é preocupação surgida nos dias atuais, tendo sido objeto de preocupação e estudo nos idos anos dos séculos XIX e XX, tendo como precursor um dos principais nomes do direito administrativo francês, o sociólogo e jurista *Maurice Hauriou*.

Evidentemente, com o passar dos anos, a ideia foi moldada e aperfeiçoada até ganhar os contornos atualmente difundidos. Contornos esses, reconheça-se, que não se distinguem substancialmente da formulação original.

¹ BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras

² A respeito da distinção jurídica entre existente entre os conceitos de ilegalidade e improbidade, a jurisprudência do STJ é firme e vastíssima sobre o tema, podendo aqui serem citados, também, os seguintes precedentes: BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AIA nº 30/AM, relator Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 21/9/2011, DJe de 28/9/2011; REsp. 1.103.633/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 03.08.2010; EDcl no REsp. 1.322.353/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 11.12.2012; REsp. 1.075.882/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 12.11.2010; REsp. 414.697/RO, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 16.09.2010; REsp. 1.036.229/PR, Rel. Min. Denise Arruda, DJe 02.02.2010.

³ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: valores e princípios constitucionais tributários**. 2º ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 18.

Nessa perspectiva e na mesma linha de raciocínio, Hely Lopes Meirelles adverte que “cumprir simplesmente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito.”⁴

Dessa forma, deve-se entender a moralidade administrativa como um mandamento ético-jurídico que exige a honestidade e a boa-fé de conduta do agente público no trato e desempenho das atribuições que lhe são outorgadas quando de sua investidura.

Por se tratar de um conceito aberto e indeterminado, com potencial efeito de gerar as mais variadas interpretações possíveis, a doutrina faz distinção entre o que se entende por “moralidade administrativa” e “moralidade social”. Matheus Carvalho esclarece que

A ‘moralidade social’ procura fazer uma distinção entre o bem e o mal, o certo e o errado no senso comum da sociedade; já a ‘moralidade administrativa’ está ligada sempre ao conceito de bom administrador, de atuação que vise alcançar o bem-estar de toda a coletividade e dos cidadãos aos quais a conduta se dirige.⁵

Dessa forma, o estudioso e aplicador do direito deve manter-se sempre atento à diferenciação ora esposada, a fim de velar pela correta e justa aplicação do direito, bem como evitar consequências desnecessárias e potencialmente danosas aos direitos dos administrados, a desaguar nos tribunais, elevando a carga de processos e prejudicando a celeridade processual por todos desejada.

Quanto à ilegalidade, o art. 2º, parágrafo único, “c”, da lei de ação popular, conceito emprestado ao direito administrativo, estabelece que “a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo”.⁶

Conforme leciona a autorizada doutrina de Hely Lopes Meirelles, “Na administração pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.”⁷

Tem-se, nos termos da lição acima transcrita, o que a doutrina convencionou denominar de princípio da não contradição à lei. Assim, a *contrario sensu*, pode-se afirmar

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª Edição. Atualizada por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. Malheiros Editores. São Paulo, 2013. p. 91.

⁵ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 8º ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2021. p. 73.

⁶ BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm>. Acesso em: 26/12/2022.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª Edição. Atualizada por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. Malheiros Editores. São Paulo, 2013. p. 91.

que a ilegalidade é a contradição à lei. É a atuação em desconformidade com os ditames legalmente estabelecidos.

A irregularidade administrativa, por sua vez, é entendida como a simples má gestão ou falta de habilidade do agente público no trato de questões inerentes à atuação administrativa na função ou cargo público que ocupa⁸.

Importante salientar que, ao se fazer as distinções ora realizadas, não se quer dizer que as condutas irregulares ou mesmo as imorais devem ser toleradas pela Administração Pública⁹. Pelo contrário, são vícios que a administração tem o poder-dever de agir para corrigi-los, fazendo uso do da autotutela administrativa,¹⁰ sem prejuízo da atuação dos órgãos de controle externo, inclusive por meio de ações judiciais próprias, tais como o mandado de segurança¹¹, a ação popular¹² e a ação civil pública¹³. O que ora se afirma é que tais atos não autorizam a responsabilização por ato de improbidade, porquanto as penalidades cominadas à prática de atos ímprobos são diferenciadas e requerem tratamento próprio e específico.

Internalizados os esclarecimentos anteriores, passa-se agora ao conceito de improbidade administrativa. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), amparada nas lições doutrinárias existentes sobre o tema, manifestou-se nos seguintes termos, conforme se verifica no trecho da ementa do julgado a seguir reproduzido:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

⁸ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no REsp. nº 1.245.622/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 16/6/2011, DJe 24/6/2011.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 1240.

¹⁰ “Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.” BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 3/1/2023.

No mesmo sentido é o enunciado da súmula nº 346 do Supremo Tribunal Federal: “A administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos” e o enunciado nº 473: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

¹¹ BRASIL. **Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12016.htm>. Acesso em: 3/1/2023.

¹² BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de julho de 1965**. Regula a ação popular. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/4717.htm>. Acesso em: 3/1/2023.

¹³ BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 3/1/2023.

(...) a **improbidade** é uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando com desonestidade, malícia, **dolo** ou culpa grave.¹⁴ (grifos do autor)

Nesse ponto, revela-se oportuno e relevante fazer uma breve consideração às palavras finais do excerto acima colacionado, especificamente quando alude à atuação culposa, mormente em razão da alteração legislativa superveniente operada pela Lei nº 14.230/21 na Lei nº 8.429/92.

A Lei nº 14.230/21 realizou profundas alterações na LIA e, especificamente no que tange ao esclarecimento a ser feito quanto à redação adotada pelo julgado acima reproduzido, eliminou a possibilidade de atos de improbidade serem cometidos mediante a prática de ato culposo, sendo atualmente a conduta dolosa considerada elementar para a tipificação do ato ímprobo¹⁵.

Na esteira das lições doutrinárias e jurisprudenciais já referenciadas, a Lei nº 14.230/21 buscou estabelecer critério na tentativa de afastar as errôneas, mas comumente adotadas, interpretações que confundem a simples ilegalidade com os atos de improbidade e incluiu na Lei nº 8.429/92 o art. 17-C, cujo § 1º assevera que “a ilegalidade sem a presença de dolo que a qualifique não configura ato de improbidade.”

Marçal Justen Filho, em comentários ao dispositivo ora transcrito, explica que “a exigência do dolo como elemento subjetivo da improbidade reflete o reconhecimento da distinção entre ilegalidade e improbidade.”¹⁶

Conforme lição do então Ministro do STJ, Luiz Fux, atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal, “a má-fé torna-se premissa do ato ilegal e ímprobo: a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica ferir os princípios constitucionais da Administração Pública e se somar à má intenção do administrador.”¹⁷

¹⁴ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp. nº 1.193.248/MG. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 24/4/2014, DJe 18/8/2014.

¹⁵ “Art. 1º, § 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.” BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 3/1/2023.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022. p. 26.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 909.446/RN. Rel. Ministro. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 6/4/2010, DJe 22/4/2010.

Por tais considerações, no dizer de Helly Lopes Meirelles, “a administração legítima só é aquela que se reveste de legalidade e probidade administrativas, no sentido de que tanto atende às exigências da lei como se conforma com os preceitos da instituição pública.”¹⁸

Marçal Justen Filho apresenta o seguinte conceito de improbidade administrativa, o qual se adota e servirá de parâmetro para este trabalho acadêmico:

A improbidade administrativa consiste na ação ou omissão, no exercício da função pública, caracterizada por danosidade ou reprovabilidade extraordinárias, que acarreta a imposição de sanções civis, administrativas, penais e políticas, de modo cumulativo ou não, tal como definido em lei.¹⁹

Não obstante a existência de definições outras, inexistência unicidade sobre o tema, o conceito acima apresentado é o que melhor traduz as disposições da lei de improbidade, notadamente por explorar a natureza complexa das sanções, a abarcar sanções civis, penais e políticas. Esse destaque é essencial para o adequado tratamento dos atos tipificados na LIA, conforme explorado nos tópicos e capítulos seguintes deste trabalho.

1.1 A proteção constitucional da probidade administrativa

Marçal Justen Filho ensina que “A disciplina da improbidade tem a sua origem na Constituição.”²⁰ A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) manifesta em seus termos distinta importância atribuída pelo poder constituinte originário no que diz respeito à atuação do agente público no trato da coisa pública. Nesses termos, deve o agente ser guiado por uma atuação ética, proba e conforme a legalidade.

Em diversos títulos e partes a Carta Brasileira faz menção ao dever de probidade. Na maioria das abordagens o faz de modo indireto; numa principal, de forma específica e direta, sendo esta última a mais comumente explorada pela doutrina administrativista.

Exemplifica-se, como menções indiretas, o art. 14, § 9º²¹; o art. 15, V²²; o art. 85, V²³; o art. 105, § 3º, II²⁴, todos da parte dogmática da CF/88 e os arts. 97, § 10, III²⁵; art. 101, § 3º²⁶ e 104, II²⁷, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª Edição. Atualizada por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burtle Filho. Malheiros Editores. São Paulo, 2013. p. 93.

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13º. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 1219.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022. p. 12.

²¹ “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (...) § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de

O principal e específico normativo constitucional sobre improbidade administrativa está disciplinado no art. 37, § 4º, da CF/88, reproduzido nos seguintes termos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3/1/2023.

²² “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...) V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3/1/2023.

²³ “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...) V - a probidade na administração.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3/1/2023.

²⁴ “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) § 3º Haverá a relevância de que trata o § 2º deste artigo nos seguintes casos: (...) II - ações de improbidade administrativa.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3/1/2023.

²⁵ “Art. 97. Até que seja editada a lei complementar de que trata o § 15 do art. 100 da Constituição Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, na data de publicação desta Emenda Constitucional, estejam em mora na quitação de precatórios vencidos, relativos às suas administrações direta e indireta, inclusive os emitidos durante o período de vigência do regime especial instituído por este artigo, farão esses pagamentos de acordo com as normas a seguir estabelecidas, sendo inaplicável o disposto no art. 100 desta Constituição Federal, exceto em seus §§ 2º, 3º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14, e sem prejuízo dos acordos de juízos conciliatórios já formalizados na data de promulgação desta Emenda Constitucional. (...) § 10. No caso de não liberação tempestiva dos recursos de que tratam o inciso II do § 1º e os §§ 2º e 6º deste artigo: (...) III - o chefe do Poder Executivo responderá na forma da legislação de responsabilidade fiscal e de improbidade administrativa.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3/1/2023.

²⁶ “Art. 101. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, em 25 de março de 2015, se encontravam em mora no pagamento de seus precatórios quitarão, até 31 de dezembro de 2029, seus débitos vencidos e os que vencerão dentro desse período, atualizados pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), ou por outro índice que venha a substituí-lo, depositando mensalmente em conta especial do Tribunal de Justiça local, sob única e exclusiva administração deste, 1/12 (um doze avos) do valor calculado percentualmente sobre suas receitas correntes líquidas apuradas no segundo mês anterior ao mês de pagamento, em percentual suficiente para a quitação de seus débitos e, ainda que variável, nunca inferior, em cada exercício, ao percentual praticado na data da entrada em vigor do regime especial a que se refere este artigo, em conformidade com plano de pagamento a ser anualmente apresentado ao Tribunal de Justiça local. (...) § 3º Os recursos adicionais previstos nos incisos I, II e IV do § 2º deste artigo serão transferidos diretamente pela instituição financeira depositária para a conta especial referida no caput deste artigo, sob única e exclusiva administração do Tribunal de Justiça local, e essa transferência deverá ser realizada em até sessenta dias contados a partir da entrada em vigor deste parágrafo, sob pena de responsabilização pessoal do dirigente da instituição financeira por improbidade.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3/1/2023.

²⁷ “Art. 104. Se os recursos referidos no art. 101 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para o pagamento de precatórios não forem tempestivamente liberados, no todo ou em parte: (...) II - o chefe do Poder Executivo do ente federado inadimplente responderá, na forma da legislação de responsabilidade fiscal e de improbidade administrativa.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3/1/2023.

(...)

§4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.²⁸ (grifos nossos)

Nota-se, portanto, que o constituinte estabeleceu previsão diferenciada para a responsabilização por ato de improbidade administrativa, sujeitando o agente ímprobo a cumulativas sanções civis e administrativas, sem prejuízo de eventual ação penal cabível na situação concreta. Nota-se, ainda, penalidades de caráter político e punitivo, estas mais ligadas ao direito penal.

Dada a superioridade hierárquico-normativa e o caráter irradiante de que goza a Lei Fundamental, o fato de o texto constitucional fazer menção à probidade administrativa em diversas de suas passagens dá mostras da relevância atribuída pelo legislador constituinte aos valores ligados à legalidade, à boa atuação, à lealdade e à boa-fé do agente para com a coisa pública e no trato de interesses públicos.

Destaca-se que o mencionado art. 37, §4º da Constituição Federal é norma constitucional de eficácia limitada, necessitando, portanto, de ulterior regulamentação para que seja possível a sua aplicabilidade.

Em obediência ao ditame maior, o legislador ordinário federal editou a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a qual dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o comando constitucional ora referenciado.

Portanto, a proteção da probidade administrativa é muito mais que um simples anseio constitucional. Mais do que mera norma programática. Trata-se de verdadeira imposição constitucionalmente adequada a tutelar a o interesse público primário.

A regulamentação do dispositivo constitucional acima mencionado, além de tipificar as condutas consideradas ímprobas, estabelece o procedimento de responsabilização de agentes públicos e eventuais particulares em concurso com agentes públicos, com vistas à proteção do bem jurídico-administrativo denominado probidade administrativa. Buscou-se, assim, dar aplicação ao comando constitucional.

1.2 A probidade administrativa como um direito fundamental difuso

²⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25/12/2022.

Direito fundamental é expressão comumente utilizada para denominar ou qualificar as conquistas de liberdades individuais e coletivas da humanidade ao longo da história evolutiva de sua existência, sendo certo que tais direitos ainda estão em constante evolução. Constituem-se em núcleo essencial de proteção à tutela do bem-estar e viver do cidadão, de modo a garantir uma vida digna a toda e qualquer pessoa.

É lugar-comum na doutrina especializada a afirmativa de que os direitos não são criados, mas sim reconhecidos. Assim, o direito humano é inato ao ser humano. A positivação de direitos é ato meramente formal de caráter declaratório (afirma direitos previamente existentes), sendo importante, sim, sem dúvida, para a consolidação dos direitos humanos, mas, repita-se, é ato declaratório, desprovido de caráter constitutivo (ato que cria o direito).

Adota-se em algumas passagens deste trabalho o uso da expressão “direito humano” no lugar de “direito fundamental”, esta utilizada no título deste tópico desta monografia e no próprio título geral deste trabalho, sem prejuízo da continuidade lógico-argumentativa do texto, eis que a diferenciação existente entre esses termos somente diz respeito ao âmbito espacial de abrangência.²⁹

Flávia Piovesan, ao dissertar sobre os desafios e perspectivas contemporâneos dos direitos humanos, afirma o seguinte: “Diz Bobbio que os direitos humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas. Para Hannah Arendt os direitos humanos não são um dado, mas sim um construído, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução.”³⁰ Reafirme-se, assim, que os direitos humanos e fundamentais são aperfeiçoados ao longo da cronologia histórica.

Largamente explorado na doutrina e característica marcante dos direitos humanos é a inexauribilidade, entendida como a não taxatividade dos direitos reconhecidos em dado momento histórico, posto que, conforme as evoluções e revoluções sociais acontecem, novos direitos tendem a ser reconhecidos, sem prejuízo dos anteriormente consolidados. Assim, os direitos não podem ser considerados como um todo pronto e acabado.

²⁹ “As expressões ‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’ são, frequentemente, utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos humanos são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista), direitos fundamentais são os direitos humanos, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos humanos arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 391.

³⁰ PIOVESAN, Flávia. **DIREITOS HUMANOS: DESAFIOS E PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS**. Rev. TST, Brasília, vol. 75, no 1, jan/mar 2009. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/6566/010_piovesan.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022.

É possível afirmar que a própria Constituição da República Federativa do Brasil consagra essa vertente teórica, eis que o § 2º do art. 5º consagra a seguinte redação: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

A propósito, a Constituição Federal de 1988, de forma inovadora na história constitucional brasileira, destinou um título autônomo de seu texto para tratar especificamente sobre os direitos e garantias fundamentais. O mencionado título é organizado em cinco capítulos, sendo cada um destinado ao tratamento de uma espécie de direito fundamental, quais sejam: direitos e deveres individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e partidos políticos.

Diante dessa forma de organização topográfica do texto constitucional, muito se teorizou e discutiu sobre se os direitos e garantias fundamentais eram unicamente os consagrados nessa parte específica da Constituição ou se seria possível considerar um direito como fundamental se ele estivesse em parte outra da Lei das Leis³¹.

Superada a fase de discussão, entende a doutrina atual e majoritária que não se pode limitar os direitos fundamentais a uma opção constituinte de organização topográfica ou estrutural dos dispositivos constitucionais. A doutrina afirma que o elemento-chave a ser observado para que se possa entender um direito como fundamental é a sua fundamentalidade material.

O aspecto material dos direitos fundamentais reclama uma percepção não estanque de tais direitos, de modo a se adaptar às novas realidades e desafios da modernidade líquida³², à medida que a evolução social, inevitavelmente, se apresenta.

A noção material é identificada como necessária à proteção de valores ligados à vida, à liberdade, à segurança, igualdade e dignidade humana, direitos esses sem os quais o ser humano não se realiza em sua plenitude.

Nesse ponto, é importante destacar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de reconhecer que os direitos fundamentais não se restringem àqueles catalogados em título específico da Constituição Federal.

³¹ Expressão cunhada pelo ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto, no julgamento da ADPF nº 130/DF, em referência à Constituição Federal de 1988.

³² Expressão utilizada por Bauman para designar a nova era em que as relações sociais caracterizam-se pela marcante e intensa permeabilidade e possibilidade de mudanças tal como a água em estado líquido da matéria em si considerada. BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2010.

Paulo Gustavo Gonet Branco, em resgate a precedentes do STF, assim leciona:

Do acervo de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal colhem-se precedentes em que a conceituação material do direito fundamental mostrava-se relevante para a solução de ação direta de inconstitucionalidade. Na ADI-MC 939, o Supremo entendeu que o princípio da anterioridade, ligado ao poder de tributar, embora constando em lugar outro que o catálogo do art. 5º da Constituição, consubstancia um direito fundamental (uma garantia individual), sendo, por isso, uma cláusula pétrea – conclusão decisiva para a declaração de inconstitucionalidade de emenda à Constituição que excepcionava esse princípio no caso do Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira.

No precedente, o STF não chegou a se ocupar de definir um conceito material de direito fundamental, mas se referiu ao critério histórico – louvando-se na tradição de se considerar o princípio da anterioridade como direito fundamental – e aludiu à circunstância de o princípio vincular-se a outro, de inuidosa fundamentalidade, relativo à segurança jurídica. A proximidade com a ideia de segurança jurídica também exerceu papel decisivo para que o STF visse na norma que disciplina aplicação de leis eleitorais no tempo uma cláusula pétrea, motivando uma interpretação conforme a Constituição da Emenda Constitucional n. 52/2006.

Os julgados deixam ver que o STF é sensível à identificação de normas de direito fundamental fora do catálogo específico, a partir do exame da existência de um especial vínculo – que pode ser evidenciado por considerações de ordem histórica – do bem jurídico protegido com algum dos valores essenciais ao resguardo da dignidade humana enumerados no *caput* do art. 5º da Carta (vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade).³³

Dessa forma, pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988 consagra direitos e garantias fundamentais implícitos, prontos para serem reconhecidos conforme os anseios sociais, políticos, culturais e históricos os exigirem.

Consequência direta e imediata do reconhecimento da fundamentalidade de direitos é a limitação à atividade do poder constituinte derivado reformador que tenda a aboli-los, posto ser um limite material consagrador de cláusula pétrea expressamente previsto no art. 60, § 4º, IV, da Constituição de 1988.

Por oportuno, reitere-se, nesse ponto, que os direitos fundamentais são conquistas de liberdades individuais e coletivas da humanidade ao longo da história de sua existência e que ainda estão em constante evolução.

De modo a sistematizar e tornar mais didático o entendimento a respeito do percurso evolutivo dos direitos fundamentais ao longo da história, a doutrina costuma organizá-los em categorias, sendo bastante difundida a que os organiza em gerações/dimensões, entendida como uma ordem cronológica da afirmação histórica de tais direitos.

Como destaca o Celso de Mello, citado por Alexandre de Moraes, em passagem de voto exarado no exercício do cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal:

³³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 139-140.

(...) enquanto os *direitos de primeira geração* (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os *direitos de segunda geração* (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os *direitos de terceira geração*, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.³⁴

Assim, tendo em consideração tais definições, vê-se que o conteúdo dos direitos fundamentais de terceira dimensão são essencialmente consagradores de direitos difusos, entendidos como “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.”³⁵

Os direitos transindividuais são “caracterizados por se situarem em domínio jurídico, não de uma pessoa ou de pessoas determinadas, mas sim de uma coletividade.”³⁶ Alexandre de Moraes classifica os direitos difusos como direitos fundamentais de terceira dimensão.³⁷

Em publicação de artigo acadêmico, Alan Faria Andrade Silva e Regina Vera Villas Bôas assim definem sobre o conceito de direitos difusos:

Os Direitos Difusos são aqueles em que há ausência de vínculo associativo, tendo em vista o bem protegido é difuso ou diluído - de difícil identificação de titularidade individual, mas sim coletiva-, porque possui alcance abstrato de pessoas, com potencial abrangência conflituosa e ocorrência de lesões disseminadas em massa.³⁸

Ainda sobre a definição, Hugo Nigro Mazzilli afirma que os direitos difusos “São como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontrem unidas por circunstâncias de fato conexas.”³⁹

Teori Albino Zavascki, em sua tese de doutoramento, faz a seguinte abordagem:

³⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª Edição. Editora Atlas Jurídico. São Paulo, 2008. p. 31.

³⁵ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Art. 81, parágrafo único, “I”. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 26 dez. 2022.

³⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. p. 23. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS, 2005 Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf>>. Acesso em: 4/1/2023.

³⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª Edição. Editora Atlas Jurídico. São Paulo, 2008. p. 32.

³⁸ ANDRADE SILVA, Alan Faria; VILLAS BÔAS, Regina Vera. **Direitos transindividuais e direitos humanos – suas conexões para proteção da pessoa humana**. Revista Pensamento Jurídico – São Paulo – Vol. 14, Nº 1, jan./jul. 2020. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produto_s/bibli_informativo/bibli_inf_2006/RPensam-Jur_v.14_n.1.02.pdf>. Acesso em: 27/12/2022.

³⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 55.

O adequado funcionamento das instituições é condição essencial ao Estado Democrático de Direito. À democracia (= governo do povo e para o povo) não basta um estatuto jurídico que organize o Estado e que distribua, entre seus vários organismos, as competências para o exercício do poder. A Constituição é apenas a face formal do Estado democrático. A democracia verdadeira é a democracia vivenciada, a que se realiza na prática, a que decorre do desempenho eficiente das funções estatais em busca dos grandes objetivos da República: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades, a promoção do bem de todos (CF, art. 3º). E entre os vários pressupostos para que isso ocorra, um deles é certamente a existência de um governo probo, que zele pelo patrimônio público (res publica) e que adote, em suas práticas, os princípios da boa administração: legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37). **O direito a um governo honesto, eficiente e zeloso pelas coisas públicas, tem, nesse sentido, natureza transindividual: decorrendo, como decorre, do Estado Democrático, ele não pertence a ninguém individualmente; seu titular é o povo, em nome e em benefício de quem o poder deve ser exercido.**⁴⁰ (grifos nossos)

Zavascki colaciona em sua tese o ensinamento de J. J. Calmon de Passos e define, de forma genérica, interesse público como “o interesse social cuja tutela, no âmbito de um determinado ordenamento jurídico, é julgada como oportuna para o progresso material e moral da sociedade a cujo ordenamento jurídico corresponde.”⁴¹

A proteção da probidade administrativa é temática de inegável interesse público. Marçal Justen Filho, ao tratar da relevância social da sanção decorrente da prática de atos de improbidade administrativa, leciona que:

(...) a repressão à improbidade administrativa envolve a proteção de interesses públicos e coletivos. A ação judicial pertinente é um instrumento relevante para prevenir abusos e desvios e para reprimir os agentes públicos e privados que infringjam deveres inerentes ao exercício da função pública.⁴²

O próprio Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, afirmou categoricamente o seguinte: “A probidade administrativa é consectário da moralidade administrativa, anseio popular e, a fortiori, difuso.”⁴³

Do que foi visto e, partindo do pressuposto de que os direitos fundamentais não devem ser observados sob uma ótica unicamente individualista, tem-se que a probidade

⁴⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. p. 90-91. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS, 2005. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf>>. Acesso em: 4/1/2023.

⁴¹ *Ibid.*, p. 40.

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021**. 1º. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022. p. 186-187.

⁴³ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp. nº 510.150/MA. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17/2/2004, DJe 29/3/2004.

administrativa deve ser considerada e é efetivamente um direito fundamental difuso⁴⁴, eis que é um direito da coletividade, de titularidade múltipla, não individualizado e indeterminado.

1.3 O microsistema de proteção da probidade administrativa

No ano de 2021, a lei de improbidade administrativa sofreu profundas mudanças, tendo sido dada nova redação a vários dispositivos nela contidos, bem como inseridos novas disposições. Entre as mudanças, a própria lei passa a reconhecer a existência de verdadeiro sistema de tutela da probidade administrativa, em consonância com as orientações doutrinárias e jurisprudenciais já existentes sobre o tema. O *caput* do artigo inaugural da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Lei nº 14.230/21 tem a seguinte redação:

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. (grifos nossos)

Esse reconhecimento legislativo infraconstitucional foi tardiamente positivado na lei, posto que a existência do microsistema de proteção da probidade administrativa encontra guarida na Constituição Federal, razão pela qual essa previsão, agora expressa, deveria ter sido positivada na redação originária da lei de improbidade, de 2 de julho de 1992.

O comando constitucional referido é o artigo 37, §4º, que estabelece tratamento autônomo no que diz respeito à responsabilização por atos de improbidade administrativa, sem prejuízo das demais formas de responsabilização nele previstas. A redação atual é a seguinte:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 4º **Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o**

⁴⁴ “Desse modo, a definição da probidade administrativa como um direito fundamental difuso, além de permitir sua inclusão em todo o microsistema processual coletivo para a finalidade de observância obrigatória no ambiente administrativo e o exercício do controle preventivo ou repressivo da Administração Pública, ainda impede que o poder constituinte reformador venha a impor mudanças tendentes à sua eliminação ou mesmo à redução de seu escudo protetivo, tornando-se, assim, um tema que desborda apenas do intuito acadêmico.” REMEDIO, J. A., & LOPES, T. H. T. (2019). **A PROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL DIFUSO**. *Revista Paradigma*, 28(2), 154–176. Recuperado de <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1414>. Acesso em 2/3/2023.

ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (grifos nossos)

Nesse dispositivo a jurisprudência e a doutrina já reconheciam a existência de um sistema de sistema de responsabilização específico, diverso da responsabilidade civil, penal, política ou outra de qualquer ordem.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de caso apreciado antes da reforma legislativa promovida na lei de improbidade administrativa pela Lei nº 14.230/21, manifestou-se nos seguintes termos, conforme consta na ementa do acórdão de julgamento do Recurso Especial nº 510.150/MA:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

(...)

8. A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se. (...) ⁴⁵ (grifos nossos)

Fábio Medina Osório, um dos principais doutrinadores do Brasil a defender a autonomia de tratamento dada ao sistema de proteção da probidade administrativa, ensina o seguinte:

Recorde-se que **a improbidade**, enquanto categoria normativa que reflete um ilícito, recebe a repressão constitucional e legal de um **sistema normativo complexo, sofisticado e desenhado na perspectiva de um novo Direito Punitivo, que se torna independente das demais esferas por força do comando constitucional inequivocamente estampado no art. 37, §4º, de nossa Magna Carta**, mas igualmente condicionado pelo *non bis in idem*, pelo devido processo legal substancial e balizado pelo regime democrático. Ali o constituinte previu uma independência expressa das instâncias sancionadoras, consagrando tratamento normativo autônomo e peculiar ao problema da probidade administrativa, sem vinculação no mesmo tratamento que pudesse ser emprestado a outros ilícitos. ⁴⁶ (grifos nossos)

O reconhecimento jurisprudencial, doutrinário e agora também legislativo, como afirmado anteriormente, especialmente este último, significa a autorização legal para uma prática muito comumente adotada pelos tribunais mesmo antes da reforma operada Lei nº 14.230/21, que é a aplicação de outras leis do microsistema de tutela coletiva às ações de responsabilização por atos de improbidade administrativa.

⁴⁵ Brasil. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 510.150/MA, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17/2/2004, DJ de 29/3/2004, p. 173.

⁴⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. p. 368.

Não se poderia esperar tratamento diverso, pois o fato de a probidade administrativa ser um direito difuso tem a natural consequência de a ela incidirem as normas destinadas a proteger direitos transindividuais, tais como, exemplificativamente, a lei de ação popular⁴⁷ e a lei de ação civil pública⁴⁸.

Direito difuso é espécie de direito transindividual. Entende-se como direitos difusos aqueles cuja titularidade é múltipla, diluída ou aberta, não sendo possível a determinação dos destinatários de tal direito. A sua característica marcante e diferenciadora é a indeterminabilidade, em contraponto os direitos coletivos, onde é possível identificar grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências-, cuidou de estabelecer o conceito legal de direito difuso. Transcreve-se a seguir o enunciado legislativo:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou **direitos difusos**, assim entendidos, para efeitos deste código, os **transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato**; (grifos nossos)

Embora o conceito acima referenciado esteja previsto em lei que trata especificamente da defesa do consumidor, a sua definição não é de aplicabilidade restrita, devendo ser usada como base para todos os efeitos de direito.⁴⁹

Assim, afasta-se eventual pretensão de aplicabilidade conceitual restrita ao âmbito consumerista, segundo a qual não seria possível lançar mão da previsão acima referenciada em outros ramos do direito, ou outra legislação, um tema que foi tratado em lei de objetivos e aplicação de âmbito normativo especialmente definido.

A incidência de legislação diversa não modifica a natureza jurídica e autonomia do microsistema de proteção da probidade administrativa, regido pela lei nº 8.429/92, sem

⁴⁷ BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm>. Acesso em: 2/3/2023.

⁴⁸ BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm>. Acesso em: 2/3/2023.

⁴⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. p. 29. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS, 2005. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf>>. Acesso em: 4/1/2023.

prejuízo da aplicação ou incidência subsidiária das normas do microssistema de processo coletivo em geral.

Ada Pellegrini Grinover, ao tratar sobre a atividade jurisdicional na efetivação da tutela coletiva de direitos ensina o seguinte:

Ademais, nas demandas coletivas, o próprio papel do magistrado modifica-se, enquanto cabe a ele a decisão a respeito de conflitos de massa, por isso mesmo de índole política. Não há mais espaço, no processo moderno, para o chamado juiz neutro – expressão com que frequentemente se mascarava a figura do juiz não comprometido com as instancias sociais – motivo pelo qual todas as leis processuais têm investido o julgador de maiores poderes de impulso.⁵⁰

O tratamento uniforme, por meio do microssistema, tanto por meio de lei específica (Lei nº 8.429/92), quanto por meio da aplicação subsidiária de outras leis do microssistema de processo coletivo, busca dar mais unidade e efetividade ao tratamento do tema, em evidente prestígio ao princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, consagrado no § 1º do artigo 5º da Constituição Federal.

⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 345.

2 O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E SUA APLICABILIDADE AO SISTEMA DE PROTEÇÃO DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA

Antes do advento da reforma da lei de improbidade administrativa realizada pela Lei nº 14.230/2021 a doutrina já discutia sobre a natureza jurídica das sanções aplicáveis aos agentes que praticassem atos ímprobos. Nesse sentido, debatia-se se as penalidades elencadas no art. 12 da Lei nº 8.429/1992 tinham natureza civil, política, administrativa, penal ou natureza complexa.

A temática é relevante em razão de a resposta num ou noutro sentido acarretar grandes impactos sobre a tutela do direito difuso à probidade administrativa e o sistema de responsabilização de agentes públicos pela prática de atos qualificadamente imorais.

Antes de abordar a temática específica, é importante destacar as diferenças existentes nas espécies de responsabilidade anteriormente referidas para, no final, proporcionar uma melhor compreensão da abordagem a ser feita neste capítulo de monografia.

A responsabilidade civil é caracterizada pelo conteúdo eminentemente patrimonial voltada a, nos casos que envolvem a Administração Pública, ressarcir os prejuízos ao erário, isto é, a recompor as perdas suportadas pelo ente político pela prática de atos ilícitos, nos termos dos incisos I a III do art. 12 da LIA, bem como do normativo geral de responsabilidade civil estabelecido pelo título IX do livro I da parte especial do Código Civil de 2002.

A responsabilidade política, por sua vez, é orientada no sentido de criar impedimentos à participação do mau gestor na vida político-partidária da sociedade, especialmente no que diz respeito à capacidade eleitoral passiva, isto é, a pretensas candidaturas a cargos políticos acessíveis mediante a obtenção de voto popular por meio de eleições livres e diretas. Dá-se o óbice por meio da suspensão dos direitos políticos, conforme se depreende dos incisos I e II do artigo 12 da LIA.

A responsabilidade administrativa *stricto sensu*, também incluída nas espécies de sanções elencadas pelo art. 12 da LIA decorre, por exemplo, das sanções de perda do cargo ou da função pública. A linha divisória dessa espécie de responsabilidade é bem tênue se comparada à penal, podendo-se afirmar que, embora orientada por princípios autônomos e regramento específico, está incluída no campo do direito sancionador, o que atrai a aplicação de garantias oriundas do direito penal.

Aliás, há sanções administrativas muito mais gravosas ao particular do que algumas sanções penais. Como exemplo de penalidade administrativa mais gravosa do que a penal pode-se citar a penalidade de demissão⁵¹, passível de aplicação na seara administrativa após a regular instauração e desenvolvimento de processo administrativo disciplinar. Nesse ponto, José Júlio Gadelha valida esse entendimento e afirma que “a demissão é a pena capital do serviço público. Tão grave quanto muitas sanções penais.”⁵²

É importante destacar que a prática de ato de improbidade administrativa, uma vez constatada, deve⁵³ resultar em demissão independentemente do reconhecimento da conduta pelo Poder Judiciário. Esse entendimento é pacífico na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cristalizado, inclusive, no enunciado da súmula nº 651, cuja redação é a seguinte: “Compete à autoridade administrativa aplicar a servidor público a pena de demissão em razão da prática de improbidade administrativa, independentemente de prévia condenação, por autoridade judiciária, à perda da função pública.”⁵⁴

A responsabilidade de natureza penal, por sua vez, embora também seja independente e norteada por princípios próprios, é visualizada nas sanções de improbidade previstas na LIA, como é o caso da perda de cargos eletivos e, mesmo, a suspensão de direitos políticos, inegavelmente compreendidas no elenco do direito punitivo.

O regramento legal das sanções, antes da reforma levada a efeito pela Lei 14.230/2021, era o seguinte, conforme se transcreve:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou

⁵¹ “Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: (...) IV - improbidade administrativa”. BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Essa lei prevê a penalidade de demissão para o agente público que pratica ato de improbidade administrativa. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 2/3/2023.

⁵² GADELHA, José Júlio. **Processo administrativo disciplinar federal: em busca da nulidade zero**. 1º. ed. Curitiba: Juruá, 2022. p. 160.

⁵³ Usa-se essa expressão em razão de a autoridade administrativa não dispor de discricionariedade para aplicar pena diversa de demissão quando caracterizada as hipóteses previstas no art. 132 da Lei nº 8.112/90, conforme enunciado da súmula nº 650 do STJ.

⁵⁴ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Primeira Seção. Súmula nº 651. Aprovada em 21.10.2021. DJe 25/10/2021.

indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Como se vê a partir da leitura das disposições acima transcritas - embora outrora já fosse possível verificar, nos incisos I a IV, sanções de natureza jurídica diversas-, a redação originária da Lei nº 8.429/92⁵⁵ não fazia previsão expressa sobre a aplicação de princípios do direito sancionador, fato esse que era um convite para discussões doutrinária e jurisprudencial sobre essa aplicabilidade ou não, em evidente risco ao princípio da segurança jurídica.

A Lei nº 14.230/21 deu nova redação ao art. 12 da lei de improbidade administrativa, preservando a natureza jurídica complexa⁵⁶ das sanções de improbidade, onde são cumuladas sanções de natureza penal, civil, administrativa e política. A nova redação dos incisos do *caput* do mencionado artigo é a seguinte:

Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

I - na hipótese do art. 9º desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 14 (catorze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

II - na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública,

⁵⁵ Faz-se aqui referência à lei considerada em sua completude, e não somente ao dispositivo acima transcrito isoladamente considerado.

⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13º ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 1225.

suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

III - na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

IV - (revogado). (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

Parágrafo único. (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

A alteração legislativa, nesse ponto, fez modificações pontuais que não impactam a natureza jurídica das penalidades. Da reforma promovida pela Lei nº 14.230/21, que operou a mais profunda modificação na lei de improbidade desde a sua edição em 2 de junho de 1992, a parte de fundamental importância para a abordagem do tema objeto deste capítulo diz respeito à expressa previsão de aplicabilidade das regras de direito administrativo sancionador às sanções de improbidade. A redação legal é a seguinte:

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.

§ 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) (grifos nossos)

Dessa forma, se antes já era possível defender a aplicação das regras de direito administrativo sancionador às sanções de improbidade⁵⁷, após a Lei 14.230/21 esse entendimento resta definitivamente consolidado no ordenamento jurídico brasileiro, agora pela via legislativa.

2.1 Convergências e distinções entre o direito administrativo sancionador e o direito penal

O direito administrativo sancionador e o direito penal, embora sejam ramos específicos e independentes da ciência jurídica, regidos por regras e princípios que lhe são individualmente inerentes, guardam semelhanças e distinções que merecem ser analisadas, de

⁵⁷ A consolidada jurisprudência do STJ, mesmo antes da reforma legislativa, já reconhecia expressamente o caráter sancionador das ações de responsabilização por atos de improbidade administrativa. Nesse sentido: BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp. 939.118/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 01/03/2011.

modo que se possa melhor compreender o sistema de responsabilização de atos praticados em ofensa aos bens jurídico-administrativos, incluída aqui especialmente a probidade administrativa.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de recurso especial relatado pelo ex-Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, fez consignar no acórdão passagem doutrinária na qual se afirma o seguinte:

(...) é muito antiga - e remonta aos tempos iniciais das formulações teóricas dos institutos e das práticas judiciais do **Direito Sancionador, cuja matriz histórica é o Direito Penal moderno** - a sempre aguda contraposição conceitual entre a ilegalidade e a ilicitude ímproba dos atos humanos.⁵⁸ (grifos nossos)

Vê-se, portanto, que o Direito Sancionador teve origem a partir de uma bifurcação do Direito Penal moderno, razão pela qual comumente o jurista se depara com institutos jurídicos de notória semelhança entre tais áreas de conhecimento, notadamente pelo fato de pertencerem ao denominado sistema punitivo estatal.

Fábio Medina Osório utiliza a expressão “Direito Público Punitivo” para denominar as intersecções normativas entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal. No ponto, a fim de evitar distorções interpretativas sobre a nomenclatura utilizada, esclarece o autor que “É necessário reconhecer, no campo constitucional, cláusulas comuns ao Direito Público Punitivo, não como ramo jurídico, mas como aquele conjunto de normas que disciplinam as várias manifestações punitivas do Estado.”⁵⁹

Embora esses ramos jurídicos estejam em constante especialização desde a mencionada bifurcação, momento em que se diferenciaram, desenvolvendo, a partir de então, regras e princípios de aplicação exclusiva na área de conhecimento respectiva, não se pode falar em uma separação absoluta, de modo que se deve harmonizar os institutos e dar tratamento mais benéfico ao acusado quando direitos fundamentais estiverem em jogo. O Direito é uno, sendo a separação em áreas específicas do conhecimento feita essencialmente por opções metodológicas e didáticas.

Com maestria, Fábio Medina Osório ensina o seguinte sobre a diferenciação entre sanções penais e administrativas:

⁵⁸ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp nº 1.193.248/MG, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 24/4/2014, DJe de 18/8/2014.

⁵⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. p. 175-176.

A sanção disciplinar, costuma-se dizer, busca atingir finalidades de proteção interna da boa ordem administrativa, de relações internas dignas de tutela jurídica, independentemente da repercussão exterior ou global do fato no ordenamento social. Parece-nos que, em realidade, a definição de sanções administrativas e sanções penais, dado seu caráter dogmático, não passa pela prévia definição dos objetivos e sim, de forma mais direta, pela necessária proteção desses bens jurídicos, os mais diversos possíveis, não apenas aqueles que se encontram constitucionalmente previstos, como aqueles eleitos pela política legislativa. A eleição dos bens jurídicos pode ser, na verdade, o estabelecimento dos objetivos, das finalidades das sanções. Nesse passo, é possível que o legislador utilize técnicas distintas para proteção de idênticos bens jurídicos, v.g., nos crimes contra a Administração Pública, são empregados o direito penal e o Direito Administrativo Sancionador, inclusive o direito disciplinar. Sem embargo, também é possível perceber que, na variação das técnicas, o legislador busca atender determinadas peculiaridades. Nem todo bem jurídico será protegido pelas técnicas dos direitos administrativo e penal, simultaneamente. Veja-se, por exemplo, o caso de um homicídio, definido no art. 121, *caput*, do Código Penal pátrio. Tal delito é reprimido pela técnica do direito penal. Não o é, em regra, pelo Direito Administrativo Sancionador, pois não está em jogo um bem jurídico que comporte, por sua natureza, essa dupla proteção. A vida humana nada tem a ver, em geral, com o funcionamento, direto ou indireto, da Administração Pública. Já um ilícito de peculato, de outro lado, comporta, sem dúvida, o uso das técnicas penais e administrativas cumulativamente, tendo em vista as suas peculiaridades, sua ligação com a necessidade de proteger e preservar valores e princípios que presidem a Administração Pública, tarefa que pode ser desempenhada, também, pelo Direito Administrativo Sancionador.⁶⁰

Em outra passagem de sua obra, Medina Osório continua a afirmar o seguinte:

É verdade que os tipos de improbidade e dos delitos contra o setor público são, muitas vezes, diferentes, pela narrativa, pela técnica empregada, pelos detalhes ou até mesmo em razão dos elementos contidos em suas estruturas, às vezes mais voltadas a determinados aspectos em detrimento de outros, ficando ausente a tríplice identidade. O Direito Penal, ao cuidar da corrupção, tipifica um detalhado comportamento doloso, em minúcias, que se diferencia da conduta ímproba. O direito administrativo pode cuidar do mesmo fenômeno, porém com distinto enfoque, valorizando aspectos ignorados ou até desprezados pela norma penal, optando por maior abrangência ou direcionamento mais especializado em certas facetas do fenômeno patológico. Os conceitos jurídico-penal e jurídico-administrativo de corrupção são em regra distintos. Tais diferenças são ou podem ser relevantes, nesse caso, porque os valores abrigados nos tipos podem ser igualmente diferenciados. Essas diferenças resultam acentuadas, no entanto, no plano do que chamamos de ordenamento jurídico passivo, vale dizer, aquele ordenamento jurídico composto pelas leis formuladas pelo Legislador (dispositivos). No plano do Direito dos juristas, as descrições típicas podem aproximar-se.⁶¹

A técnica do direito penal, especialmente nos crimes contra a administração pública, protege de forma simultânea bens jurídicos diversos, embora algum específico possa preponderar no caso concreto. Em razão do alto grau de lesividade de algumas condutas ilícitas praticadas em desfavor da administração pública, o legislador ordinário federal fez a

⁶⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. p. 175.

⁶¹ *Ibid.*, p. 367-368.

opção de atribuir ao direito penal a tarefa de reprimir as práticas ilícitas consideradas de maior grau de reprovação, tipificando os crimes no título XI do Código Penal.

Nesses casos, a conduta é tipificada na lei penal, mas o que se busca proteger são bens jurídicos-administrativo. No caso, a própria administração pública assim considerada.

Quanto ao direito administrativo sancionador, tem-se que é caracterizado pela sua particular incidência nos atos jurídicos que de algum modo envolvem o poder público na sua típica atividade de limitar e disciplinar direitos e deveres nas relações entre pessoas jurídicas de direito público e entre estas e os particulares.

Na relação jurídico-estatutária da administração pública federal com os seus servidores, por exemplo, estes vinculados por uma especial sujeição que se dá a partir da assinatura do termo de posse no cargo público, as penalidades administrativas possíveis de serem aplicadas são as seguintes: advertência; suspensão; demissão; cassação de aposentadoria ou disponibilidade; destituição de cargo em comissão; e destituição de função comissionada, tudo isso nos termos do art. 127 da Lei nº 8.112/90.

Salienta-se que essas hipóteses punitivas, para que efetivamente se materializem, exigem a prévia investidura no cargo ou emprego público, seja por meio de concurso público (art. 37, II, CF) ou ato de livre nomeação e exoneração nas hipóteses de ocupantes de cargos em comissão para o exercício de atribuições de direção chefia e assessoramento, em conformidade com o mandamento constitucional previsto no art. 37, inciso V, da CF.

O direito penal, por sua vez, não reclama a necessária participação do poder público para que sua incidência se apresente. Ele disciplina, essencialmente, a responsabilização das relações travadas entre particulares ou destes com a administração pública, sujeitando os infratores às penas restritivas de direito, multa e privativa de liberdade, conforme enunciado consagrado no art. 32 do Código Penal em vigor.

No que diz respeito aos aspectos semelhantes, há em comum a forma de exteriorização da atividade sancionatória do Estado. Nas palavras de Fábio Medina Osório, as cláusulas comuns de direito administrativo sancionador e de direito penal são “normas que disciplinam as várias manifestações punitivas do Estado.”⁶²

Não obstante sejam de distintas esferas de responsabilização - como manda o princípio da independência das instâncias-, eventual responsabilização penal pode ter repercussões na

⁶² OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. p. 176.

esfera administrativa, como a perda de cargo e função pública, nos termos do art. 92, I, do Código Penal.

Lado outro, de acordo com o art. 126 da Lei nº 8.112/90, a responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência de fato ou sua autoria, sendo esta uma previsão legal de mitigação da independência das esferas de responsabilização penal e administrativa.

No que diz respeito às aproximações, isto é, aos pontos de convergências, tem-se que a característica mais evidente é a unidade do poder punitivo estatal, posto que, nos dois âmbitos, tanto as sanções disciplinares quanto as sanções penais são aplicadas pelo ente público, sendo o Estado titular privativo desse direito.

Nesse caso, por estarem sujeitas às punições estatais, devem também ser deferidas ao particular as garantias defensivas consagradas na Constituição Federal, em obediência aos princípios do devido processo legal⁶³, do contraditório e da ampla defesa, estes dois últimos previstos no art. 5º, inciso LV do texto constitucional com a seguinte redação: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” Esses princípios, e os direitos fundamentais de modo amplamente considerados, são escudos de proteção do particular contra o poder punitivo estatal.

Fábio Medina Osório, no que diz respeito ao poder punitivo do Estado, com enfoque na unidade do poder punitivo exercido de modo exclusivo pelo Estado, aponta o seguinte:

A unidade (parcial) impõe traços em comum e umas mínimas garantias, mas as diferenças impõem tratamentos desiguais justificados, desenvolvimento de princípios próprios do Direito Administrativo Sancionador, que é, antes de tudo, direito administrativo por excelência, até porque já não se discute que ilícitos penais e administrativos se encontram debaixo de regimes jurídicos, em sua maior parte, distintos, conquanto balizados por princípios estruturalmente muito próximos e radicalmente comuns em suas origens constitucionais.⁶⁴

No âmbito da improbidade, essa temática nasce a partir da análise da natureza jurídica das sanções de improbidade. Conforme abordagem feita no tópico 1.1 do primeiro capítulo deste trabalho, tais sanções são caracterizadas por envolver institutos jurídicos de diferentes ramos do direito positivo, impondo sanções de natureza administrativa propriamente dita e

⁶³ Art. 5º (...) LIV – “Ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2/3/2023.

⁶⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. p. 173.

sanções de natureza penal, por exemplo. Por essa razão, as considerações feitas no decorrer deste tópico de monografia jurídica são inteiramente aplicáveis ao microsistema de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa.

2.2 A (in)aplicabilidade dos princípios de direito penal ao direito administrativo sancionador

Vistas as considerações a respeito dos pontos de convergências e distinções sobre o poder punitivo estatal exercido por meio do que a doutrina denominou direito público punitivo, resta imperiosa a necessidade de analisar a (in)aplicabilidade dos princípios de direito penal ao direito administrativo sancionador.

O direito administrativo sancionador e o direito penal guardam características semelhantes no que diz respeito à imputação de responsabilidades, haja vista que as sanções oriundas desses dois importantes ramos do direito positivo têm natureza e finalidade eminentemente punitivas.

Sobre essa temática, o Tribunal da Cidadania assim se manifestou em julgamento de recurso especial:

No exercício da atividade punitiva a **Administração** pratica atos materialmente jurisdicionais, por isso que **se submete à observância obrigatória de todas as garantias subjetivas consagradas no Processo Penal contemporâneo**, onde não encontram abrigo as posturas autoritárias, arbitrárias ou desvinculadas dos valores da cultura.⁶⁵ (grifos nossos)

Como é facilmente perceptível a partir da leitura do trecho acima transcrito e das considerações feitas no tópico anterior desta monografia jurídica, onde se tratou sobre as convergências e distinções entre o direito administrativo sancionador e o direito penal, a incidência de garantias penais tem por objetivo oferecer maior amplitude ao exercício do direito de defesa do acusado.

No que toca ao objeto específico da ação de improbidade, Teori Albino Zavascki ensina o seguinte:

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**

⁶⁵ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp nº 1.193.248/MG, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 24/4/2014, DJe de 18/8/2014.

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.⁶⁶
(grifos nossos)

Essas considerações foram realizadas anos antes da atual reforma legislativa feita na lei de improbidade. Não obstante, as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21 não alteraram a natureza jurídica punitiva das sanções da Lei nº 8.429/92, de modo que permanecem incólumes as transcrições acima apresentadas.

A reforma, acolhendo entendimento então dominante na doutrina e jurisprudência pátrias, incluiu um dispositivo que deixa expressa a aplicabilidade dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador ao sistema de improbidade administrativa⁶⁷.

Como dito, antes mesmo da mudança legislativa já era possível defender essa tese, porque, como se viu, há semelhanças principiológicas a determinar esse raciocínio. Ademais, o direito punitivo, que é gênero das espécies direito administrativo sancionador e direito penal, tem inegável origem comum na constituição.

Marçal Justen Filho, ao abordar essa temática em seu curso de direito administrativo, mesmo antes do advento da Lei nº 14.230/21, com foco específico nas sanções de improbidade, anota a seguinte consideração:

Também por isso, o regime da ação de improbidade, quando pretende a imposição de sanções administrativas e penais (não destinadas apenas à recomposição do patrimônio público por danos imputados ao réu), é o da ação penal, não da ação civil. Muitos pensam que a ação de improbidade envolve manifestação equivalente à ação popular ou à ação civil pública, visão de que se discorda. Todos esses instrumentos processuais têm em comum a defesa do patrimônio público, mas **a ação por improbidade se caracteriza por um cunho punitivo penal** que não existe nos outros casos.⁶⁸ (grifos nossos)

No mesmo texto, Marçal é categórico ao afirmar a total incidência dos princípios de direito penal e processual penal às ações de improbidade. A afirmação é a seguinte:

⁶⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. p. 103. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS, 2005. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf>>. Acesso em: 4/1/2023.

⁶⁷ Art. 1º (...). § 4 Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador. BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 2/3/2023.

⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 1248.

Em decorrência, **todas as garantias penais e processuais penais se aplicam no caso de ação de improbidade administrativa**, o que importa inúmeros efeitos. Por exemplo, cabe promover investigação prévia, destinada a fornecer os elementos indispensáveis ao exercício do direito de ação de improbidade. Pode configurar-se um inquérito policial ou administrativo, a ser conduzido pelo Ministério Público. Em suma, a “ação principal” a que alude o art. 17 da Lei 8.429/1992 é uma ação penal, e não mera ação civil.⁶⁹

Com o devido respeito e consideração ao entendimento defendido pelo eminente jurista, a afirmação realizada é criticável no ponto em que defende a incidência de “todas as garantias penais e processuais penais se aplicam no caso de ação de improbidade administrativa”. O autor, ao fazer essa afirmação, parece desconsiderar a existência de instâncias ou esferas independentes de responsabilização.

Reconhece-se, sim, como defendido neste trabalho, a existência de intersecções do direito administrativo sancionador (do qual fazem parte as sanções de improbidade) com o direito penal, mas não há inteira coincidência ontológica a autorizar indiscriminadamente a automática transposição de regras e princípios de um sistema de responsabilização para outro.

Não se pode usar do argumento de haver características comuns para defender que essa transposição automática esteja sob o manto do direito público punitivo. Estar-se-ia a afirmar uma indiscriminada superioridade do direito administrativo sobre o direito penal, o que não se pode admitir.

Somente nos casos e quando houver incidência simultânea de efeitos penais e administrativos, estes últimos devendo ter caráter estritamente punitivo, é que deve ser deferida a aplicação de princípios penais. Dá-se assim porque o sistema penal é mais garantista, onde o acusado dispõe de meios mais eficientes para a defesa de seus direitos. Ademais, as investigações penais normalmente são muito mais minuciosas, de modo que, por exemplo, se uma investigação criminal negar a existência de um fato, não pode a esfera civil reconhecê-lo para fins indenizatórios.

A incidência de garantias penais nesses casos valoriza o princípio da máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais; de modo contrário, se aplicada de modo indiscriminado, acabaria por enfraquecer o desejado e necessário combate às condutas ilícitas praticadas “com especial intenção desonesta do agente de violar o bem jurídico tutelado”⁷⁰ no âmbito da administração pública.

⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13^o. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 1248.

⁷⁰ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1.913.638 / MA. Relator: Ministro GURGEL DE FARIA. PRIMEIRA SEÇÃO. Julgado em: 11/05/2022. DJe 24/05/2022. (tema repetitivo nº 1108)

As normas que regulam o microsistema da probidade administrativa, por serem partes integrantes do Direito Administrativo Sancionador, sofrem influência e são impactadas por princípios e garantias penais, mas não de forma total e indiscriminada.

Em razão da natureza jurídica complexa⁷¹ da ação de improbidade, nos aspectos penais devem incidir as garantias penais e processuais penais; nas civis, deve-se seguir o regramento civil, sem prejuízo da observância das características comuns.

São disciplinas que, embora tenham pontos de intersecção, são autônomas e tem normatividade própria, não sendo inteiramente intercambiáveis, pois a ação de improbidade tem natureza jurídica, apesar de complexa, predominantemente civil.

O reconhecimento da incidência dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador às sanções de improbidade acarreta importantes repercussões no tratamento da aplicação das leis no tempo, especialmente no que diz respeito à legislação superveniente mais benéfica aos acusados em geral e sua aplicabilidade ser feita de forma retroativa ou não. Sobre essa temática, passa-se ao próximo capítulo desta monografia jurídica, onde o tema será enfrentado e explorado de forma mais específica.

⁷¹ A ação de improbidade “conjuga princípios e regras de direito civil, de direito administrativo, de direito constitucional e de direito penal”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13º ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 1225.

3 A (IR)RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Analisar a (im)possibilidade de aplicação retroativa de lei superveniente mais benéfica no direito administrativo sancionador é de fundamental importância para que se preserve a fiel e necessária obediência aos princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica. Tais princípios são fundamentais para a estabilidade do ordenamento jurídico.

Inicialmente, é importante destacar que, em regra, as leis são editadas e produzem efeitos *ex nunc*, isto é, disciplinam atos e fatos ocorridos posteriormente à sua vigência, com o fito de preservar a estabilidade das relações sociais, núcleo do princípio da segurança jurídica. Esse princípio é expressamente consagrado no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal e estabelece os seguintes dizeres:

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:

(...)

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada⁷². (grifos nossos)

De igual modo, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, norma de sobredireito, repete o princípio e vai além da previsão constitucional anteriormente transcrita ao definir o significado de cada uma das expressões nucleares existentes no dispositivo. A Lei de Introdução, em seu artigo 6º, tem a seguinte redação:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.⁷³

Posto isso, considerando os normativos acima transcritos, tem-se que a regra geral no ordenamento jurídico brasileiro sobre os efeitos das leis no tempo é a sua irretroatividade.

⁷² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10/3/2023.

⁷³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 10/3/2023.

Não obstante, a própria Carta Republicana excepciona a regra da irretroatividade para os casos que envolvem a seara penal, onde as os direitos e garantias do acusado devem ser protegidos de forma mais acentuada, tendo em vista a maior necessidade de preservação de direitos fundamentais do réu em razão da sujeição a penalidades, em regra, mais severas. A previsão constitucional é a seguinte:

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 réu⁷⁴. (grifos nossos)

Assim, a retroatividade normativa, que é exceção no âmbito cível, constitui a regra no direito penal, desde que as mudanças introduzidas sejam mais benéficas ao réu. É a consagrada retroatividade da lei penal mais benéfica.

É importante destacar, portanto, não existir dúvida quanto à aplicabilidade retroativa da norma mais favorável no campo do direito criminal. Mais do que não haver dúvida, pode-se afirmar que é no campo penal que o princípio da retroatividade da lei mais benigna vige de forma plena. O exemplo clássico dessa plenitude é o fato de os efeitos da lei mais benéfica atingirem até mesmo a coisa julgada, conforme se vê a partir da leitura do dispositivo do Código Penal a seguir transcrito:

Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único - **A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.**⁷⁵ (grifos nossos)

Tendo em vista o direito punitivo amplamente considerado, a discussão sobre a (ir)retroatividade da lei mais benéfica no direito administrativo sancionador ganha notável relevância a partir da consolidação da ideia de incidência dos princípios de direito penal na atividade disciplinar da administração.

Diferentemente da seara penal, no âmbito do direito administrativo sancionador não há regramento expresso quanto à retroatividade de lei, ainda que esta seja mais benéfica ao

⁷⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10/3/2023.

⁷⁵ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 6/3/2023.

acusado. Ausente previsão legislativa expressa, doutrina e jurisprudência pátrias debatem o tema em busca de consenso a respeito da temática.

No Superior Tribunal de Justiça há precedentes que autorizam a aplicação de garantias penais e processuais penais ao direito administrativo sancionador. Exemplifica-se com os seguintes julgados, cujas ementas são aqui colocadas de forma não integral em razão da necessidade de se destacar apenas os trechos de maior relevância ao objeto deste trabalho:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. PODER DE POLÍCIA. SUNAB. MULTA ADMINISTRATIVA. **RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. POSSIBILIDADE. ART. 5º, XL, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRINCÍPIO DO DIREITO SANCIONATÓRIO. AFASTADA A APLICAÇÃO DA MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.**
I. **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.** Precedente. (...) ⁷⁶ (grifos nossos)

No julgamento do Recurso Especial nº 1.402.893/MG, reiterando o precedente anterior, o Tribunal da Cidadania manifestou-se nos seguintes termos:

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.
(...)
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 (...) ⁷⁷ (grifos nossos)

De igual modo é a manifestação do mesmo Tribunal Superior quando do julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 37.031/SP, cuja ementa se transcreve a seguir:

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.
(...)
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

⁷⁶ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** REsp n. 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.

⁷⁷ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** REsp n. 1.402.893/MG, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 11/4/2019, DJe de 22/4/2019.

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 inderrogados os demais atos processuais. (...) ⁷⁸ (grifos nossos)

Conforme exposto no tópico 2.2 do segundo capítulo desta monografia jurídica, onde se tratou sobre a (in)aplicabilidade dos princípios de direito penal ao direito administrativo sancionador, rememore-se aqui a manifestação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

No exercício da atividade punitiva a Administração pratica atos materialmente jurisdicionais, por isso que se submete à observância obrigatória de todas as garantias subjetivas consagradas no Processo Penal contemporâneo, onde não encontram abrigo as posturas autoritárias, arbitrárias ou desvinculadas dos valores da cultura. ⁷⁹

Como é possível notar, a jurisprudência do STJ parece atribuir eficácia retroativa integral aos casos em que há incidência de lei administrativa superveniente mais benéfica, tendo como fundamento o art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Nesses casos, deve-se ter o devido cuidado para não se equiparar o direito administrativo sancionador, especialmente no que diz respeito à amplitude da retroatividade de suas normas, ao direito penal, visto que este tem por missão proteger bens jurídicos diversos, sujeitos a maior dinamismo.

Medina Osório ensina que “as normas podem ser distintas em seus contornos, intensidades e alcances, mas os valores que as embasam podem assemelhar-se, até mesmo assumindo identidade comum no campo constitucional, sem prejuízo aos espaços divergentes.”⁸⁰

Nesses termos, a norma administrativa sancionadora deve ser aplicada retroativamente se as novas disposições legais de natureza jurídica punitiva forem mais benéficas ao acusado. Porém, a retroatividade não deve possuir tamanha amplitude como acontece na seara criminal, onde tem repercussões até mesmo sobre os efeitos da coisa julgada. Deve-se preservar a

⁷⁸ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. RMS n. 37.031/SP, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 8/2/2018, DJe de 20/2/2018.

⁷⁹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 1.193.248/MG, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 24/4/2014, DJe de 18/8/2014.

⁸⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. p. 314.

eficácia dos efeitos não penais das condenações, sob pena de vulneração do combate às práticas ilícitas no âmbito da administração pública.

Há esse dever de retroatividade tendo em vista a necessidade de se proteger e preservar direitos fundamentais do acusado. No entanto, reafirme-se, a retroação não deve ser ampla como ocorre no direito penal, em razão do dever geral de preservação da segurança jurídica, consagrado em comando constitucional dirigido a todas as normas de direito (Art. 5º, XXXVI, CF) e o dever de combate aos atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, CF).

Fábio Medina Osório, um dos mais destacados doutrinadores do Brasil em tema de Direito Administrativo Sancionador, ensina o seguinte:

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 uma 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.⁸¹

Recentemente a discussão ganhou destaque no cenário jurídico nacional em razão da ampla reforma realizada na lei de improbidade administrativa pela Lei nº 14.230/2021, por meio da qual se incluiu dispositivo legal a afirmar expressamente a incidência das garantias constitucionais do direito administrativo sancionador ao sistema da improbidade, e promoveu outras significativas mudanças no regime até então vigente.

Marçal Justen Filho, um dos integrantes da comissão de juristas criada pela Câmara dos Deputados para elaborar uma proposta de alteração na Lei nº 8.429/1992, destaca, na apresentação de seu livro em comentários à reforma, as principais mudanças efetivamente realizadas após o regular trâmite do projeto de lei pelas casas do Congresso Nacional e sanção pelo Presidente da República. São elencadas as seguintes:

A exigência do dolo, devidamente comprovado, para a punição por improbidade;
O sancionamento por improbidade a entidades privadas que tenham recebido benefício, incentivo ou vantagem de origem estatal;
A eliminação da sanção de perda do cargo ou mandato nas infrações do art. 11;

⁸¹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. p. 157.

A restrição ao sancionamento por improbidade do terceiro à comprovação de ter induzido ou concorrido para a prática da improbidade;
A instituição de uma ação judicial típica, envolvendo a punição por improbidade, com o afastamento da aplicação do regime da ação civil pública;
A atribuição ao Ministério Público da legitimidade ativa privativa para a ação de improbidade;
A ampliação do rigor no tocante aos requisitos de ajuizamento da ação de improbidade, com a expressa exigência de qualificação dos fatos em face dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429;
A vedação ao julgamento antecipado da lide nas hipóteses de condenação do réu;
A fixação de prazo prescricional de oito anos, computado a partir da data de consumação do ilícito;
A previsão da prescrição intercorrente, computada a partir do ajuizamento da ação de improbidade, com prazo de oito anos.⁸²

Entre as modificações acima elencadas, as mais relevantes para o objetivo desta monografia jurídica são: 1) a exigência de que a conduta seja necessariamente dolosa para a caracterização do ato de improbidade; e 2) e o novo regime prescricional, especialmente sobre sua aplicação no tempo, especificamente no ponto de debate sobre a aplicação (ir)retroativa das novas disposições legais.

Antes da reforma vigorava regramento distinto. A lei exigia a conduta dolosa para a tipificação dos atos de improbidade administrativa que causam enriquecimento ilícito (art. 9º), e os que atentam contra os princípios da administração (art. 11), mas admitia a modalidade culposa nos atos que causam ao erário (art. 10).

A Lei nº 14.230/2021 manteve a exigência de conduta dolosa para os atos tipificados nos arts. 9 e 11, mas alterou o regramento legal e passou a exigir, também, dolo para a configuração do ato tipificado no art. 10, não mais se admitindo a modalidade culposa nem bastando a mera voluntariedade do agente.

Quanto à exigência de conduta dolosa, hoje o primeiro parágrafo do artigo inaugural da lei de improbidade administrativa consagra redação que expressamente exige conduta dolosa⁸³ para a qualificação do ato de improbidade administrativa.

A lei também definiu o que se entende por conduta dolosa, sendo esta considerada “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.”⁸⁴

⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022.

⁸³ Art. 1º (...) § 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. (grifos nossos) BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências. Art. 1º, § 1º. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 6/3/2022.

O novo parágrafo primeiro do art. 17-C da LIA reforça a nova exigência e assevera que o ato ilegal, desprovido de dolo que o qualifique, não representa ato de improbidade.⁸⁵

Essa mudança objetivou deixar mais clara a distinção entre improbidade e mera ilegalidade, conforme abordagem já realizada no primeiro capítulo deste trabalho. Ademais, houve revogação expressa do art. 5º, que previa a improbidade culposa.

No que diz respeito ao regime prescricional, também houve substancial alteração, incluindo mudança do prazo, o qual passou a ser de 8 anos. A tabela a seguir mostra a comparação da redação originária e a atual, dada pela Lei nº 14.230/2021.

| Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) | |
|---|---|
| Redação originária | Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021 |
| <p>Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas:</p> <p>I – até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;</p> <p>II – dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego;</p> <p>III – até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.</p> | <p>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.</p> <p>§ 1º A instauração de inquérito civil ou de processo administrativo para apuração dos ilícitos referidos nesta Lei suspende o curso do prazo prescricional por, no máximo, 180 (cento e oitenta) dias corridos, recomeçando a correr após a sua conclusão ou, caso não concluído o processo, esgotado o prazo de suspensão.</p> <p>§ 2º O inquérito civil para apuração do ato de improbidade será concluído no prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias corridos,</p> |

⁸⁴ BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências. Art. 1º, § 2º. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 6/3/2022.

⁸⁵ Art. 17-C (...) § 1º A ilegalidade sem a presença de dolo que a qualifique não configura ato de improbidade. BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências. Art. 1º, § 2º. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 6/3/2022.

| | |
|--|---|
| | <p>prorrogável uma única vez por igual período, mediante ato fundamentado submetido à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.</p> <p>§ 3º Encerrado o prazo previsto no § 2º deste artigo, a ação deverá ser proposta no prazo de 30 (trinta) dias, se não for caso de arquivamento do inquérito civil.</p> <p>§ 4º O prazo da prescrição referido no caput deste artigo interrompe-se:</p> <p>I - pelo ajuizamento da ação de improbidade administrativa;</p> <p>II - pela publicação da sentença condenatória;</p> <p>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;</p> <p>IV - pela publicação de decisão ou acórdão do Superior Tribunal de Justiça que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência;</p> <p>V - pela publicação de decisão ou acórdão do Supremo Tribunal Federal que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência.</p> <p>§ 5º Interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo previsto no caput deste artigo.</p> |
|--|---|

| | |
|--|--|
| | <p>§ 6º A suspensão e a interrupção da prescrição produzem efeitos relativamente a todos os que concorreram para a prática do ato de improbidade.</p> <p>§ 7º Nos atos de improbidade conexos que sejam objeto do mesmo processo, a suspensão e a interrupção relativas a qualquer deles estendem-se aos demais.</p> <p>§ 8º O juiz ou o tribunal, depois de ouvido o Ministério Público, deverá, de ofício ou a requerimento da parte interessada, reconhecer a prescrição intercorrente da pretensão sancionadora e decretá-la de imediato, caso, entre os marcos interruptivos referidos no § 4º, transcorra o prazo previsto no § 5º deste artigo.</p> |
|--|--|

Fonte: autoria própria.

No que diz respeito às duas mudanças destacadas com maior ênfase neste capítulo, doutrina e jurisprudência, assim que aprovada a lei, começaram a discutir se as disposições ali contidas, por serem mais benéficas aos acusados ou mesmo aos já condenados, deveriam ser aplicadas de forma retroativa, ou não.

Do que foi apresentado, a extinção da modalidade culposa de atos de improbidade administrativa tem inegável caráter benéfico. Por outro lado, pode haver impressão de que o novo prazo prescricional seja mais prejudicial, posto que o prazo anterior era de 5 (cinco) anos e atualmente passou a ser de 8 (oito) anos. Essa percepção, todavia, merece maiores reflexões e atenção mais detida ao novo regramento prescricional, notadamente aos parágrafos incluídos pela Lei nº 14.230/2021 ao art. 23 da Lei nº 8.429/1992.

Como explica Márcio Cavalcante, “Na prática, houve uma melhoria na situação. Isso porque o termo inicial do prazo prescricional foi antecipado, como regra geral, para a data da ocorrência do fato, não importando quando ele se tornou conhecido das autoridades.”⁸⁶

Em razão do caráter sancionador da ação de improbidade, e sua particular proximidade, em alguns aspectos, com princípios do direito penal, doutrina e jurisprudência travaram debates para responder se as mudanças legais alcançariam atos jurídicos consumados e também os já definitivamente julgados e condenados, com as respectivas sentenças judiciais transitadas em julgado.

Como a proteção da probidade administrativa tem fundamento constitucional (art. 37, § 4º, CF), a discussão foi levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal para que este, no exercício de sua missão de guardião da Constituição Federal (art. 102, CF), incumbido do dever de uniformizar a interpretação constitucional, decidisse se as alterações poderiam ser aplicadas retroativamente ou não e, em caso positivo, em que grau a retroação deveria ser feita.

Atualmente, o tema resta pacificado - especificamente no que diz respeito aos processos judiciais de responsabilização pela prática de atos ímprobos – em razão da tese jurídica fixada em regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 843.989/PR, em 18/8/2022.

No que diz respeito ao âmbito administrativo disciplinar federal, onde o ato de improbidade é considerado infração disciplinar sujeito à penalidade de demissão, devendo ser investigado mediante prévio e necessário processo administrativo disciplinar, o tema restou de igual modo pacificado em razão da emissão de parecer normativo pelo então Advogado da União, devidamente aprovado por despacho do Presidente da República e posteriormente publicado no Diário Oficial da União.

A tese jurídica fixada pelo Supremo Tribunal Federal e o parecer da Advocacia-Geral da União serão apresentados, de forma individualizada, nos dois tópicos seguintes deste trabalho.

3.1 A tese jurídica firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento tema 1.199 de Repercussão Geral

⁸⁶ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **As mudanças promovidas pela Lei nº 14.230/2021 no elemento subjetivo e na prescrição da improbidade retroativa retroagem?** Dizer o Direito, Manaus, 2022. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2022/11/as-mudancas-promovidas-pela-lei.html>>. Acesso em: 6/3/2023.

A respeito da aplicação temporal das normas inseridas na lei de improbidade administrativa pela reforma feita pela Lei nº 14.230/2021, o Supremo Tribunal Federal, por meio de agravo em recurso extraordinário - reconhecida a repercussão geral da controvérsia jurídica - afetou o tema 1.199 para definição de eventual (ir)retroatividade das disposições da reforma da LIA, especialmente em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente.

A repercussão geral, instituto criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, é requisito específico de admissibilidade do recurso extraordinário. Para fins de seu reconhecimento, o Supremo Tribunal Federal considerará a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo, conforme previsto no § 1º do artigo 1.035 do Código de Processo Civil.

Sob essa sistemática, ante a relevante questão jurídico-constitucional envolta - devidamente reconhecida em 25 de janeiro de 2022 - o guardião da constituição finalizou o julgamento do tema 1.199 no dia 18 de agosto de 2022, tendo o acórdão transitado em julgado em 16 de fevereiro de 2023. Decorrido o prazo para manifestações, o conteúdo decisório do acórdão está definitivamente consolidado, não mais sujeito a mudanças. O acórdão do julgamento do ARE 843989 ficou assim ementado:

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IRRETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA (LEI 14.230/2021) PARA A RESPONSABILIDADE POR ATOS ILÍCITOS CIVIS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI 8.429/92). NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE REGRAS RÍGIDAS DE REGÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS CORRUPTOS PREVISTAS NO ARTIGO 37 DA CF. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 5º, XL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR POR AUSÊNCIA DE EXPRESSA PREVISÃO NORMATIVA. APLICAÇÃO DOS NOVOS DISPOSITIVOS LEGAIS SOMENTE A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DA NOVA LEI, OBSERVADO O RESPEITO AO ATO JURÍDICO PERFEITO E A COISA JULGADA (CF, ART. 5º, XXXVI). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO COM A FIXAÇÃO DE TESE DE REPERCUSSÃO GERAL PARA O TEMA 1199.

1. A Lei de Improbidade Administrativa, de 2 de junho de 1992, representou uma das maiores conquistas do povo brasileiro no combate à corrupção e à má gestão dos recursos públicos.

2. O aperfeiçoamento do combate à corrupção no serviço público foi uma grande preocupação do legislador constituinte, ao estabelecer, no art. 37 da Constituição Federal, verdadeiros códigos de conduta à Administração Pública e aos seus agentes,

prevendo, inclusive, pela primeira vez no texto constitucional, a possibilidade de responsabilização e aplicação de graves sanções pela prática de atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da CF).

3. A Constituição de 1988 privilegiou o combate à improbidade administrativa, para evitar que os agentes públicos atuem em detrimento do Estado, pois, como já salientava Platão, na clássica obra REPÚBLICA, a punição e o afastamento da vida pública dos agentes corruptos pretendem fixar uma regra proibitiva para que os servidores públicos não se deixem "induzir por preço nenhum a agir em detrimento dos interesses do Estado".

4. O combate à corrupção, à ilegalidade e à imoralidade no seio do Poder Público, com graves reflexos na carência de recursos para implementação de políticas públicas de qualidade, deve ser prioridade absoluta no âmbito de todos os órgãos constitucionalmente institucionalizados.

5. A corrupção é a negativa do Estado Constitucional, que tem por missão a manutenção da retidão e da honestidade na conduta dos negócios públicos, pois não só desvia os recursos necessários para a efetiva e eficiente prestação dos serviços públicos, mas também corrói os pilares do Estado de Direito e contamina a necessária legitimidade dos detentores de cargos públicos, vital para a preservação da Democracia representativa.

6. A Lei 14.230/2021 não excluiu a natureza civil dos atos de improbidade administrativa e suas sanções, pois essa "natureza civil" retira seu substrato normativo diretamente do texto constitucional, conforme reconhecido pacificamente por essa SUPREMA CORTE (TEMA 576 de Repercussão Geral, de minha relatoria, RE nº 976.566/PA).

7. O ato de improbidade administrativa é um ato ilícito civil qualificado – "ilegalidade qualificada pela prática de corrupção" – e exige, para a sua consumação, um desvio de conduta do agente público, devidamente tipificado em lei, e que, no exercício indevido de suas funções, afaste-se dos padrões éticos e morais da sociedade, pretendendo obter vantagens materiais indevidas (artigo 9º da LIA) ou gerar prejuízos ao patrimônio público (artigo 10 da LIA), mesmo que não obtenha sucesso em suas intenções, apesar de ferir os princípios e preceitos básicos da administração pública (artigo 11 da LIA).

8. A Lei 14.230/2021 reiterou, expressamente, a regra geral de necessidade de comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação do ato de improbidade administrativa, exigindo – em todas as hipóteses – a presença do elemento subjetivo do tipo – DOLO, conforme se verifica nas novas redações dos artigos 1º, §§ 1º e 2º; 9º, 10, 11; bem como na revogação do artigo 5º.

9. Não se admite responsabilidade objetiva no âmbito de aplicação da lei de improbidade administrativa desde a edição da Lei 8.429/92 e, a partir da Lei 14.230/2021, foi revogada a modalidade culposa prevista no artigo 10 da LIA.

10. A opção do legislador em alterar a lei de improbidade administrativa com a supressão da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa foi clara e plenamente válida, uma vez que é a própria Constituição Federal que delega à legislação ordinária a forma e tipificação dos atos de improbidade administrativa e a gradação das sanções constitucionalmente estabelecidas (CF, art. 37, §4º).

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.

12. Ao revogar a modalidade culposa do ato de improbidade administrativa, entretanto, a Lei 14.230/2021, não trouxe qualquer previsão de "anistia" geral para todos aqueles que, nesses mais de 30 anos de aplicação da LIA, foram condenados pela forma culposa de artigo 10; nem tampouco determinou, expressamente, sua retroatividade ou mesmo estabeleceu uma regra de transição que pudesse auxiliar o intérprete na aplicação dessa norma – revogação do ato de improbidade

administrativa culposa – em situações diversas como ações em andamento, condenações não transitadas em julgado e condenações transitadas em julgado.

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.

14. Os prazos prescricionais previstos em lei garantem a segurança jurídica, a estabilidade e a previsibilidade do ordenamento jurídico; fixando termos exatos para que o Poder Público possa aplicar as sanções derivadas de condenação por ato de improbidade administrativa.

15. A prescrição é o perecimento da pretensão punitiva ou da pretensão executória pela INÉRCIA do próprio Estado. A prescrição prende-se à noção de perda do direito de punir do Estado por sua negligência, ineficiência ou incompetência em determinado lapso de tempo.

16. Sem INÉRCIA não há PRESCRIÇÃO. Sem INÉRCIA não há sancionamento ao titular da pretensão. Sem INÉRCIA não há possibilidade de se afastar a proteção à probidade e ao patrimônio público.

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.

18. Inaplicabilidade dos prazos prescricionais da nova lei às ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, que permanecem imprescritíveis, conforme decidido pelo Plenário da CORTE, no TEMA 897, Repercussão Geral no RE 852.475, Red. p/Acórdão: Min. EDSON FACHIN.

19. Recurso Extraordinário PROVIDO.⁸⁷

No julgamento de origem da ementa acima transcrita, prevaleceu na Suprema Corte o voto do Ministro Alexandre de Moraes, relator para o acórdão do ARE 843.989/PR, pelo qual o Tribunal entendeu ser inaplicável ao direito administrativo sancionador o disposto no art. 5º, XL, da CF.

Entendeu a Corte Suprema que o princípio da retroatividade da lei mais benéfica (art. 5º, XL, CF) existe em homenagem à liberdade, razão pela qual deve ter incidência específica no campo do direito penal, porquanto a aplicação de pena privativa de liberdade tem natureza jurídica genuinamente criminal.

Assim, as mudanças na lei de improbidade não retroagem para desconstituir os efeitos de condenações definitivas fundamentadas na prática de atos de improbidade administrativa culposa. De igual modo, entendeu ser irretroativo o novo regime prescricional incluído na LIA pela Lei nº 14.230/2021.

Embora a fundamentação seja criticável, o Tribunal, ao afastar a incidência do princípio da retroatividade da lei mais benéfica no campo do direito administrativo

⁸⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Plenário. ARE 843.989/PR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 18/2/2022 (Repercussão Geral – Tema 1.199)

sancionador, prestigiou os valores da segurança jurídica e preservou a confiança legitimamente depositada nos efeitos da coisa julgada, conforme enuncia expressamente o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988.

A despeito da autoridade da decisão colegiada, a qual deve ser obrigatoriamente observada pelos juízes e tribunais (art. 927, III c/c art. 928, II, do CPC), não parece ter o tribunal adotado o melhor entendimento ao decidir pela inaplicabilidade do princípio da retroatividade da norma mais benéfica ao direito administrativo sancionador.

Ao assim proceder, parece desconsiderar a existência de sanções administrativas que podem gerar efeitos mais gravosos do que muitas sanções penais. Nesse sentido, Fábio Medina Osório esclarece e afirma ser “possível, inclusive, de um ponto de vista dogmático, que uma sanção administrativa cause maior ‘dor’ e ‘sofrimento’ ao infrator do que uma sanção penal, ou mesmo maior gravame a direitos fundamentais.”⁸⁸

Sendo o gravame de tal monta, deve-se dar a devida proteção constitucional, inclusive, se necessário for, com a aplicação de normas originariamente pensadas para aplicação na esfera penal. Inexiste incompatibilidade ou uma absoluta divisão ontológica entre os princípios norteadores do direito penal e do direito administrativo sancionador.

Se há direitos fundamentais envolvidos, o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais ordena a incidência obrigatória de direitos e garantias necessários e suficientes ao exercício do direito de defesa em sua plenitude, sob pena de violação ao princípio da vedação à proteção deficiente, posto que os direitos fundamentais constituem-se em escudos de proteção contra o poder punitivo estatal.

Reconhecendo-se que os direitos fundamentais devem ser exercidos em sua plenitude, resta imperioso reconhecer, contrariamente ao decidido pelo Supremo, a inafastabilidade de aplicação do princípio constante no art. 5º, XL, da CF, ao direito administrativo sancionador, porquanto esse mandamento está catalogado no título constitucional consagrador normas fundamentais.

Deve-se observar, contudo, que a redação do dispositivo acima referido faz referência expressa à aplicação na norma penal, razão pela qual não se pode pretender a sua incidência automática e desmedida ao direito administrativo sancionador. Deve-se ter o devido

⁸⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. p. 174.

cuidado⁸⁹, de modo a evitar interpretações muito restritivas ou mesmo as excessivamente abrangentes. Deve o intérprete ser norteado por cautelosa verificação da aplicabilidade em cada caso concreto, de acordo com circunstâncias fáticas e peculiaridades que se apresentarem.

O voto do Ministro Luiz Fux destaca essa importantíssima discussão teórica e afirma o seguinte:

Não obstante essa proximidade axiológica, com a devida vênia aos entendimentos diversos, não visualizo o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador como figuras exatamente idênticas. Pelo contrário, resta necessário transpor os princípios penais com cautela para o Direito Administrativo Sancionador - sob pena de desnaturar a característica inerente ao ordenamento criminal de agir como *ultima ratio*, último recurso, de controle jurídico dos fatos sociais.⁹⁰

Em reforço argumentativo, o Ministro colaciona em seu voto a seguinte lição doutrinária, a qual, pela sua importância e clareza, aqui se transcreve *ipsis litteris*:

O ilícito penal encontra fundamento distinto do administrativo, especialmente em virtude do princípio da intervenção mínima inerente ao Direito Penal (...)
Os ilícitos administrativos se inserem na atuação conformadora da Administração Pública, que visa à criação de um sistema de incentivos aos cidadãos e à realização de interesses socialmente relevantes.

O ilícito penal, por sua vez, a despeito de também ser criado legalmente com um olhar para a prevenção, ostenta um forte caráter retributivo e produz efeitos sancionatórios nitidamente mais gravosos, o que se constata pela possibilidade de privação da liberdade do condenado.

A transposição de institutos e princípios constitucionais aplicáveis ao Direito Penal para o Direito Administrativo Sancionador é recomendável, mas não deve ser automática e acrítica.

(ARAÚJO, Valter Shuenquener de; BRANCO, Thaís; COSTA, Vítor. Transposição de institutos do direito penal para o direito administrativo sancionador. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro vol.13, n.º.02, pp. 738-764, 2020).⁹¹

Assim, louvável e acertada é a preocupação do Supremo com o dever de preservação da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI, CF), mas, pelas razões invocadas nos parágrafos anteriores deste trabalho, parece ter havido desacerto do Tribunal na parte em que decidiu pela não aplicabilidade do princípio da norma mais favorável (art. 5º, XL, CF) ao direito administrativo sancionador.

Ressalte-se que as considerações realizadas sobre o julgamento do tema 1.199 da Repercussão Geral dizem respeito apenas à fundamentação utilizada. Não obstante,

⁸⁹ “A diferença ontológica entre a sanção administrativa e penal permite transpor com reservas o princípio da retroatividade”. **Superior Tribunal de Justiça**. RMS nº 33.484/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/06/2013. Dje 1/8/2013.

⁹⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Plenário. ARE 843989/PR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 18/8/2022 (Repercussão Geral – Tema 1.199). Página nº 380 do Inteiro Teor do Acórdão.

⁹¹ *Ibid.*, p. 380-381.

utilizando-se a fundamentação defendida nos parágrafos anteriores deste tópico de capítulo, chegar-se-ia à mesma conclusão a que chegou o STF, a seguir reproduzida:

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".⁹²

3.2 O parecer normativo da Advocacia-Geral da União acerca da (ir)retroatividade das alterações normativas promovidas na lei de improbidade administrativa pela lei nº 14.230/2021

A Advocacia-Geral da União (AGU) é instituição jurídica criada pela Constituição Federal de 1998 cuja principal missão é a representação judicial e extrajudicial dos interesses da União, bem como a consultoria e o assessoramento jurídico do Poder Executivo Federal. A AGU tem natureza de Função Essencial à Justiça e a sua previsão constitucional é a seguinte:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Não obstante a atuação judicial, aqui será abordada com maior ênfase a atividade de consultoria jurídica, a qual é exteriorizada por meio da emissão de pareceres. Os pareceres jurídicos, quando exarados pelo chefe da AGU, podem ter efeitos outros além de uma simples

⁹² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Plenário. ARE 843.989/PR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 18/2/2022 (Repercussão Geral – Tema 1.199)

resposta que normalmente se espera quando da submissão de questionamentos a um órgão consultor.

Nos termos da Lei Orgânica da AGU, o “Advogado-Geral da União é o mais elevado órgão de assessoramento jurídico do Poder Executivo, submetido à direta, pessoal e imediata supervisão do Presidente da República”.⁹³

Ademais, é ato privativo do Presidente da República a submissão de assuntos ao exame do Advogado-Geral da União, inclusive para a emissão de parecer. Os pareceres do AGU podem assumir efeitos distintos, a depender da simples aprovação pelo Presidente ou mediante aprovação e respectiva publicação no órgão oficial.

O parecer simplesmente aprovado, sem publicação, cria a obrigatoriedade de observância de seu conteúdo pelos membros da AGU quando no desempenho de suas funções institucionais, sob pena de responsabilidade funcional. O parecer aprovado e publicado, por sua vez, vincula não somente os membros da Advocacia-Geral da União, mas toda a Administração Pública Federal. Esse último é denominado parecer normativo.

A Lei Complementar nº 73/93 prevê o seguinte:

Art. 40 Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º **O parecer aprovado e publicado** juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

§ 2º **O parecer aprovado**, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência⁹⁴. (grifos nossos)

Ainda, de acordo com a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, é atribuição do Advogado-Geral da União fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal.

Com o advento da Lei nº 14.230/21, que realizou ampla reforma na Lei nº 8.429/92 -, surgiu controvérsia sobre os efeitos da aplicação temporal das novas disposições legais, isto é, se poderiam ser aplicadas retroativamente, ou não. Nesse cenário, o Advogado-Geral da União, no cumprimento da atribuição de fixar a interpretação das leis, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal, exarou o parecer nº

⁹³ Art. 3º, §1º. BRASIL. **Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm#>. Acesso em: 10/3/2023.

⁹⁴ *Ibid.*

00005/2022/CNPAD/CGU/AGU, devidamente aprovado pelo Presidente da República e publicado na Edição 213, Seção 1, Página 8, do Diário Oficial da União, em 10/11/2022. Transcreve-se a seguir a ementa do parecer.

EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ATO DE IMPROBIDADE. DEMISSÃO. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. IRRETROATIVIDADE DA NORMA A CASOS JULGADOS. ART. 132, IV. DA LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990.

- 1.** A Lei de Improbidade Administrativa (LIA) possui natureza cível, sendo destinada à responsabilização dos agentes públicos e terceiros, integrando o sistema que tutela a probidade, respaldado no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal (CF) e na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.
- 2.** A aplicação do direito sancionador à tutela da probidade administrativa, não retira sua natureza cível, por isso não cabe a aplicação de todos os princípios e reservas do direito penal à tutela civil da probidade.
- 3.** Reconhece-se a retroatividade da lei benéfica, instituto atinente ao Direito Penal, no Direito Administrativo Sancionador. Entretanto, a retroatividade deve respeitar os pressupostos do sistema constitucional que tutela a probidade.
- 4.** A tipicidade da improbidade extrai-se do artigo 37, § 4º, da CF e a não retroatividade também é retirada do mesmo dispositivo constitucional que especifica a sua regulamentação por lei.
- 5.** As inovações na LIA merecem interpretação sistemática a ser amparada principalmente no preceito constitucional de tutela da probidade. Considerando essa premissa, a retroatividade das novas disposições não pode levar a uma retroação irrestrita, pois significaria violação ao princípio da vedação do retrocesso e perda de eficácia ao comando constitucional previsto no art. 37, § 4º, da CF, bem como extinguiria o poder de autotutela da Administração, com grave reflexo na autonomia administrativa do Poder Executivo, na proteção ao patrimônio público e no direito da sociedade à gestão pública proba.
- 6.** A probidade administrativa foi alçada a direito difuso fundamental no sistema de combate à corrupção definido pela CF, o que impede a retroatividade da norma de forma irrestrita, sob pena de violação do princípio da vedação ao retrocesso no enfrentamento de irregularidades.
- 7.** A retroatividade das alterações da LIA não pode prejudicar o ato jurídico perfeito, reconhecendo-se no caso a aplicação da retroatividade temperada ou mitigada, por meio da qual a lei nova alcança e atinge os efeitos "futuros" de situações passadas consolidadas sob a vigência da lei anterior. As situações consolidadas na vigência da norma anterior submetem-se ao regime vigente ao tempo do seu processamento e decisão.
- 8.** As inovações promovidas pela Lei nº 14.230, de 2021, na Lei nº 8.429, de 1992, não retroagem em relação às sanções disciplinares aplicadas pela autoridade competente por ato improbidade administrativa na vigência da norma anterior.
- 9.** Aos atos ímprobos anteriores às inovações legislativas trazidas pela Lei nº 14.230, de 2021, e não julgados aplica-se as diretrizes da nova norma, diante a análise do caso em concreto, desde que a nova redação seja mais benéfica ao acusado.
- 10.** No caso de atos praticados em momento anterior ao advento da Lei nº 14.230, de 2021, e não julgados pela autoridade competente até a edição da referida lei, aplica-se a norma incidente ao tempo da prática dos respectivos atos (tempus regit actum), se, diante da análise do caso concreto, extrair-se que a nova redação trazida pela Lei

nº 14.230, de 2021, apresenta-se mais maléfica ao acusado, em comparação com a redação anterior, insculpida na Lei nº 8.429, de 1992.⁹⁵

A Conclusão do parecer é a seguinte:

- a) as inovações promovidas pela Lei nº 14.230, de 2021, na Lei nº 8.429, de 1992, não retroagem em relação às sanções disciplinares aplicadas pela autoridade competente por ato improbidade administrativa na vigência da norma anterior;
- b) aos atos ímprobos anteriores às inovações legislativas trazidas pela Lei nº 14.230, de 2021, e não julgados aplica-se as diretrizes da nova norma, diante a análise do caso em concreto, desde que a nova redação seja mais benéfica ao acusado.
- c) aos atos ímprobos anteriores ao advento da Lei nº 14.230, de 2021, e não julgados até a edição da referida lei, aplica-se a norma incidente ao tempo da prática dos respectivos atos (*tempus regit actum*), se, diante da análise do caso concreto, extrair-se que a nova redação trazida pela Lei nº 14.230, de 2021, apresenta-se mais maléfica ao acusado, em comparação com a redação anterior, insculpida na Lei nº 8.429, de 1992⁹⁶.

Esse parecer normativo é de fundamental importância para a desejada uniformização da aplicabilidade das novas disposições da LIA no âmbito da administração pública federal, em prestígio ao primado da segurança jurídica. Também atende ao mandamento do art. 30 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro⁹⁷.

Por oportuno, rememore-se que a improbidade administrativa é ilícito funcional punível com a penalidade de demissão, prescindindo de ulterior validação do ato demissório pelo Poder Judiciário⁹⁸. A apuração do ato ímprobo na esfera administrativa tem fundamento no inciso IV da Lei nº 8.112/90, devendo ser apurado mediante hígido e necessário processo administrativo disciplinar, autonomamente⁹⁹ ao regramento previsto na LIA.

A dispensa de prévia análise pelo Poder Judiciário não afasta a apreciação a *posteriori*, porquanto a ordem jurídica brasileira adota o sistema de jurisdição una, pelo qual nenhuma

⁹⁵ BRASIL. **Advocacia-Geral da União**. Parecer normativo nº 00005/2022/CNPAD/CGU/AGU. NUP: 00688.000720/2019-10. Aprovado em 9/11/2022. Publicado em 10/11/2022, Edição 213, Seção 1, Página 8, do Diário Oficial da União.

⁹⁶ BRASIL. **Advocacia-Geral da União**. Parecer nº 00005/2022/CNPAD/CGU/AGU. NUP: 00688.000720/2019-10. Aprovado em 9/11/2022. Publicado em 10/11/2022, Edição 213, Seção 1, Página 8, do Diário Oficial da União.

⁹⁷ “Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas”. BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 10/3/2023.

⁹⁸ “Compete à autoridade administrativa aplicar a servidor público a pena de demissão em razão da prática de improbidade administrativa, independentemente de prévia condenação, por autoridade judiciária, à perda da função pública.” BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Primeira Seção. Súmula nº 651. Aprovada em 21.10.2021. DJe 25.10.2021.

⁹⁹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. MS 15.054/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/05/2011, DJe 19/12/2011.

lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser subtraída da apreciação jurisdicional, conforme se extrai do comando expreso no art. 5º, XXXV da Carta Maior.

Quanto à controvérsia, a Advocacia-Geral da União reconhece a retroatividade da lei mais benéfica no sistema da improbidade, mas o faz com fundamento no art. 37, 4º, da Constituição, entendendo ser a garantia prevista no art. 5º, XL, restrita ao direito penal. O item 15 do parecer enuncia o seguinte: “No campo da improbidade administrativa, a exigência de tipicidade, legalidade estrita e irretroatividade da lei sancionatória decorre do artigo 37, § 4º, da CF, que, além de fixar a tutela da probidade administrativa, determina que os seus tipos e sanções serão previstos em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”¹⁰⁰.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema 1.199, também entendeu pela inaplicabilidade da mencionada garantia, conforme analisado no tópico anterior deste capítulo. Não obstante a autoridade da decisão e o parecer normativo da AGU, não se deve afastar a aplicação do princípio consagrado no inciso XL do art. 5º da Magna Carta Brasileira ao direito administrativo sancionador, cuja incidência é autorizada pelo inciso LV do art. 5º da Constituição.

O principal argumento utilizado para afastar a aplicação fundamenta-se no fato de a parte inicial da redação do dispositivo fazer expressa menção à “lei penal”. Ora, o próprio STF possui precedente que decidiu pela aplicação de princípios oriundos do direito penal no direito administrativo sancionador. Sobre essa temática, Napoleão Maia Filho lembra o seguinte:

É uma **coisa exótica** pôr-se ainda em discussão a retroatividade de qualquer lei sancionadora mais benéfica ao acusado ou ao réu, porque o colendo STF, no julgamento do MS 23.262/DF, sob a condução do douto ministro Dias Toffoli, já assentou que **o princípio da presunção da inocência (artigo 5º, LVII da Constituição), nascido e crescido no Direito Penal, se aplica aos processos administrativos sancionadores, apesar de o dispositivo magno aludir à lei penal.**

(...)

A leitura do artigo 5º, XL da Constituição, segundo o qual *a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*, deve levar à inevitável conclusão de que o termo *penal* abrange todas as regras sancionadoras, seja qual for a sua natureza, e que o benefício que proporciona *também pode ser de qualquer espécie, seja material ou processual*. Representa uma acintosa fraude à Constituição dizer que *lei penal*, no contexto desse item normativo da Constituição, *significaria somente a lei penal incriminadora*¹⁰¹. (grifos do autor)

¹⁰⁰ BRASIL. **Advocacia-Geral da União**. Parecer normativo nº 00005/2022/CNPAD/CGU/AGU. NUP: 00688.000720/2019-10. Aprovado em 9/11/2022. Publicado em 10/11/2022, Edição 213, Seção 1, Página 8, do Diário Oficial da União.

¹⁰¹ MAIA FILHO, Napoleão. **O princípio da retroatividade da lei sancionadora mais benigna**. Revista Consultor Jurídico, Brasília, 04 de maio de 2022.

Reforça-se esse entendimento pelas considerações realizadas no item 2.2 do segundo capítulo desta monografia jurídica, onde se demonstrou que a ação de improbidade tem natureza jurídica cível, mas de cunho penal.

Raciocinar dessa forma não contraria o regramento específico do sistema de improbidade, nem representa retrocesso no combate aos atos ímprobos, mas apenas fortalece direitos e garantias guardados sob o abrigo constitucional, em respeito ao princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Contudo, deve-se ter a devida atenção, conforme abordagem já realizada no tópico 3.1 deste trabalho, para que a retroação não tenha tamanha amplitude como ocorre no âmbito específico do direito penal, sob pena, aí sim, de vulneração do combate à improbidade e retrocesso no combate aos atos lesivos à administração pública. Isso, no entanto, não autoriza o afastamento da garantia do art. 5º, XL, da CF, ao direito administrativo sancionador, aqui incluído o sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa.

Embora o parecer normativo tenha afastado a incidência do art. 5º, inciso XL, a Advocacia-Geral da União defende a que a Lei 14.230/21 produza efeitos *ex nunc*, com vistas a preservar os princípios da confiança legítima, a validade dos atos anteriormente praticados pelo poder público e o conteúdo do princípio da segurança jurídica, em nítida homenagem ao princípio da retroatividade mitigada.

O parecer estabelece a irretroatividade da norma administrativa a casos julgados, com a possibilidade de aplicação aos efeitos futuros de fatos passados, isto é, da aplicação a casos não definitivamente julgados.

Destaque-se, por fim, que as considerações aqui realizadas sobre o parecer dizem respeito apenas à fundamentação utilizada pela Advocacia-Geral da União, conforme exposto no presente tópico de capítulo. Não obstante, chegar-se-ia à mesma conclusão exarada no parecer.

CONCLUSÃO

Nas laudas deste trabalho acadêmico foi possível compreender a controvérsia jurídica existente a respeito do conceito de improbidade administrativa, bem como da sua natureza jurídica complexa, composta simultaneamente por sanções de natureza penal, administrativa, civil e política.

A análise minuciosa da probidade administrativa, cuja disciplina tem origem na Constituição Federal, permitiu compreendê-la como um direito fundamental difuso, embora não catalogado no título II do texto da carta cidadã, posto que essa consideração é feita pela identificação da fundamentalidade material, aspecto esse presente no direito à probidade. Essa cognição fundamenta-se, também, na cláusula aberta do art. 5º, § 2º, da CF.

O reconhecimento da probidade administrativa como um direito difuso fortalece o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, eis que é atraída para o sistema da improbidade a aplicação subsidiária de normas do microsistema de processo coletivo, especialmente a lei de ação popular e a lei de ação civil pública.

A pesquisa também demonstrou a existência aproximações entre o sistema da improbidade, o direito administrativo sancionador e o direito penal, o que já era possível reconhecer mesmo antes do advento da Lei nº 14.230/21, que reformou e inseriu na Lei nº 8.429/92 regra expressa sobre o emprego das garantias constitucionais do direito administrativo sancionador às sanções da lei de improbidade.

O mencionado tópico da reforma reanimou relevante questão de direito sobre a aplicação das leis no tempo, especialmente a discussão se haveria incidência, ou não, do princípio da retroatividade da lei mais benéfica (art 5º, XL, CF) às sanções de improbidade administrativa, agora formalmente integrante do direito sancionador.

A controvérsia chegou ao Supremo Tribunal Federal e a maioria dos ministros, no julgamento do tema 1.199 da repercussão geral, entendeu pela inaplicabilidade do inciso XL do artigo 5º da Constituição Cidadã às sanções de improbidade, ao argumento de que tal dispositivo seria de incidência restrita ao direito penal *stricto sensu*, posto que o princípio fora pensado em homenagem à liberdade, não sendo aplicável ao direito administrativo.

Dessa forma, o Tribunal entendeu serem irretroativas as mudanças promovidas pela Lei nº 14.230/21 no elemento subjetivo e na prescrição da improbidade administrativa, de

modo a preservar os julgamentos finalizados na vigência da norma anterior, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, consubstanciado no art. 5º, XXXV, da CF.

No entanto, ressaltou a aplicação da nova lei aos atos culposos de improbidade administrativa praticados na vigência das disposições legais anteriores, desde que não haja condenação transitada em julgado, em razão da revogação expressa do texto anterior; cabendo ao juízo competente a feita de análise da existência de eventual dolo por parte do agente.

Demonstrou-se nesse trabalho o desacerto da decisão colegiada no ponto em que referendou o fundamento da não incidência do art. 5º, XL, da CF ao direito administrativo sancionador e, conseqüentemente, às disposições de improbidade. Desacerto por que o inciso LV mostra que o conteúdo do inciso XL contém direito subjetivo que se aplica a todos os réus ou acusados, independentemente de sua natureza, inclusive cíveis e administrativos.

Não obstante a crítica realizada sobre a fundamentação utilizada pela Corte Suprema, este trabalho concluiu pelo acerto da tese fixada em regime de repercussão geral que decidiu pela irretroatividade das disposições benéficas da Lei nº 14.230/21 aos casos já definitivamente julgados, bem como a não retroatividade do novo regime prescricional.

As mesmas considerações foram feitas ao parecer normativo da Advocacia-Geral da União que disciplinou a aplicação temporal da Lei nº 14.230/21 na atividade disciplinar da administração pública federal, pois a fundamentação do parecer também afasta a aplicação do inciso XL do art. 5º da Constituição Federal às sanções de improbidade.

Concluiu-se que a probidade administrativa é direito fundamental difuso, devendo-lhe, em razão do princípio da vedação à proteção deficiente e a máxima efetividade dos direitos fundamentais, ser aplicado o princípio da retroatividade da lei mais benéfica consagrado no art. 5º, XL da Constituição Federal disposições da Lei nº 14.230/21.

Não obstante, deve-se ter a devida cautela para não se fazer a transposição automática e desmedida de uma esfera de responsabilização para outra, ante o dever de observância das particularidades inerentes à autonomia de cada ramo jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE SILVA, Alan Faria; VILLAS BÔAS, Regina Vera. **Direitos transindividuais e direitos humanos – suas conexões para proteção da pessoa humana**. Revista Pensamento Jurídico – São Paulo – Vol. 14, Nº 1, jan./jul. 2020. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/RPensam-Jur_v.14_n.1.02.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2022.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2010.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 6/3/2023.

_____. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 10/3/2023.

_____. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 2/3/2023.

_____. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 2/3/2023.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3/1/2023.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 26/12/2022.

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 24/12/2022.

_____. **Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm>. Acesso em: 10/3/2023.

_____. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 2/3/2023.

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 3/1/2023.

_____. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 3/1/2023.

_____. **Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm>. Acesso em: 3/1/2023.

_____. **Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114230.htm>. Acesso em: 10/3/2023.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp. nº 510.150/MA. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17/2/2004, DJe 29/3/2004.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp. nº 909.446/RN. Rel. Ministro. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 6/4/2010, DJe 22/4/2010.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp. 939.118/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 01/03/2011.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no REsp. nº 1.245.622/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 16/6/2011, DJe 24/6/2011.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. AIA nº 30/AM, relator Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 21/9/2011, DJe 28/9/2011

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. MS 15.054/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/05/2011, DJe 19/12/2011.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. RMS nº 33.484/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/06/2013. Dje 1/8/2013.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp. nº 1.193.248/MG. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 24/4/2014, DJe 18/8/2014.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 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.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. RMS n. 37.031/SP, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 8/2/2018, DJe de 20/2/2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 1.402.893/MG, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 11/4/2019, DJe de 22/4/2019.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Primeira Seção. Súmula nº 650. Aprovada em 22.9.2021. DJe 27/9/2021.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Primeira Seção. Súmula nº 651. Aprovada em 21.10.2021. DJe 25/10/2021.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1.913.638/MA. Relator: Ministro GURGEL DE FARIA. PRIMEIRA SEÇÃO. Julgado em: 11/05/2022. DJe 24/05/2022. (tema repetitivo nº 1108).

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Plenário. ARE 843.989/PR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 18/2/2022 (Repercussão Geral – Tema 1.199)

_____. **Advocacia-Geral da União**. Parecer nº 00005/2022/CNPAD/CGU/AGU. NUP: 00688.000720/2019-10. Aprovado em 9/11/2022. Publicado no Diário Oficial da União em 10/11/2022, Edição 213, Seção 1, Página 8.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 8º ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **As mudanças promovidas pela Lei nº 14.230/2021 no elemento subjetivo e na prescrição da improbidade retroativa retroagem?** Dizer o

Direito, Manaus, 2022. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2022/11/as-mudancas-promovidas-pela-lei.html>>. Acesso em: 06/03/2023.

GADELHA, José Júlio. **Processo administrativo disciplinar federal: em busca da nulidade zero**. 1º. ed. Curitiba: Juruá, 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13º. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021**. 1º. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022.

MAIA FILHO, Napoleão. **O princípio da retroatividade da lei sancionadora mais benigna**. Revista Consultor Jurídico, Brasília, 04 de maio de 2022.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª Edição. Editora Atlas Jurídico. São Paulo, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª Edição. Atualizada por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. Malheiros Editores. São Paulo, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.

PIOVESAN, Flávia. **DIREITOS HUMANOS: DESAFIOS E PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS**. Rev. TST, Brasília, vol. 75, no 1, jan/mar 2009. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/6566/010_piovesan.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022.

REMEDIO, J. A., & LOPES, T. H. T. (2019). **A PROIBIDADE ADMINISTRATIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL DIFUSO**. *Revista Paradigma*, 28(2), 154–176. Recuperado de <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1414>. Acesso em 2/3/2023.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: valores e princípios constitucionais tributários**. 2º ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS, 2005 Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf>>. Acesso em: 4/1/2023.