



UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE PALMAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CAIO MARCUS DE SOUZA DUTRA

**APLICAÇÃO DA LEI N.º 14.230/2021 NO TEMPO:
LIMITAÇÕES À RETROATIVIDADE DO NOVO SISTEMA DIANTE
DO DIREITO FUNDAMENTAL DIFUSO À PROIBIDADE
ADMINISTRATIVA**

Palmas/TO
2021

Caio Marcus de Souza Dutra

**Aplicação da Lei n.º 14.230/2021 no Tempo:
Limitações à retroatividade do novo sistema diante do direito fundamental
difuso à probidade administrativa**

Artigo apresentado à Universidade Federal do Tocantins
– UFT, Campus Universitário de Palmas/TO, Curso de
Direitos, visando à obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Prof.ª Dr.ª Aline Sueli de Salles Santos

Palmas/TO
2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Tocantins

- D978a Dutra, Caio Marcus de Souza.
Aplicação da Lei n.º 14.230/2021 no Tempo: Limitações à Retroatividade do Novo Sistema Diante do Direito Fundamental Difuso à Probidade Administrativa. / Caio Marcus de Souza Dutra. – Palmas, TO, 2022.
39 f.

Artigo de Graduação - Universidade Federal do Tocantins – Câmpus Universitário de Palmas - Curso de Direito, 2022.
Orientadora : Aline Sueli de Salles Santos

1. Direito. 2. Direito Administrativo Sancionador. 3. Improbidade Administrativa. 4. Retroatividade. I. Título

CDD 340

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – A reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio deste documento é autorizado desde que citada a fonte. A violação dos direitos do autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Elaborado pelo sistema de geração automática de ficha catalográfica da UFT com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Caio Marcus de Souza Dutra

**Aplicação da Lei n.º 14.230/2021 no Tempo:
Limitações à retroatividade do novo sistema diante do direito fundamental
difuso à probidade administrativa**

Artigo apresentado à UFT – Universidade Federal do Tocantins – Campus Universitário de Palmas, Curso de Direito foi avaliado para a obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada (o) em sua forma final pelo Orientador e pela Banca Examinadora.

Data de aprovação: 23 / 06 / 2022

Banca Examinadora

Prof.^a Dr.^a Aline Sueli de Salles Santos, UFT
(orientadora)

Prof. Esp. Marcelo Benetele Ferreira, UFT

Prof.^a Ma. Ana Patrícia Rodrigues Pimentel, UFT

Esp. Jorgam de Oliveira Soares, MP/TO

“Nenhum vício é mais tétrico do que a ganância. [...] Transformar em lucro pessoal a administração do Estado não é só coisa vergonhosa, mas crime ignóbil e torpeza nefanda.” (Cícero – Dos Deveres, Tomo II, C. XXXIV)

RESUMO

Fruto de longa evolução normativa e de debates políticos que remontam à Era Imperial do Brasil, a Lei n.º 8.429, de 1992, inovando com relação aos diplomas anteriores, conseguiu dar início a um sistema normativo mais robusto de combate à improbidade administrativa, classificando os atos de improbidade de acordo com o bem jurídico afetado e instituindo respectivas sanções de natureza civil, administrativa e política. Contudo, após quase trinta anos em vigor sem alterações significativas, o referido diploma normativo sofreu profunda reforma pela Lei n.º 14.230, de 2021, que, entre outros pontos, passou a vincular expressamente a persecução pelo ato de improbidade aos princípios constitucionais aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador, incluindo o de retroatividade das normas mais benéficas. Busca-se, portanto, com a presente pesquisa, investigar os limites da retroatividade do novo diploma legal, a partir de uma perspectiva da proteção da probidade administrativa como direito fundamental de titularidade difusa.

Palavras-chaves: Direito Administrativo; Improbidade Administrativa; Direito Administrativo Sancionador; Retroatividade.

ABSTRACT

As a result of a long legal e political debates evolution, that date back to Imperial Era of Brazil, the Law n. 8.429/1992, innovating compared to its previous acts, was succeeded in instituting a robust normative system to combat administrative misconducts, classifying the acts according to the affected assets, and instituting the corresponding civil, political and administrative penalties. However, after almost thirty years of existence with no significative changes, the aforementioned normative act suffered a deep reform by the Law n. 14.230/2021, which, among other points, started to expressly link the prosecution for the act of administrative misconduct to the constitutional principles applicable to Sanctioning Administrative Law, including the retroactivity of the most beneficial rules. Therefore, with the present research, we seek to investigate the limits of retroactivity of the new normative act, from a perspective of the protection of administrative probity as a diffuse ownership fundamental right.

Key-words: Administrative Law; Administrative Misconduct; Administrative Penalty Law; Retroactivity.

LISTA DE SIGLAS

AgInt	Agravo Interno
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AIA	Ação de Improbidade Administrativa
ARE	Agravo em Recurso Extraordinário
AREsp	Agravo em Recurso Especial
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DAS	Direito Administrativo Sancionador
DJ	Diário de Justiça
DJe	Diário de Justiça Eletrônico
HC	Habeas Corpus
LIA	Lei de Improbidade Administrativa
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
PL	Projeto de Lei
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	DIREITO FUNDAMENTAL À PROIBIDADE ADMINISTRATIVA	12
2.1	Definição de Proibidade Administrativa	12
2.2	A Proibidade Administrativa como Direito Fundamental.....	16
3	O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	20
3.1	A Lei n.º 14.230/2021 e a incidência dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador	21
3.2	A retroatividade da norma mais benéfica como princípio constitucional do Direito Administrativo Sancionador	24
4	LIMITES À RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA NO CAMPO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	27
4.1	Colisão entre Direitos Fundamentais.....	27
4.2	A retroatividade da norma mais benéfica e o direito fundamental de proteção da proibidade administrativa.....	30
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	35
	REFERÊNCIAS	36

1 INTRODUÇÃO

A questão da persecução estatal pela prática do improbidade administrativa pelo agente público, na esfera extrapenal, é, sem sombra de dúvidas, fonte de inúmeras discussões no campo jurídico e político, tendo em consideração, principalmente, a deliberada generalidade da previsão constitucional sobre os atos dos agentes públicos que podem se qualificar como ímprobos e as respectivas sanções cominadas (art. 37, § 4.º), bem como, em muitos casos, a influência de interesses pessoais da classe política na solução desses vácuos normativos no âmbito infraconstitucional, na medida em que, vale lembrar, são estes os principais sujeitos passivos das respectivas ações civis persecutórias.

Não obstante essas especificidades, a Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, principal diploma normativo atualmente em vigor no Brasil, no que diz respeito ao combate à improbidade administrativa, avançou com relação aos diplomas anteriores e conseguiu instituir um sistema mais robusto de regulamentação sobre a definição dos atos de improbidade, suas sanções, sujeitos passivos e ativos, prazos de prescrição, independência relativa entre as instâncias punitivas, bem como sobre aspectos processuais e procedimentais.

Pode-se dizer que, conquanto não seja perfeita, a Lei n.º 8.429, de 1992, fruto de longa evolução normativa e debates políticos que remontam à Era Imperial do Brasil, “ao menos representa um instrumento dotado de real eficácia no combate à corrupção” (GARCIA; ALVES, 2017, p. 282), na medida em que, para além da aplicação da pena na esfera individual (a partir de um viés retributivo da sanção estatal), possibilita a adoção de medidas/sanções voltadas à proteção e à valorização do funcionamento ético e adequado da máquina pública, com a previsão de afastamento (inclusive de forma cautelar) do gestor faltoso e de instrumentos eficazes de recomposição do erário ou reparação do dano causado pelo ato de improbidade (viés reparatório).

Todavia, após 29 anos de vigência da lei de combate à improbidade administrativa sem alterações significativas em sua redação original, adveio a Lei n.º 14.230, de 25 de outubro de 2021, promovendo profunda reforma em seu texto, tanto no campo material quanto no campo processual, com alterações de regras de prescrição, requisitos de medida cautelar, legitimidade ativa para a propositura da ação civil, elemento subjetivo dos tipos de improbidade, taxatividade dos tipos descritos, entre outras. Em linhas gerais, justificou-se a reforma na alegada necessidade de se adequar o diploma normativo à dinâmica atual da sociedade brasileira, bem como de se positivarem os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários então predominantes

sobre a matéria, conferindo, dessa forma, segundo o legislador, maior segurança jurídica ao gestor público, na condução cotidiana de suas funções de ofício¹.

Dentre as alterações mais significativas – na medida em que influencia a própria estrutura principiológica do sistema normativo de combate à improbidade administrativa –, destaca-se a inclusão do § 4.º, no art. 1.º, da Lei n.º 8.429, de 1992, o qual passou a consignar, de forma expressa, a necessidade de observância, na interpretação e na aplicação da lei no caso concreto, dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador, sem, no entanto, elencá-los.

A partir dessa premissa, e à luz da jurisprudência contemporânea dos Tribunais Superiores², parte da comunidade jurídica pátria passou a defender, entre outros desdobramentos dessa previsão normativa, a aplicação automática do princípio da retroatividade penal a todas as normas de direito material incluídas pela Lei n.º 14.230, de 2021, que sejam mais benéficas ao investigado, réu ou condenado pela prática de ato de improbidade administrativa, com fundamento no art. 5.º, inc. XL, da Constituição da República³. Contudo, essa posição encontrou resistência em outro setor da doutrina, que argumenta que a retroatividade indiscriminada das novas disposições acabaria por inviabilizar, na prática, o combate à corrupção no País⁴.

Percebe-se, assim, que, longe de pacificar o tema, a reforma da Lei n.º 8.429, de 1992, pela Lei n.º 14.230, de 2021, acabou por inflamar ainda mais os debates na comunidade jurídica e em geral em torno dos instrumentos de combate à improbidade administrativa, contrapondo os argumentos que sustentam, por um lado, a necessidade de manutenção de um sistema mais robusto de investigação e persecução estatal, inclusive com a prevalência, sobre algumas

¹ A Exposição de Motivos e os Relatórios de Apreciação do PL n.º 10.887/2018 (no Senado Federal, foi autuado sob o n.º 2.505/2021), que culminou na Lei n.º 14.230/2021, podem ser acessados em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>.

² Vide, v.g.: STJ, RMS n.º 37.031/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 20 fev. 2018 (“[...] o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5.º, XL, da Constituição da República, alcança as leis que disciplinam o direito administrativo sancionador. [...]”), e RMS n.º 12.539/TO, Rel. Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, DJ de 01 jul. 2004, p. 278.

³ A título de exemplo, cita-se: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resente; HALPERN, Erick. *A retroatividade da lei mais benéfica no Direito Administrativo Sancionador e a reforma da Lei de Improbidade pela Lei 14.230/2021*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2021/11/08/reforma-da-lei-de-improbidade/>> Acesso em 24 jan. 2022; e CAPEZ, Fernando. *Retroatividade in melius da prescrição intercorrente na Lei de Improbidade*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-dez-02/controversias-juridicas-retroatividade-in-melius-prescricao-intercorrente-lei-improbidade>> Acesso em 24 jan. 2022.

⁴ Como exemplo, cf.: SOUZA, A. A. de; COSSATIS, R. C. *Corruptissima republica plurimae leges: Retroatividade da Nova Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 14.230/2021)?*, [s.l.]: CONAMP, mar. 2022, Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/publicacoes/artigos-juridicos/8714-corruptissima-republica-plurimae-leges-retroatividade-da-nova-lei-de-improbidade-administrativa-lei-n-14-230-2021.html>>. Acesso em: 24 mai. 2022; AMADEI, V. de A. *Principais Alterações da Lei n.º 14.230/2021 e seus impactos nos processos em cursos e findos...* São Paulo, EPM, mar. 2022, Disponível em: <<https://epm.tjsp.jus.br/Artigo/DireitoPublico/81817>> Acesso em: 24 mai. 2022.

garantias do investigado ou réu, do interesse público na manutenção de uma administração pública proba, aos argumentos que protagonizam, por outro, a necessidade de observância das garantias individuais dos agentes contra os quais se imputa a prática do ato de improbidade, bem como a de conferir maior segurança jurídica à condução de suas atividades de ofício, principalmente no que se refere aos gestores políticos.

Tratam-se de posicionamentos que, conquanto se contraponham, ancoram igualmente sua legitimidade argumentativa na estrutura jurídica de proteção aos direitos fundamentais: um, em seu aspecto individual (direitos de primeira dimensão), e outro, em seu aspecto difuso (direitos de terceira dimensão), de modo que a solução da controvérsia ultrapassa a simples análise individual dos enunciados normativos que incidem sobre a questão (com técnicas de precedência de uma norma sobre a outra) e passa a integrar a própria coesão do sistema, a partir de um exercício sistêmico de ponderação entre os direitos fundamentais colidentes, extraindo-se a norma a ser aplicada no caso concreto, bem como seus respectivos contornos.

O objetivo da presente pesquisa é, portanto, partindo desse cenário, investigar o alcance de incidência dos chamados “princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador”, no sistema normativo de proteção à probidade administrativa, com foco no questionamento acerca da retroatividade, ou não, da norma posterior mais benéfica ao investigado, réu ou condenado pela prática de ato ímprobo (art. 5.º, inc. XL, *in fine*, CRFB/88), e, se for o caso, sob quais condições a retroatividade é permitida, considerando a colisão deontológica entre o referido princípio (a lei penal deve retroagir para beneficiar o réu) e o princípio amplo de proteção à probidade administrativa (art. 1.º, *caput*, art. 14, § 9.º, art. 37, § 4.º, CRFB/88) (a legislação infraconstitucional deve proteger, de forma eficaz, a probidade administrativa, afastando os agentes ímprobos e, se for o caso, recompondo o erário).

Nesse contexto, o trabalho, além dos capítulos introdutório e conclusivo, se dividirá da seguinte forma: de início, apresentar-se-á brevemente o conceito de probidade administrativa e sua afetação como direito fundamental de terceira dimensão, de titularidade difusa; no capítulo seguinte, abordar-se-á o princípio da retroatividade da inovação normativa benéfica ao acusado (art. 5.º, inc. XL, *in fine*, CRFB/88), como princípio constitucional do Direito Administrativo Sancionador, e sua incidência no combate à improbidade administrativa; finalmente, promover-se-á um trabalho de ponderação entre o princípio constitucional da retroatividade da norma mais benéfica e o direito fundamental à probidade administrativa, definindo, assim, a partir de condições objetivas, os limites de sua incidência sobre o sistema normativo de combate à improbidade.

Cumpra ressaltar, por fim, que, conquanto haja relevantes debates em torno da reforma, já levados ao conhecimento dos Tribunais Superiores – destacando-se, aqui, o Tema de Repercussão Geral n.º 1.199 (*Leading Case*: ARE n.º 843.989/PR, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes), em que se deliberará sobre a (ir)retroatividade das disposições incluídas pela Lei n.º 14.230, de 2021 –, a pesquisa será realizada a partir de uma perspectiva eminentemente teórica, tendo como base a metodologia desenvolvida por Robert Alexy (2015) para solução das colisões entre direitos fundamentais, com a utilização pontual de julgados relevantes apenas para fins de ilustração ou reforço argumentativo.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À PROIBIDADE ADMINISTRATIVA

O instituto da proibidade administrativa, como objeto de estudos próprio e apartado das demais esferas de responsabilização, é relativamente recente, de modo que sua definição e sua natureza ainda despertam muitas divergências, não apenas na comunidade em geral (no senso comum), mas também no âmbito da própria comunidade jurídica, resultando em diferentes interpretações e modos de aplicação das normas nos casos concretos. Vale ressaltar, a propósito, que, a despeito da turbulenta hermenêutica em torno do tema da improbidade administrativa, há relativamente poucos precedentes jurisprudenciais que unificam, de forma coesa e pacífica, a interpretação dessas normas, o que evidencia o incipiente tratamento jurídico da matéria.

O presente capítulo dedicar-se-á, portanto, a apresentar, a partir da análise da doutrina, a definição que se entende mais adequada do instituto da proibidade administrativa, e sua elevação como direito fundamental de titularidade difusa pela Constituição da República de 1988.

2.1 Definição de proibidade administrativa

Observando a legislação nacional em vigor, não é possível encontrar uma conceituação direta e adequada do termo “proibidade administrativa”, mas apenas definições exemplificativas ou taxativas – a depender da espécie – do que podem ser consideradas condutas praticadas em contrariedade ao dever geral de proibidade administrativa, ou seja, quais as condutas que, se praticadas por agentes públicos, podem ensejar a aplicação das sanções cominadas em lei.

Com efeito, a Constituição da República de 1988, apesar de ter inovado em relação às constituições anteriores, ao impor a criação de lei dedicada à sistematização do combate à

improbidade administrativa⁵, limitou-se a descrever suas consequências jurídicas mínimas, nas searas civil, política e administrativa (inelegibilidade, suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário), sem se ocupar, contudo, com a definição do termo ou sua delimitação em um ramo próprio de responsabilização jurídica (art. 14, § 9.º, art. 37, § 4.º, e art. 85, inc. V, da CRFB/88⁶). Aliás, a própria disposição das previsões no texto constitucional, ora entre os direitos políticos, ora nos deveres da administração pública, exemplifica essa despreocupação do Constituinte Originário em promover uma sistematização mais detalhada do instituto no âmbito da Carta Maior.

No âmbito infraconstitucional, a Lei n.º 8.429, de 1992, com a redação dada pela Lei n.º 14.230, de 2021, em simples autorreferência, define como atos de improbidade administrativa “as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9.º, 10 e 11 [da referida] Lei, ressalvados os casos previstos em leis especiais” (art. 1.º, § 1.º). Vale dizer que, em sua redação original, a Lei n.º 8.429, de 1992, não restringia os atos de improbidade às condutas dolosas, também definindo como ímprobos os atos culposos que causassem prejuízo ao erário, conforme se extraía da redação original do *caput* do art. 10⁷. Com a reforma promovida pela Lei n.º 14.230, 2021, a conduta meramente culposa – qualquer que seja o grau de culpa e as consequências materiais da conduta – não mais é tipificada como improbidade administrativa, podendo servir de fundamento, por outro lado, apenas para a persecução puramente civil, por meio da respectiva ação ressarcitória (Lei n.º 7.347, de 1985).

Na literatura, a conceituação direta e autônoma do instituto também é relativamente rara, apegando-se, em muitas das vezes, na relação da improbidade administrativa – ou seja, da conduta praticada sem a observância do dever de probidade – com conceitos jurídicos de aplicação próxima, como a ilegalidade, a imoralidade, a corrupção, entre outros, estabelecendo-se distinções ou similaridades entre eles.

⁵ A Constituição de 1988 foi a primeira a tratar especificamente da improbidade administrativa, embora possam ser encontradas previsões de responsabilização de agentes públicos desde a Constituição Imperial de 1824, com contornos próximos à responsabilidade penal.

⁶ O art. 14, § 9.º, prevê a instituição de Lei Complementar que estabeleça casos de inexigibilidade, “a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício de mandato [...] e a normalidade e legitimidade das eleições [...]”. O art. 37, § 4.º, por sua vez, assenta que “os atos de improbidade importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Por fim, o art. 85, inc. V, prevê como crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a “probidade na administração”.

⁷ “Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas do art. 1.º desta lei [...]”

José Afonso da Silva, por exemplo, define a probidade administrativa como “uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição”, de modo que a improbidade consistiria em “uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem” (2005, p. 669). Já para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, probidade administrativa e moralidade administrativa “são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que se relacionam com a ideia de honestidade na Administração Pública” (2014, p. 899).

Não obstante as definições apresentadas acima (com foco em uma abordagem abstencionista; ou seja, em um dever de *não fazer* por parte do agente público), para uma investigação adequada acerca do direito à probidade administrativa como direito fundamental de titularidade difusa (hipótese a partir da qual se desenvolve o presente trabalho), impõe-se uma conceituação mais ampla do instituto da probidade, que não se limite à sua dimensão repressiva, materializada na simples punição do administrador público faltoso, mas que alcance a dimensão de um direito amplo à reestruturação cultural da sociedade à luz do ideal republicano (dimensão programática), de modo a internalizar, nos cidadãos e, em especial, nos agentes públicos, presentes e futuros, o dever intransigível de conduzir e proteger a República dos efeitos corrosivos da sobreposição dos interesses pessoais aos interesses da coletividade.

Nesse contexto, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves definem bem a probidade, em geral, como a “retidão de conduta, honradez, lealdade, integridade, virtude e honestidade” (2017, p. 181). Citando De Plácido e Silva, os autores ensinam, ainda, que, para os romanos, “a improbidade impunha a ausência de *extimatio*”, sem a qual, “os homens se convertem em *homines intestabiles*, tornando-se inábeis, portanto, sem capacidade ou idoneidade para a prática de certos atos” (1987, p. 799, *apud* GARCIA; ALVES, 2017, p. 181).

Trata-se, portanto, de conceito que se relaciona com a postura virtuosa do indivíduo no exercício de seus deveres jurídicos perante a sociedade na qual está inserido, de modo que, para além de um respeito objetivo às leis que lhe são aplicáveis, o indivíduo probo é aquele que se mostra subjetivamente comprometido com o bom desenvolvimento da sociedade e com as relações jurídicas das quais faça parte; ou seja, aquele que busca assumir uma postura mais proativa em relação ao bem comum e às boas relações interpessoais.

Transportando essa definição ao campo da administração pública, pode-se dizer que o agente público probo é aquele que, no exercício de suas funções de ofício, age com intransigível comprometimento com o interesse público para o qual, e a partir do qual, toda a sua competência funcional é instituída. Dessa forma, com a proteção da probidade administrativa, busca-se resguardar não apenas o patrimônio público material, o erário, mas, principalmente, o

ideal republicano, exaltado no art. 1.º, da Constituição da República, e instrumentalizado no rompimento definitivo da administração pública com o ranço do patrimonialismo – que representou, historicamente, a confusão entre o interesse público com o interesse pessoal do gestor –, bem como no respeito integral às regras e princípios que compõem o ordenamento jurídico do país (NEVES; OLIVEIRA, 2018, p. 27).

Destarte, apesar de contraintuitivo, observa-se que não há uma necessária vinculação – ou limitação – do conceito de probidade administrativa com o de honestidade, moralidade, ou mesmo de legalidade em sentido estrito, de modo que a probidade vai além, abarcando “não só componentes morais, como também os demais princípios regentes da atividade estatal” (GARCIA; ALVES, 2017, p. 186), exemplificados no *caput* do art. 37, da Constituição da República em vigor⁸. Em outros termos, o agente público probo é aquele que se encontra efetivamente comprometido, em suas funções de ofício, com os princípios, objetivos e regras basilares da República, representadas na Constituição e nos diplomas infraconstitucionais que nela se fundam.

Observa-se que o conceito de probidade administrativa, aqui proposto, mostra-se significativamente mais amplo que o próprio conceito de improbidade administrativa, de modo que, se todo ato de improbidade pressupõe a ausência de probidade, nem todo caso em que o agente público atue em desconformidade com seu dever de probidade – ou, melhor dizendo, de forma antijurídica – terá relevância jurídica bastante para legitimar a intervenção do Estado em suas esferas política, administrativa e civil, com fundamento na prática do ato de improbidade, limitando-se às hipóteses e condições previstas nos instrumentos normativos próprios, em especial, atualmente, a Lei n.º 8.429, de 1992 (GARCIA; ALVES, 2017).

Isso porque, para se configurar a improbidade administrativa, enquanto ilícito próprio, há de se verificar a presença de elementos mínimos, de ordem subjetiva, objetiva e normativa, que moldurem os limites, democraticamente estabelecidos, de tolerabilidade social da violação, pelos agentes públicos, de seus deveres de probidade. Daí, pode-se destacar a virtude da Constituição de 1988 em, ao invés de elencar em seu próprio texto as condutas puníveis com as sanções nela previstas, legar ao legislador ordinário, na condição de representante da vontade do povo (titular inafastável do Poder) e, naturalmente, de instituição mais atenta à dinâmica de valores da sociedade (que se adequam às circunstâncias do tempo), a responsabilidade de tipificar quais as condutas que, de fato, consubstanciam uma significativa afronta aos princípios

⁸ “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 [...]”.

republicanos, a justificar o sancionamento político do infrator (considerando que as demais sanções, civil e administrativa, podem ser efetivadas em vias diversas).

De qualquer forma, deve-se ressaltar que, tendo a Constituição estabelecido uma pedra angular desse sistema próprio de proteção à probidade administrativa (sua condição de direito fundamental será aprofundada à frente), principalmente a partir do que dispõe o art. 37, § 4.º, as alterações promovidas pelo legislador ordinário, no que tange à tipificação de condutas e gradação das sanções cominadas, em adequação ao contexto social, não tem o condão de substituir ou alterar os fundamentos estabelecidos na Carta Maior, que, como se sabe, atua como “o filtro axiológico pelo qual se devem ler todas as relações jurídicas” (GONÇALVES; GRILO, 2021, pp. 470-471).

2.2 A probidade administrativa como direito fundamental

Em uma concepção ampla, pode-se definir os direitos fundamentais como aqueles direitos basilares, inerentes à condição humana, que, ao assumirem um lugar de destaque no plano constitucional de um país, ou seja, sendo reconhecidos como tais pelo Constituinte, ainda que implicitamente, atuam como verdadeiros pilares axiológicos para a construção de políticas públicas e das demais normas que compõem o ordenamento jurídico, bem como para a interpretação e a aplicação do Direito no caso concreto (OLIVEIRA, 2014). São, com efeito, no contexto do chamado pós-positivismo – caracterizado pela incorporação de valores humanos básicos no ordenamento jurídico, instrumentalizados na forma de normas-princípios fundamentais⁹ –, “aquelas prerrogativas e instituições que ele [o direito positivo] concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas” (SILVA, 2005, p. 178).

Pode-se dizer, portanto, a partir dessa ótica, que a fundamentalidade de um direito se relaciona com sua vinculação, ou precedência, à afirmação do indivíduo como sujeito de direito e à garantia de que terá uma existência digna na sociedade na qual está inserido – a partir de uma perspectiva individual ou coletiva, em sentido amplo –, bem como, por consequência, à sua capacidade de fruir adequadamente os demais direitos que lhe são conferidos pela ordem jurídica. Em outros termos, determinado direito é classificado como fundamental, na medida em que “não se finaliza em si mesmo, mas que acaba por irradiar e legitimar o ordenamento jurídico como um todo” (OLIVEIRA, 2014, p. 40).

⁹ De acordo com Alexandre Albagli Oliveira, “o pós-positivismo [...] surgiu a partir do esgotamento teórico e empírico positivista, e com o aperfeiçoamento da concepção de que o Direito deve representar, também, uma ordem de valores”, de modo que, “nesse sentido, buscou preencher o conteúdo das normas com padrões da vivência do cotidiano, não só de legalismo, dando nuances de ética, de moral, de historicidade ao Direito [...]” (2014, p. 42).

De acordo com José Afonso da Silva (2005, p. 178):

[...] No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados [...].

Observa-se, nesse contexto, que os direitos fundamentais não se limitam à sua dimensão individual, tampouco a uma abordagem libertária, como, de início, pudesse se conceber. Tratando-se de direitos básicos à condição humana que, incorporados ao ordenamento jurídico pátrio, servem de fundamentos à normatização do comportamento dos sujeitos e à formulação de políticas públicas, estar-se-á diante de direitos fundamentais, ainda que sem titularidade definida e com abordagem, ora de cunho abstencionista, ora exigindo-se um comportamento positivo por parte do Estado e dos demais sujeitos submetidos àquela ordem jurídica.

Em uma perspectiva histórica, de fases de conquistas, a literatura costuma classificar os direitos fundamentais em gerações, ou dimensões, partindo das garantias individuais decorrentes das revoluções liberais do Século XVIII (sendo esta considerada a primeira geração de direitos fundamentais), passando pelos direitos sociais, no contexto do processo de industrialização e urbanização da sociedade, no Século XIX (direitos de segunda dimensão), e avançando, a partir dos traumas humanitários decorrentes da II Guerra Mundial, no Século XX, para o reconhecimento de direitos humanos básicos e universais, fundados no ideal de solidariedade, cuja titularidade transborda a esfera de interesses de um indivíduo ou mesmo de uma coletividade definida a partir de uma relação jurídica base. Trata-se, com efeito, de direitos que importam a toda a humanidade, indistintamente, e que, portanto, não se limitam à sociedade ou à geração no âmbito das quais é reivindicado, avançando inclusive para proteger as gerações futuras (eficácia intergeracional) (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009).

Vale observar que um direito basilar, assim reconhecido no plano internacional (direito humano), somente ganha status de fundamentalidade para o ordenamento jurídico pátrio, quando há sua incorporação no seio da Constituição, que encabeça a estrutura normativa do país; ou seja, quando há sua constitucionalização. O que não significa, contudo, que seu status de direito fundamental deva ser atribuído expressamente pelo texto constitucional (por meio da inclusão em tópico específico, por exemplo), bastando que haja a proteção constitucional – explícita ou implícita – do bem jurídico, bem como a precedência deste, em razão de sua natureza e de sua relação com a proteção da dignidade da pessoa humana, em relação às demais normas que integram o ordenamento jurídico (MARMELSTEIN, 2014).

Destarte, como bem observa George Marmelstein, havendo o lastro de proteção constitucional, ainda que implícita, é possível o reconhecimento de direitos fundamentais, mesmo que previstos fora do texto constitucional, “desde que, por força da própria Constituição, eles possam ser considerados como normas dotadas de juridicidade potencializada” (2014, p. 22). É o caso, por exemplo, dos direitos humanos reconhecidos por diplomas internacionais dos quais o Brasil seja signatário, e que, por força de expressa previsão constitucional (art. 5.º, § 2.º¹⁰), são incorporados no ordenamento jurídico com verdadeiro status de direito fundamental, inclusive se sobrepondo deontologicamente ao conteúdo das normas infraconstitucionais¹¹.

Nesse contexto, mostra-se inelutável a classificação da probidade administrativa como direito fundamental de titularidade difusa¹², albergado como tal pela Constituição da República de 1988, tanto de forma expressa (art. 14, § 9.º, art. 37, § 4.º e art. 85, inc. V), como de forma implícita, a partir do desdobramento lógico dos princípios democrático e republicano (art. 1.º, *caput* e parágrafo único), dos princípios básicos da administração pública (art. 37, *caput*) e dos objetivos fundamentais da República (art. 3.º), bem como por tratados internacionais, como a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida, internalizada pelo Decreto n.º 5.687, de 31/01/2006) (SANTOS, 2012).

De fato, a Constituição da República de 1988 elevou expressamente a probidade administrativa como objeto de proteção, tanto do processo eleitoral – com a determinação ao legislador ordinário para que estabelecesse hipóteses de inelegibilidade, dentre outros motivos, para “proteger a probidade administrativa” (art. 14, § 9.º) –, quanto na administração pública em geral, com a previsão de ação própria, voltada à aplicação de sanções políticas, administrativas e civis ao agente público ímprobo (art. 37, § 4.º), e a tipificação, como crime de responsabilidade do Presidente da República, do atentado à “probidade na administração” (art. 85, inc. V).

Não obstante as previsões expressas no texto constitucional, a proteção à probidade administrativa também decorre, implicitamente, dos princípios republicano e democrático (art.

¹⁰ “Art. 5.º [...] § 2.º 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.”

¹¹ Como decidiu o STF, a partir de voto emblemático do Ministro Gilmar Mendes, “[...] diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante [...]” (STF, RE n.º 466.343/SP, Rel. Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 05 jun. 2009 – Tema de Repercussão Geral n.º 60).

¹² Conforme já assentou o STJ, a respeito, o cabimento da ação civil pública para processamento da pretensão sancionatória, fundada na Lei n.º 8.429/92, decorre da “natureza difusa do interesse tutelado” (STJ, REsp n.º 1.516.178/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, 2.ª Turma, DJe 30 jun. 2015).

1.º), na medida em que a concretização dos valores essenciais a um Estado que se qualifica como uma República Democrática, como a soberania popular, a dignidade da pessoa humana, a cidadania substantiva, bem como o efetivo respeito aos princípios especificamente direcionados à administração pública, elencados no *caput* do art. 37, dependem necessariamente de uma administração pública proba, que, com deferência aos princípios e regras inerentes à atividade estatal, tem sempre os interesses públicos sobrepostos aos interesses particulares de seus agentes ou daqueles que, embora não integrem a estrutura estatal, manipulam seus recursos.

Cumpra ressaltar, ademais, que a observância do dever de probidade na administração pública constitui, inegavelmente, pressuposto lógico para se atingirem os objetivos propostos pelo Estado, por meio do art. 3.º, da Constituição da República, quais sejam: a construção de uma sociedade livre justa e solidária; o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ou seja, sem uma administração pública proba, realmente comprometida com os interesses públicos que se encontram sob sua tutela, a implantação e a execução de políticas básicas em favor da sociedade, com vista a alcançar os objetivos propostos no texto constitucional, restam gravemente prejudicadas, o que acaba por conferir à probidade administrativa um status de precedência axiológica e elevada significância jurídica constitucional; ou seja, de verdadeira fundamentalidade jurídica (SANTOS, 2012).

De acordo com Roberto Lima Santos (2012, p. 6):

A tutela constitucional e internacional da probidade no Estado de Direito é essencial para assegurar os meios necessários para efetivação dos direitos fundamentais, pois, se o Estado e seus agentes são corruptos ou ímprobos, os recursos ficarão comprometidos, e as consequências serão sentidas pelos administrados. [...]

Dessa forma, devemos falar em um “direito fundamental à probidade administrativa”, pois há um verdadeiro direito fundamental coletivo da sociedade a uma administração pública honesta, que apresenta os contornos identificadores dos direitos difusos. Como leciona Pedro Roberto Decomain (2007, p. 27), “tanto o patrimônio público quanto o direito a que, no exercício de suas atividades funcionais, os agentes públicos atuem com a mais estrita observância da probidade administrativa apresentam os elementos característicos dos direitos difusos”.

Nesse mesmo sentido, argumentam José Antônio Remédio e Thiago Henrique Teles Lopes (2019, p. 171), para quem:

[...] há uma simbiose inescusável entre o Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais. Daí decorre o mesmo entrelaçamento concernente à probidade administrativa, na medida em que uma administração ímproba inequivocadamente acarretará a ausência de legitimidade do Estado Democrático de Direito, afrontando, desse modo, seus fundamentos, objetivos e o próprio princípio republicano, até porque, “se a probidade administrativa é da essência da democracia, é natural que a Constituição, ao organizar o Estado, tenha se preocupado em estabelecer meios de controle dos atos e das condutas dos seus agentes” (ZAVASCKI, 2017, p. 100).

Se o texto constitucional possui diversas previsões normativas impondo a observância à probidade administrativa, mesmo que tais acepções não estejam preconizadas no catálogo próprio concernentes aos direitos e garantias individuais, é consectário impositivo da sua observância, como em diversas oportunidades decididas pelo Supremo Tribunal Federal, o reconhecimento do seu amoldamento ínsito à fundamentalidade material expressamente positivada no texto constitucional fora do capítulo concernentes aos direitos fundamentais. Tal conclusão, portanto, denota a existência de um direito fundamental à probidade administrativa.

Dessa forma, não restam dúvidas quanto à posição de destaque dada pelo Constituinte de 1988 à proteção da probidade administrativa enquanto direito fundamental, que, nessa condição, “transverte-se em verdadeira ‘âncora normativa’, fomentando uma saudável relação de interdependência com outros direitos e garantias fundamentais, de mesma forma socialmente substanciosos” (OLIVEIRA, 2014, p. 88).

3 O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Como já mencionado anteriormente, a Constituição de 1988 inovou, em relação às Constituições anteriores, ao tratar expressamente da improbidade administrativa, enquanto instituto jurídico próprio, apresentando um rol mínimo de sanções a serem impostas diante de sua prática, quais sejam: “a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário” (art. 37, § 4.º). A tipificação dos atos, a gradação das sanções previstas na norma constitucional, os procedimentos investigatório e judicial, bem como questões relacionadas à prescrição e alcance subjetivo da norma, ficaram a cargo do legislador ordinário, que, com maior grau de liberdade com relação aos contextos constitucionais anteriores, deveria elaborar um diploma normativo que substituísse as Leis n.º 3.164/57 e 3.502/58¹³, editadas sob a égide da Constituição de 1946 e até então em vigor (GARCIA, 2017).

Quatro anos após a entrada em vigor da Constituição de 1988, e depois de muita discussão no Congresso Nacional, houve finalmente a aprovação da Lei n.º 8.429, de 2 de junho

¹³ Chamadas de Lei Pitombo-Godói Ilha e Lei Bilac Pinto, respectivamente, cuidavam do sequestro e perdimento de bens, nos casos de enriquecimento ilícito ou abuso de poder na Administração Pública.

de 1992, dispondo sobre “as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional”, bem como nos casos de lesão ao erário e afronta a princípio da administração pública. A lei tipificou os atos de improbidade em três categorias principais: atos de improbidade que importem enriquecimento ilícito (art. 9.º); atos de improbidade que causam prejuízo ao erário (art. 10); e atos de improbidade que atentem contra os princípios da administração pública (art. 11).

Esse regime vigorou praticamente intacto até outubro de 2021, quando entrou em vigor a Lei n.º 14.230, de 2021, promovendo-lhe significativa reforma.

Sem adentrar no contexto político que envolveu a elaboração do novo texto, é possível afirmar que a reforma interrompeu, pela primeira vez desde a Constituição Imperial de 1824, uma tendência de recrudescimento normativo no combate à corrupção e, especificamente, à improbidade administrativa no Brasil, com a abolição de tipos, a instituição de normas mais rígidas de prescrição e a acentuação de um caráter mais repressivo da ação por ato de improbidade, afastando, expressamente, sua dimensão reparatória e impondo, a partir dessa perspectiva, a observância mais rígida dos chamados princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador, como fica expresso no *caput* do novel art. 17-D, da LIA, de acordo com o qual:

Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Neste capítulo, serão apresentadas as principais alterações promovidas na Lei n.º 8.429, de 1992, pela Lei n.º 14.230, de 2021, em especial quanto à previsão de incidência dos princípios do Direito Administrativo Sancionador às ações por ato de improbidade administrativa, abordando, de maneira mais aprofundada, a aplicabilidade do princípio da retroatividade da norma mais benéfica, previsto na parte final do art. 5.º, inc. XL, da Constituição da República.

3.1 A Lei n.º 14.230/2021 e a incidência dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador

Desde sua promulgação, em junho de 1992, a Lei n.º 8.429 figurava entre os mais acalorados debates na academia e nos foros, que procuravam compreender seu alcance, a natureza da ação nela prevista e a tipificação das condutas, especialmente com relação ao

elemento subjetivo exigido, bem como acerca da aplicação das suas normas aos casos concretos. Desses debates, surgiram vários posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, que, consolidados, passaram a ser adotados como balizadores hermenêuticos da lei à luz da Constituição da República de 1988.

Nesse contexto, em 2018, a partir de um trabalho de uma Comissão de Juristas, realizado sob a coordenação do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Mauro Campbell Marques, deflagrou-se na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 10.887, de 17 de outubro de 2018, de iniciativa do Deputado Federal Roberto Lucena (PODEMOS/SP) visando à adequação da Lei n.º 8.429, de 1992, “às mudanças ocorridas na sociedade e também para adaptar-se às construções hermenêuticas da própria jurisprudência, consolidadas em decisões dos Tribunais” (BRASIL, 2018). Após debates e apresentação de emendas e substitutivos ao anteprojeto – que se intensificaram na segunda metade de 2021 –, o Projeto de Lei foi aprovado na Câmara dos Deputados e no Senado Federal¹⁴, resultando, com a sanção sem vetos pelo Presidente da República, na Lei n.º 14.230, de 26 de outubro de 2021, que, em muitos pontos, se distanciou significativamente da proposta original, apresentada em 2018 e baseada nos estudos apresentados pela Comissão de Juristas.

Dentre as diferenças mais relevantes do texto aprovado com relação à proposta inicial, destaca-se a preocupação do legislador em conferir à ação por ato de improbidade administrativa um caráter eminentemente repressivo, sancionador, com a vedação expressa de uma possível função reparatória e/ou de proteção ao patrimônio público ou social que pudesse ser dada à ação disciplinada naquela lei. Ademais, a Lei n.º 14.230, de 2021, incluiu na Lei n.º 8.429, de 1992, diversas disposições próprias do Direito Punitivo, como parâmetros subjetivos de dosimetria, acréscimo de sanções em casos de continuidade, reiteração ou concurso material, proibição de dupla punição em esferas diversas, comunicabilidade integral em relação à sentença absolutória penal confirmada por órgão colegiado (inclusive por falta de provas ou não constituir o fato crime), o interrogatório como meio de defesa, entre outras.

Em reforço a essa premissa, o legislador determinou expressamente a aplicação, “ao sistema de improbidade” disciplinado pela referida lei, dos “princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador” (art. 1.º, § 4.º), visando não só estancar celeumas doutrinárias sobre a natureza da ação de improbidade, “mas também para impor a observância em todo o microsistema da lei de improbidade de princípios básicos do direito punitivo estatal,

¹⁴ No Senado, o PL recebeu o n.º 2.505/2021.

frequentemente relacionados apenas ao Direito Penal” (CAVALCANTE FILHO, 2021, pp. 1-2).

Sobre o Direito Administrativo Sancionador, Benedito Gonçalves e Renato César Guedes Grilo o definem como “a expressão do efetivo poder de punir estatal, que se direciona a movimentar a prerrogativa punitiva do Estado, efetivada por meio da Administração Pública e em face do particular ou do administrado” (2021, p. 468), muito embora, deve-se ressaltar, não se restrinja às atividades jurídico-administrativas exercidas no âmbito do Poder Executivo, podendo ser realizada no âmbito do Poder Legislativo (vide, por exemplo, as sanções aplicadas pelas Cortes de Contas, no exercício de sua competência constitucional, e as sanções de perda de mandato eleitoral, previstas no art. 55, da Carta Magna¹⁵) e do Poder Judiciário (tanto em suas funções *interna corporis*, na gestão de carreira dos magistrados ou fiscalização de serviços notariais, quanto na manifestação do *ius puniendi* estatal extrapenal, como é o caso, entre outros, da aplicação de sanções por ato de improbidade administrativa) (OLIVEIRA; GROTTI, 2020).

É interessante perceber que, independentemente de consignação expressa do legislador, a ação por ato de improbidade administrativa sempre foi expressa ou implicitamente tratada – ao menos nas últimas décadas –, pela comunidade jurídica em geral, como um instituto integrante do Direito Sancionador Extrapenal, ou Direito Administrativo Sancionador, com a recorrente aplicação de seus princípios típicos pelos tribunais pátrios, com destaque para os princípios da legalidade, em seu viés da tipicidade, da proporcionalidade, da culpabilidade, da individualização e da pessoalidade da sanção (salvo quanto às obrigações patrimoniais, que, naturalmente, acompanham a sucessão hereditária) e da vedação de analogia *in malam partem*¹⁶.

Quanto ao princípio da retroatividade da norma mais benéfica ao réu, consagrado na parte final do art. 5.º, inc. XL, da Constituição da República, onde se lê que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, o silêncio da jurisprudência em sua aplicação no âmbito das improbidades administrativas deve-se, principalmente, como já dito, à tendência histórica de recrudescimento normativo nesse campo, que só se interrompeu com a edição da Lei n.º

¹⁵ Segundo Oliveira e Grotti, as únicas sanções aplicadas pelas Casas Legislativas que não se caracterizariam como Direito Administrativo Sancionador seriam as derivadas da prática de crime de responsabilidade (*impeachment*), “porque constituem sistema de responsabilização de agentes públicos com regime sancionatório próprio, de natureza político constitucional” (2020, p. 97).

¹⁶ Nesse sentido, *cf.*: STJ, REsp n.º 940.629/DF, Rel. Ministro Teori Zavascki, 1.ª Turma, DJe 4 set. 2008; AIA n.º 30/AM, Rel. Ministro Teori Zavascki, Corte Especial, DJe 28 set. 2011; AgInt no AgInt no AREsp n.º 685.930/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, 1.ª Turma, DJe 24 abr. 2020; REsp n.º 1.026.516/MT, Rel. Ministro Luiz Fux, 1.ª Turma, DJe 7 abr. 2011; REsp n.º 1.216.190/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2.ª Turma, DJe 14 dez. 2010.

14.230, de 2021, quando a questão veio à lume nos debates jurídicos contemporâneos¹⁷. No próximo tópico, explorar-se-á o referido princípio e sua aplicação no campo extrapenal.

3.2 A retroatividade da norma mais benéfica como princípio constitucional do Direito Administrativo Sancionador

Sabe-se que, em regra, o princípio da segurança jurídica obsta a atribuição de vigência às normas para fatos anteriores à sua edição (retroatividade) ou posteriores à sua extinção (ultratividade), de modo que as condições essenciais de um ato jurídico ou de um fato jurídico devem ser regulamentadas pelo direito em vigor na data que ele é praticado ou produzido, quando é, por força de presunção, plenamente conhecido pelas partes envolvidas, assim como o são suas consequências jurídicas.

Com efeito, “uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza de que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída” (SILVA, 2005, p. 433), tendo em consideração, ainda, a máxima do princípio geral da legalidade, de acordo com o qual, “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5.º, inc. II, CRFB/88), entendida como a lei vigente à época dos fatos por ela regulados.

No campo do Direito Punitivo (de natureza penal ou extrapenal), a proibição da retroatividade ou da ultratividade das normas – em especial as que instituem uma conduta proibida ou a sanção a ela cominada – se mostra ainda mais relevante, na medida em que representam a viabilização do exercício de um poder repressivo pelo Estado em face do indivíduo, com potencial de lhe tolher, de forma reativa a uma conduta ilícita, a liberdade, as relações jurídicas das quais usufrui e/ou o patrimônio (*ius puniendi*). Em outros termos, sob a égide de um Estado Democrático de Direito, a ação punitiva do Estado só se legitima, em regra, diante da preexistência de lei proibitiva, com a delimitação de sua respectiva sanção (*nullum crimen, nulla poena sine previa lege*).

A única exceção a essa regra, que possibilita a retroação da lei para desconstituir situações jurídicas já consolidadas e até mesmo, a depender do caso, a coisa julgada, é a instituída na parte final do inc. XL, do art. 5.º, da Constituição, segundo o qual a lei penal não retroage, salvo em benefício do réu. Trata-se de exceção que, inegavelmente, confere coerência

¹⁷ O Supremo Tribunal Federal reconheceu, recentemente, a existência repercussão geral sobre a “definição de eventual (ir)retroatividade das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, 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” (ARE n.º 843.989/PR, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJ 4 mar. 2022, Tema da RG n.º 1.199).

ao ordenamento jurídico, na medida em que obsta a punição do agente por uma conduta que ele próprio, o Estado, em sua função legiferante, já não considera mais juridicamente reprovável, ou cuja punição deva ser abrandada.

Muito se discute, por outro lado, se, diante da literalidade do texto constitucional, a retroatividade extrapola, ou não, as fronteiras do Direito Penal, para alcançar todos os sistemas integrantes do Direito Sancionador. Isso porque, o Direito Penal, material ou processual, *ultima ratio* da atividade punitiva estatal, é juridicamente instituído para se observar o máximo de garantias constitucionais do acusado, tendo em vista a natureza grave das sanções (diretas e indiretas) decorrentes de uma condenação criminal, ainda quando não envolva a privação efetiva de liberdade (principalmente se considerados os efeitos não jurídicos da condenação, como a estigmatização social).

As sanções aplicadas nos demais ramos do Direito Sancionador, todavia, mesmo que possam atingir bens jurídicos caros ao acusado, e, portanto, se valham de uma matriz axiológica comum ao Direito Penal, têm, em comparação a este, uma repercussão jurídica bastante mitigada, buscando, essencialmente, o direcionamento comportamental do administrado (por meio de institutos de coerção), a reparação patrimonial ou o rompimento compulsório de relações jurídicas estatutárias. Assim, se os princípios constitucionais do Direito Punitivo são aplicados no maior grau possível na seara penal, nas demais áreas, sua aplicação deve ser cotejada a partir do grau de tensão envolvendo os interesses colidentes para cada ramo do Direito Público: da Administração Pública, por um lado, e do particular, por outro.

De qualquer forma, parece haver um consenso na literatura e na jurisprudência sobre a aplicação, *a priori*, da norma prevista no art. 5.º, inc. XL, da Constituição da República, incluindo sua parte final, às demandas – judiciais ou administrativas – típicas do Direito Sancionador Extrapenal, embora haja divergência quanto ao grau dessa aplicação.

Sobre essa questão, argumenta Fábio Medina Osório (2020, p. 300, *apud* CAVALCANTE FILHO, 2021, p. 13) que:

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

A retroatividade decorre de um imperativo ético de atualização do Direito Punitivo, em face dos efeitos da isonomia.

Percebe-se, assim, à luz do que argumenta o autor, que a retroatividade da norma punitiva, penal ou extrapenal, muito mais do que uma opção política, permite a manutenção de uma relação jurídica punitiva mais próxima dos valores dotados de relevância jurídica pela sociedade, bem como a manutenção de uma relação isonômica entre o Estado e os indivíduos.

Tratando especificamente da improbidade administrativa, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves ressaltam a incidência do princípio da retroatividade da norma penal benéfica, destacando que o conteúdo e a intensidade da norma proibitiva e da sanção cominada “sempre estarão sujeitos aos influxos sociais”, de modo que, “verificada a severidade de determinada sanção e optando o legislador por atenuá-la, aqueles que praticaram atos de improbidade administrativa sob a égide da lei antiga haverão de ser alcançados pela alteração legislativa” (2017, pp. 289-290).

Importante observar, ainda, que, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conquanto não se tenha enfrentado ainda o tema da retroatividade da norma mais benéfica no campo da improbidade administrativa (como visto, trata-se de um debate ainda incipiente no Poder Judiciário), há bastantes arestos reconhecendo a aplicação do referido princípio para além da esfera penal, ou seja, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, sem que se tenha, contudo, aprofundado na extensão, ou alcance, de tal retroação. A título de exemplo, destaca-se o AgInt no REsp n.º 1.602.122/RS, no qual a Primeira Turma daquela Corte assentou ser cabível extrair do art. 5.º, inc. XL, da Constituição, “princípio implícito do Direito Sancionatório, segundo o qual a lei mais benéfica retroage no caso de sanções menos graves, como a administrativa” (BRASIL, 2018). Em outra oportunidade, no julgamento do REsp n.º 1.402.893/MG, assentou novamente o STJ que “a norma administrativa mais benéfica, no que deixa de sancionar determinado comportamento, é dotada de eficácia retroativa” (BRASIL, 2019).

Portanto, partindo-se da premissa, amplamente acolhida pela comunidade jurídica, de que a retroatividade da norma mais benéfica (*novatio legis in melius*), prevista no art. 5.º, inc. LX, última parte, da Constituição da República de 1988, é aplicada, *mutatis mutandis*, ao Direito Administrativo Sancionador, o próximo capítulo buscará delimitar seu alcance no âmbito da improbidade administrativa, considerando a plural natureza das normas inauguradas com a Lei n.º 14.230, de 2021, e a colisão deontológica do referido princípio (garantia constitucional do acusado) com o direito fundamental de titularidade difusa à proteção da probidade administrativa.

4 LIMITES À RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA NO CAMPO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Diante do que foi exposto até o momento, não há dúvidas de que o sistema normativo de combate à improbidade administrativa gravita em torno do eixo geral do Direito Administrativo Sancionador, e, como tal, independentemente da manifestação expressa do legislador, deve sempre observar as garantias fundamentais do indivíduo demandado em face do poder punitivo estatal, como é o caso da retroatividade da norma que lhe seja mais benéfica, sob pena de nulidade. Isso não retira, por outro lado, a função primordial de tal sistema normativo, fulcrado no art. 37, § 4.º, da Constituição da República, de efetiva proteção ao direito, igualmente fundamental (embora de titularidade difusa), a uma Administração Pública proba, como premissa para o atingimento dos objetivos da República e dos demais direitos fundamentais previstos, expressa ou implicitamente, na Constituição de 1988.

Percebe-se, portanto, a existência de uma tensão significativa entre um desses preceitos normativos fundamentais (a lei penal deve retroagir para beneficiar o réu) e o outro (a legislação infraconstitucional deve proteger, de forma eficaz, a probidade administrativa, afastando os agentes ímprobos e, se for o caso, recompondo o erário). Tensão, esta, que será abordada no presente capítulo, a partir dos critérios próprios de solução de colisões entre direitos fundamentais.

4.1 Colisão entre Direitos Fundamentais

Sabe-se que um dos requisitos essenciais de qualquer ordenamento jurídico sistêmico é de que ele seja coeso; ou seja, de que, ao fim do processo de extração da norma a partir de sua fonte, o intérprete não se depare com ordens contraditórias ou incompatíveis entre si, de modo que determinada conduta seja, ao mesmo tempo, permitida e proibida, ou que determinado instituto jurídico seja, ao mesmo tempo, aplicável e não aplicável ao caso concreto (BOBBIO, 2014). Dessa forma, verificando-se um conflito deontológico entre duas proposições normativas contraditórias, para definir o direito aplicável ao caso concreto, deverá o intérprete primeiramente solucionar esse conflito, valendo-se de métodos que dependerão da natureza das proposições normativas incidentes: se se tratam de regras ou de princípios.

Embora haja particularidades na literatura quanto à distinção entre regras e princípios, pode-se dizer que “as regras correspondem às normas que, diante da ocorrência do seu suposto fato, exigem, proíbem ou permitem algo em termos categóricos”, ao passo que os princípios são “determinações para que determinado bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior

medida que as circunstâncias permitirem” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 318); ou, como lhes atribuiu Robert Alexy (2015), são mandamentos de otimização, na medida em que não encerram em si um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*, de modo que seu exercício dependerá das condições fáticas e jurídicas que se apresentarem ao intérprete.

Destarte, sendo as regras proposições normativas categóricas, a solução das antinomias (ou conflitos entre normas contraditórias entre si) deve culminar na invalidação, total ou parcial, de uma das regras em detrimento da outra, a partir de critérios objetivos de hierarquia, temporalidade e/ou especialidade¹⁸ (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 318).

A tensão entre princípios, por outro lado, por construírem mandamentos *prima facie*, não definitivos, não pode ser solucionada a partir de uma atribuição de prioridade absoluta de um sobre o outro, mas, sim, a partir “de um sopesamento entre os interesses conflitantes”, a fim de definir “qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto” (ALEXY, 2015, p. 95). Trata-se, portanto, neste caso, não de exame sobre a validade de um princípio diante do ordenamento jurídico, mas sobre as possibilidades de seu exercício no caso concreto, diante das influências jurídicas do princípio colidente.

Como explica Robert Alexy (2015, p. 96):

[...] se isoladamente considerados, ambos os princípios conduzem a uma contradição. Isso significa, por sua vez, que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua conseqüente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios, que seria considerado, em todos os casos futuros, como uma regra que ou é realizada, ou não é. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.

Portanto, de acordo com o autor, ao impor condições de precedência de um princípio sobre o outro diante das circunstâncias fáticas observadas, o intérprete não afasta a validade deste, mas apenas limita sua abrangência no caso, de modo a compatibilizá-lo com o espectro de validade do princípio prevalecente. Desse método hermenêutico, de sopesamento, ou ponderação, entre os princípios colidentes e instituição de condições de precedência de um

¹⁸ Os critérios de resolução de antinomias entre regras podem ser assim sintetizados: (i) lei hierarquicamente superior prevalece sobre a inferior; (ii) lei posterior prevalece sobre a anterior; e (iii) lei que regula situações especiais prevalece sobre a geral. Norberto Bobbio (2014) chama a atenção, ainda, para as antinomias “irresolúveis”, quando nenhum dos critérios se aplica ao caso concreto (regras contemporâneas, de mesma hierarquia e mesmo grau de generalidade), ou quando se aplicam, concomitantemente, critérios incompatíveis entre si; ou seja, que levam a soluções contraditórias.

sobre o outro, se extrai “uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido” (ALEXY, 2015, p. 102).

Vale ressaltar que, para a teoria da colisão de princípios, o exercício hermenêutico de sopesamento, ou ponderação, com a instituição de precedência condicionada de um princípio sobre o outro, tem sempre por resultado a criação de uma regra jurídica, que possibilitará o juízo definitivo do caso concreto, mas “com tendência à generalização para todas as situações em que se ‘repetirem’ as condições fáticas e jurídicas estudadas no momento da ponderação” (ACUNHA, 2014, p. 168). Dessa forma, embora o exercício de ponderação de princípios vise à formação de um juízo concreto sobre determinado conflito deontológico, a regra dele resultante pode ser extrapolada sempre que presentes as mesmas condições de precedência.

Esse sopesamento se vale metodologicamente de um exame de proporcionalidade, com verificação da adequação e necessidade do exercício do direito fundamental instrumentalizado em uma norma-princípio, relativizando o seu exercício, diante dos mesmos fatores de ordem fática (de adequação e necessidade) observados em um princípio colidente (proporcionalidade em sentido estrito). Nesse contexto, o exame do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação propriamente dita) deve levar em conta “a intensidade da restrição do direito atingido e a importância da realização do direito fundamental colidente” (CARDOSO, 2016, p. 149).

Para Cardoso (2016, p. 149), o sopesamento deve ser dividido em três fases:

[...] Primeiro, deve ser determinada a intensidade da intervenção, ou seja, o grau de restrição ou de não-satisfação do direito atingido. Depois, deve-se averiguar a importância das razões que justificam tal intervenção, ou seja, a importância de satisfazer o direito concorrente. Por fim, deve-se fazer a ponderação entre as respostas das 2 (duas) fases anteriores, concluindo se a importância de se satisfazer ou não o princípio concorrente justifica a restrição do direito atingido. Assim sendo, uma medida não passa neste teste se os motivos que fundamentarem a sua adoção não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido.

É o caso, por exemplo, dos direitos *prima facie* à intimidade, por um lado, e à liberdade de informação, por outro. Ambos são, *a priori*, válidos, à luz do ordenamento jurídico, e se assentam em uma mesma hierarquia normativa, de modo que a prevalência de um sobre o outro, considerando sua potencial contraposição, deve ser apreciada a partir da atribuição de pesos, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Com efeito, em uma determinada circunstância (ausência de relevância pública, por exemplo), pode prevalecer o direito à intimidade; em outra (a prática de um crime, por exemplo), pode prevalecer o direito à liberdade de informação. De

qualquer forma, a decisão sobre um e outro dependerá da implementação de condições – estipuladas de acordo com as possibilidades jurídicas – pelas circunstâncias de fato.

Vale observar que o Supremo Tribunal Federal contém vasta jurisprudência a respeito, inclusive contrapondo direitos de liberdade com interesses de titularidade difusa, mas de igual envergadura constitucional¹⁹.

4.2 A retroatividade da norma mais benéfica e o direito fundamental de proteção da probidade administrativa

Diante de tudo que foi exposto, passa-se doravante a analisar o alcance do princípio da retroatividade da norma penal mais benéfica ao acusado ou réu (art. 5.º, inc. XL, *in fine*, CRFB/88), diante do direito fundamental de titularidade difusa à efetiva proteção da probidade administrativa (art. 37, § 4.º, CRFB/88).

De início, a partir de uma simples leitura das normas incluídas na Lei n.º 8.429, de 1992, pela Lei n.º 14.230, de 2021, constata-se a possibilidade de dividi-las, ou classificá-las, em quatro grandes blocos, de acordo com sua natureza²⁰: (i) normas de cunho estrutural-principiológico, que indicam os princípios informativos do sistema de combate à improbidade administrativa; (ii) normas de cunho processual, que definem legitimidade ativa e passiva, prazos, indisponibilidade de bens e procedimento da ação; (iii) normas de direito material, que envolvem a criação, extinção e modificação de elementos dos tipos de improbidade administrativa, bem como de suas respectivas sanções; e (iv) normas de direito material, que se relacionam com a pretensão sancionatória (*ius puniendi*), como é o caso das normas sobre prescrição geral e intercorrente.

Quanto ao primeiro e ao segundo bloco (normas de cunho estrutural-principiológico e normas de cunho processual), não há controvérsia relevante quanto à sua aplicação imediata às investigações e processos em curso, respeitados os atos já consolidados. Aplica-se, no caso, o disposto no art. 14, do CPC, segundo o qual, “a norma processual não retroagirá, e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”.

De acordo com Cavalcante Filho (2021, p. 18), para se cogitar a retroatividade com fundamento no art. 5.º, inc. XL da Constituição da República:

¹⁹ Vide, v.g., o HC n.º 78.426/SP, Primeira Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 16 mar. 1999, DJ 7 mai. 1999, p. 323; RE n.º 153.531/SC, Segunda Turma, Rel. Ministro Francisco Rezek, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio, julgado em 3 jun. 1997, DJ 13 mar. 1998, p. 388; ADI n.º 4.983/CE, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 6 out. 2016, DJe 27 abr. 2017.

²⁰ Não se levou em conta, aqui, as disposições puramente administrativas (art. 13) e penais (arts. 19 a 22).

[...] é preciso que a norma seja de direito material, já que as normas (puramente) processuais têm aplicação imediata, mesmo aos processos em andamento, mas ordinariamente não significam a desconstituição de atos processuais passados. Assim, por exemplo, a extinção da etapa de defesa preliminar (nova redação do art. 17) não se aplica de forma retroativa, desconstituindo tal espécie de manifestação defensiva já apresentada, uma vez que se trata de modificação meramente processual; aplica-se, contudo, de forma imediata, mesmo aos processos instaurados antes da Lei n.º 14.230, de 2021.

Dessa forma, a problemática cinge-se às normas integrantes do terceiro e quarto blocos (normas de direito material), cuja possibilidade de aplicação retroativa (mandamento *prima facie*) deve ser ponderada com sua afetação ao princípio de proteção efetiva da probidade administrativa, em um exercício de ponderação, que, como visto, se inicia, de acordo com Diego Cardoso (2016), com a análise da intensidade de intervenção de um princípio sobre o outro, passando-se ao balanceamento de acordo com a importância da incidência de cada princípio para a solução do caso concreto.

Diante dessa premissa, observa-se que para as normas do terceiro bloco, ou seja, para as normas que extinguiram ou restringiram tipos de improbidade administrativa, ou que abrandaram as sanções cominadas, a retroatividade para alcançar fatos anteriores à edição da lei não encontra obstáculos no direito fundamental à proteção da probidade administrativa, de modo que não há uma afetação significativa, a exigir, no exame de ponderação, a restrição de seu alcance no caso concreto.

Como já explorado, a Constituição da República de 1988, ao instituir a ação combativa da improbidade administrativa, optou por estabelecer apenas sanções mínimas (suspensão de direitos políticos, perda da função pública e o ressarcimento ao erário) (art. 37, § 4.º, CRFB/88), legando ao legislador ordinário, instituição naturalmente mais atenta à dinâmica de valores da sociedade, a função de tipificar as condutas que, naquele momento histórico, consubstanciem afronta significativa aos princípios republicanos, de modo a justificar a imposição das sanções ao agente público infrator e aos terceiros que se beneficiem do ato de improbidade.

Assim, a ação de combate à improbidade administrativa, conquanto extraia seu fundamento da própria Constituição da República, permite-se adequar, no campo infraconstitucional, aos valores da sociedade e aos avanços da ciência jurídica, sempre respeitando, todavia, os parâmetros de proteção almejados pelo Constituinte; ou seja, não pode a reforma da legislação de regência – a princípio, legítima e republicanamente saudável – servir de subterfúgio para se obstar o efetivo combate à improbidade administrativa, situação em que a nova lei se contaminaria de patente inconstitucionalidade.

Destarte, não há, *a priori*, quaisquer máculas à proteção da probidade administrativa na simples reforma dos tipos ímprobos e de suas respectivas sanções, ainda que impliquem em restrição da moldura típica e abrandamento das sanções. Ao contrário: ao impedir a continuidade da persecução do agente público por condutas que, por vontade popular, deixaram de ter relevância jurídica no campo da improbidade administrativa, permite-se a concentração dos instrumentos de proteção da probidade administrativa às condutas que, verdadeiramente, aviltam os princípios mais caros da República, de acordo com a ordem jurídica vigente, representando, com efeito, um reforço ao princípio de proteção à probidade.

Vale observar que as alterações na lei de improbidade administrativa não afetam necessariamente pretensões de natureza puramente civil e/ou administrativa, de modo que a extinção de um tipo ímprobo (a extinção da conduta culposa lesiva ao erário, por exemplo) não afasta a possível persecução do agente para a reparação do dano, com fundamentos jurídicos próprios, estabelecidos na lei civil e na legislação administrativa, no âmbito das quais se estabeleceram pressupostos mais brandos de responsabilização.

Há, portanto, nesses casos (normas integrantes do terceiro bloco), uma clara precedência do princípio da retroatividade da norma sancionatória mais benéfica, considerando a afetação mínima (ou, como visto, inexistente) ao princípio de proteção efetiva da probidade na Administração Pública, sendo desnecessário o prosseguimento do processo de ponderação para as etapas posteriores. Nesse contexto, a abolição do tipo ou o abrandamento da sanção poderá a ser arguido a qualquer tempo, na condição de pressuposto negativo de constituição ou prosseguimento do feito, inclusive após o encerramento da fase cognitiva, desde que não tenha havido o exaurimento da execução das sanções (CAVALCANTE FILHO, 2021).

Por outro lado, com relação às normas integrantes do quarto bloco, ou seja, às normas de direito material, que se relacionam apenas com o exercício da pretensão sancionatória (*ius puniendi*) – não criando, modificando ou extinguindo condutas típicas e suas respectivas sanções –, como é o caso das normas de prescrição, geral ou intercorrente, o direito fundamental à proteção efetiva da probidade administrativa será inegavelmente afetado pelo exercício do direito *prima facie* do agente público investigado ou demandado à aplicação retroativa de tais preceitos normativos, na medida em que, em prevalecendo a aplicação das novas regras de prescrição de forma retroativa, haverá a extinção de pretensões regularmente deduzidas em face de condutas que ainda são consideradas ímprobos pelo ordenamento jurídico pátrio, algumas das quais bastante graves, fragilizando, em tese, a proteção da probidade administrativa, conforme preceituado na Constituição da República.

Assim, constatada a relação de tensão entre os referidos princípios, bem como a afetação do exercício de um sobre a eficácia do outro, deve-se seguir no exercício de ponderação, com a indicação das razões de precedência, que irão estruturar a regra de direito fundamental atribuída (lei de colisão) (CARDOSO, 2016).

Diante disso, pode-se dizer que, especificamente nos casos relacionados às normas que regulam prazos e critérios de prescrição, geral ou intercorrente (normas integrantes do quarto bloco), o direito fundamental à probidade administrativa, de titularidade difusa, terá inegável precedência ao direito *prima facie* do agente público investigado ou demandado à retroatividade de tais preceitos normativos. E as razões de ponderação são tanto de ordem jurídica quanto de ordem fática.

A primeira razão jurídica, de prevalência do direito de proteção à probidade em face do princípio da retroatividade da norma mais benéfica, fundamenta-se na segurança jurídica dos órgãos públicos responsáveis pela investigação e propositura da ação civil pela prática de ato de improbidade, enquanto mandatários da sociedade na fiscalização e persecução dos agentes ímprobos. Isso porque, como é evidente, não se poderia planejar a duração de um procedimento investigatório complexo, com o controle de prazos para a propositura da ação respectiva, utilizando-se de parâmetros que sequer eram previstos pela legislação de regência. Deve-se observar, ademais, que a prescrição, além de um instrumento em favor da segurança jurídica, consubstancia uma penalidade em face da inércia do titular da pretensão, de modo que sua aplicação retroativa representa a penalização da parte que não incorreu em omissão ou inércia, extinguindo-se uma pretensão legitimamente deduzida na forma e de acordo com os prazos então em vigor (LEONEL, 2021).

A segunda razão jurídica relaciona-se ao fato de que a alteração do instituto da prescrição, na LIA, não se restringiu aos prazos (que podem ser, inclusive, maiores, com relação aos anteriores, a depender do caso concreto), mas, também, aos parâmetros de início de contagem e interrupção, mais adequados com o novo procedimento adotado pela reforma, de modo que a retroação desses novos parâmetros, para ações ajuizadas antes da reforma, além de ferir a segurança jurídica, implicaria, a rigor, a inviabilização de continuidade de quase todas as ações por improbidade administrativa que vêm sendo conduzidas de acordo com o procedimento vigente antes da reforma.

A terceira razão jurídica é que, a despeito de sua natureza de direito material, os critérios de prescrição devem acompanhar a dinâmica formal dos procedimentos de descoberta dos elementos iniciais de prova da materialidade e autoria dos atos ímprobos (no caso da prescrição geral) e de processamento da pretensão sancionatória (no caso da prescrição intercorrente). Há,

portanto, que se observar o diálogo necessário entre o exercício da pretensão e a forma pela qual ele é realizado, o que não ocorre ao se aplicarem os novos prazos e parâmetros interruptivos ao procedimento anterior, que, inclusive, dispunha de fase não prevista no novo diploma (fase de apresentação de manifestação preliminar dos acusados, antes do juízo de prelibação).

Vale ressaltar – e é de conhecimento notório – que a fase de manifestação preliminar dos réus, prevista na antiga redação do artigo 17, da Lei n.º 8.429, de 1992, mormente quando eram vários e residentes em comarcas de difícil acesso, consumia um significativo tempo de tramitação do processo, desde a distribuição do feito, a expedições de notificações pessoais, aguardo de prazo, até o recebimento da petição inicial e o início efetivo do processamento da demanda. Esse tempo do processo, dedicado à fase preliminar, não é contemplado, por óbvio, pelo prazo de prescrição intercorrente previsto no art. 23, § 5.º, da LIA, incluído pela Lei n.º 14.230, de 2021, de modo que sua aplicação retroativa seria significativamente distorcida com relação ao propósito da norma.

Por fim, além das razões de direito expostas acima, devem-se observar os efeitos práticos decorrentes da aplicação retroativa das normas relativas à prescrição, em especial o prazo de 4 anos da prescrição intercorrente (art. 23, § 5.º, da LIA). Isso porque, analisando o tempo médio de tramitação das ações por improbidade administrativa no Brasil, o CNJ observou que, entre o ajuizamento da ação por improbidade e a sentença, passam-se, em média, tempo superior a 4 anos, sendo superior a 5, quando se tem por parâmetro final o trânsito em julgado da ação (BRASIL, 2015).

Tais dados demonstram que as ações por improbidade de maior relevância (considerando o impacto ao patrimônio público e a lesividade da conduta), diante de sua natural complexidade, tanto probatória quanto procedimental, seriam massivamente extintas sem avanço no mérito da imputação. Haveria, com efeito, um total constrangimento da eficácia da norma do art. 37, § 4.º, da Constituição da República, o que, do ponto de vista da hierarquia normativa e da lógica de proteção dos direitos fundamentais, seria absolutamente inviável.

Percebe-se, assim, que, tratando-se de normas que regulamentam os prazos e critérios de prescrição da pretensão sancionatória, a despeito de sua natureza material, há diversas razões (de fato e de direito) que atribuem um maior peso de importância, a nível de direito fundamental, à proteção efetiva da probidade administrativa, em detrimento do direito *prima facie* do investigado ou réu pela prática de improbidade administrativa, na aplicação retroativa de tais preceitos normativos.

A partir dessas considerações, formula-se a seguinte regra: o princípio da retroatividade da norma sancionatória mais benéfica ao acusado ou réu, pela prática de improbidade

administrativa (art. 5.º, inc. XL, CRFB/88, c/c art. 1.º, § 4.º, da Lei n.º 8.429, de 1992), prevalece sobre o princípio da proteção efetiva da probidade administrativa (art. 37, § 4.º, CRFB/88), se, e apenas se, tratar-se de normas que extinguem a carga de improbidade administrativa de determinada conduta, ou que abrandam ou extinguem sanções (condição de precedência).

Por outro lado, para as situações que não preencham a condição de precedência, deve-se prestigiar o princípio da proteção efetiva da probidade administrativa, aplicando-se as novas disposições normativas de forma prospectiva, ainda quando mais benéficas ao agente público.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a reforma da lei de improbidade administrativa pela Lei n.º 14.230, de 2021, ao interromper uma tendência de recrudescimento normativo no combate à corrupção e à probidade administrativa, acabou gerando muitos questionamentos e debates na comunidade jurídica, em especial porque buscou ressaltar no sistema normativo de combate à improbidade um caráter eminentemente repressivo, sancionatório, de modo a restringir em demasia as possibilidades de tipificação da conduta e, por outro lado, dar um protagonismo ao sistema de garantias individuais dos acusados em face do Estado Sancionador.

Uma das principais discussões que orbitam o novo diploma é a possível retroatividade dos normas mais benéficas ao réu, nos termos do art. 5.º, inc. XL, da Constituição da República, princípio que, à luz da jurisprudência pátria, extrapola a esfera penal e irradia sobre o Direito Administrativo Sancionador como um todo, incluindo, aqui, o sistema de combate à improbidade administrativa (art. 1.º, § 4.º, Lei n.º 8.429, de 1992).

Nesse contexto, o presente trabalho, longe de buscar esgotar o tema, visou a apresentar um ponto de vista para a solução dessa questão, sob o viés da colisão de direitos fundamentais, conforme apresentada por Alexy (2015): de um lado, o princípio da retroatividade da norma penal (sancionatória) mais benéfica ao réu (art. 5.º, inc. XL, CRFB/88), e, de outro, o princípio de proteção efetiva da probidade administrativa, enquanto corolário do ideal republicano (art. 14, § 9.º, e 37, § 4.º, CRFB/88).

A partir do exercício de sopesamento, chegou-se à seguinte regra: o princípio da retroatividade da norma sancionatória mais benéfica ao acusado ou réu, pela prática de improbidade administrativa (art. 5.º, inc. XL, CRFB/88, c/c art. 1.º, § 4.º, da Lei n.º 8.429, de 1992), prevalece sobre o princípio da proteção efetiva da probidade administrativa (art. 37, § 4.º, CRFB/88), se, e apenas se, tratar-se de normas que extinguem a carga de improbidade

administrativa de determinada conduta, ou que abrandam ou extinguem sanções (condição de precedência).

REFERÊNCIAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Colisão de normas: Distinção entre ponderação e juízo de adequação. **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 203, pp. 165-183, jul./set. 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. Ed., trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. **Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa... Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm> Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. **Lei n.º 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera a Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14230.htm> Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 10.887, de 17 de outubro de 2018**. Altera a Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>> Acesso em 10 mar. 2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Lei de Improbidade Administrativa: Obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade**. Luiz Manoel Gomes Júnior (Coord.), Brasília: CNJ, 2015, pp. 19-22.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Agravo Interno no Recurso Especial n.º 1.602.122/RS**. Relatora: Ministra Regina Helena, Brasília, DF, 7 ago. 2018. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília/DF, 14 ago. 2018, Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201601343612&dt_publicacao=14/08/2018> Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Recurso Especial n.º 1.402.893/MG**. Relator: Ministro Sérgio Kukina, Brasília, DF, 11 abr. 2019. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília/DF, 22 abr. 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201303023330&dt_publicacao=22/04/2019> Acesso em: 10 mar. 2022.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Ari Marcelo Solon. 2. Ed., São Paulo: Edipro, 2014.

CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, v. 9, n. 1, pp. 137-155, 2016.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Retroatividade da Reforma da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 14.230, de 25 de outubro de 2021)**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, nov. 2021. Disponível em <<http://www.senado.leg.br/estudos>> Acesso em: 30 mai. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. Ed., São Paulo: Atlas, 2014.

FERNANDES JUNIOR, José Carlos. Considerações sobre a retroatividade da lei mais benéfica no âmbito da Proteção à Probidade Administrativa: impactos da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, no rol do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, à luz da Constituição da República. **Percurso**, v. 1, n. 38, pp. 282-296, jul. 2021. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/5487>>. Acesso em: 13 jan. 2022.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 9. Ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Benedito; GRILO, Renato César Guedes. Os princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador no Regime Democrático da Constituição de 1988. **Revista Estudos Institucionais**, v. 7, n. 2, pp. 467-478, mai./ago. 2021.

GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios processuais no direito administrativo sancionador: Um estudo à luz das garantias constitucionais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, n. 109, pp. 773-793.

LEONEL, Ricardo de Barros. Nova Lei de Improbidade: atipicidade, prescrição e direito superveniente. **Conjur**, [s.l.], 29 nov. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-nov-29/leonel-lia-atipicidade-prescricao-direito-superveniente>> Acesso em: 3 jun. 2022.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. Ed., São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. Ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa: Direito Material e Processual**. 6. Ed., São Paulo: Método, 2018.

REMÉDIO, José Antônio; LOPES, Thiago Henrique Teles. A probidade administrativa como direito fundamental difuso. **Revista Paradigma**, v. 28, n. 2, p. 154-176, mai./ago. 2019. Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1414>> Acesso em: 13 jan. 2022.

OLIVEIRA, Alexandre Albagli. **O direito fundamental à probidade administrativa**: valor constitucional da probidade, contornos normativos e repercussões jurídico-legais. Orientador: Flávia Moreira Guimarães Pessoa. 2014, 232 f. Dissertação (mestrado). Curso de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão/SE, 2014.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito Administrativo Sancionador Brasileiro: Breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. **Int. Público – IP**, Belo Horizonte, ano XXII, n. 120, pp. 83-126, mar./abr. 2020.

SANTOS, Roberto Lima. Direito fundamental à probidade administrativa e as Convenções Internacionais de Combate à Corrupção. **Revista de Doutrina da 4.^a Região**, [s.l.] n. 50, out. 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. Ed., São Paulo: Malheiros, 2005.