

Alterações à Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429/92, e sua ressignificação

Amendments to the Administrative Improbability Law, Law nº 8.429/92, and its reinterpretation

<https://doi.org/10.32586/rcda.v21i2.851>

Francisco Arlem de Queiroz Sousa¹

RESUMO

A Lei nº. 14.230/2021 promoveu mudanças significativas na Lei nº 8.429/92, a ponto de alguns defenderem que não houve meras alterações, mas a própria reconfiguração acerca de quase tudo que se conhecia sobre improbidade administrativa. Uma questão central que logo chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) envolvendo a Lei nº 14.230/2021 foi a possível colisão entre a segurança jurídica e a retroatividade das leis no tempo. Esse estudo tem por finalidade analisar criticamente a decisão proferida pelo STF no Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) nº 843.989/PR, no qual esse Tribunal julgou se as alterações promovidas na Lei nº 8.429/1992, pela Lei nº 14.230/21, aplicar-se-iam ou não, retroativamente, tendo em vista o que dispõe o inciso XXXVI da Constituição Federal/88. Com amparo em pesquisa bibliográfica realizada na doutrina brasileira e estrangeira, bem como em pesquisa documental promovida na legislação pátria e jurisprudências nacional e internacional, em especial nos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), analisou-se se essa decisão do STF está em consonância com o entendimento que a Corte IDH adota na interpretação do art. 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Finalmente, conclui-se que a tese fixada pelo STF acerca da irretroatividade da norma mais favorável em matéria de Direito Administrativo sancionador não afronta a jurisprudência da Corte IDH. A

¹ Advogado da União. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito Tributário e Finanças Públicas pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Atualmente, é Procurador-Chefe do Departamento Nacional de Obras contra as Secas. E-mail: franciscoa.sousa@agu.gov.br

contribuição desse estudo para o debate jurídico reside na constatação de que a Lei nº 14.230/21 não fere o controle de convencionalidade.

Palavras-chave: improbidade administrativa; segurança jurídica; princípio da (ir)retroatividade; Corte IDH; STF.

ABSTRACT

Law nº 14.230/2021 promoted significant changes in Law nº 8.429/92, to the point that some defend that there weren't mere changes, but the reconfiguration itself about almost everything that was known about administrative impropriety. A central issue that soon reached the Federal Supreme Court (STF) involving Law nº 14.230/2021 was the possible collision between legal certainty and the retroactivity of laws in time. This study aims to critically analyze the decision handed down by the STF in the Extraordinary Appeal (ARE) nº 843.989/PR, in which this Court judged whether the changes promoted in Law nº 8.429/1992, by Law nº 14.230/21, would or would not apply retroactively, in view of the provisions of item XXXVI of the Federal Constitution/88. Based on bibliographical research carried out in Brazilian and foreign doctrine, as well as in documentary research promoted in the national legislation and national and international jurisprudence, especially in the judgments of the Inter-American Court of Human Rights (Court IDH), it was analyzed whether this decision of the STF is in line with the understanding that the Inter-American Court adopts in the interpretation of art. 9 of the American Convention on Human Rights (ACHR). Finally, it is concluded that the thesis established by the STF about the non-retroactivity of the most favorable norm in terms of sanctioning Administrative Law doesn't affront the jurisprudence of the Inter-American Court. The contribution of this study to the legal debate lies in the finding that Law nº 14.230/21 doesn't affect conventionality control.

Keywords: administrative improbity; legal security; principle of (ir)retroactivity; IDH Court; STF.

Avaliado pelo sistema
double blind review
(SEER/OJS – versão 3)



Data de submissão: 09-02-2023

Data de versão final: 11-04-2023

Data de aprovação: 17-04-2023

Data de publicação online: 19-06-2023

1 INTRODUÇÃO

Esse estudo tem por finalidade analisar criticamente a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) nº 843.989/PR, no qual o Tribunal julgou se as alterações promovidas na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, aplicar-se-iam ou não, retroativamente, tendo em vista o que dispõe o inciso XXXVI da Constituição Federal.²

A origem desse julgamento remonta a 21 de março de 1994, quando o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) celebrou contrato de prestação de serviços advocatícios com Rosmery Terezinha Cordova para a defesa dos interesses da Autarquia, incluindo a propositura, o acompanhamento de ações e a interposição dos recursos cabíveis. Por entender que a contratada adotou conduta negligente em várias atuações processuais, perdendo prazos para contestar, embargar, apelar e promover andamento de execuções fiscais, causando prejuízos no valor de R\$ 391.458,69 (valores atualizados até maio de 1999), o INSS ajuizou ação civil pública com o objetivo de condená-la ao ressarcimento dos prejuízos e por improbidade administrativa.

A sentença em 1º grau julgou integralmente improcedente o pedido, mas em grau de apelação o INSS conseguiu anular essa decisão, retornando o processo para a Justiça Federal de 1º grau julgar novamente o caso. A Sra. Rosmery Terezinha Cordova, então, interpôs recurso especial (que

² “XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (BRASIL, 1988).

foi negado seguimento) e recursos extraordinários (três vezes), os quais foram indeferidos pela Corte Suprema em duas oportunidades, a primeira por força da tese contida no Tema 666³ e a segunda em razão da aplicação da tese contida no Tema 897,⁴ ambas do STF.

Na terceira tentativa, alegando que o INSS pleiteava reparação por suposto ato de improbidade e que, como a conduta apontada a ela não se referia a ato doloso, a ação estava prescrita, Rosmery Terezinha Cordova interpôs o Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) n° 843.989/PR, o qual se tornou o *leading case* do Tema 1.119 do STF, para discutir, em linhas gerais, se os condenados por improbidade administrativa antes da promulgação da Lei n° 14.230/2021 poderiam ser beneficiados pelo novo regime legal, especialmente pelas disposições sobre: (i) a necessidade do elemento subjetivo – dolo – para configuração de todas as espécies de improbidade administrativa, inclusive aquela descrita no artigo 10 da Lei e sua possível retroação; e (ii) sobre a (ir)retroatividade dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente.

Com amparo em pesquisa bibliográfica realizada na doutrina brasileira e estrangeira, bem como em pesquisa documental promovida na legislação pátria e jurisprudências nacional e internacional, em especial nos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), busca-se aferir se a decisão proferida pelo STF no ARE n° 843.989/PR está em consonância com o entendimento que a Corte IDH adota na interpretação do art. 9° da Convenção Americana de Direito Humanos (CADH), no que concerne à aplicação retroativa da lei mais benéfica também no âmbito do Direito Administrativo sancionatório ou se há conflito de entendimentos entre o Supremo e a Corte IDH.

3 Tese STF 666: é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.

4 Tese: são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.

2 AS ALTERAÇÕES NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A palavra improbidade advém do grego *improbitate*, que significa desonesto, e não obstante a aparente dificuldade em conceituá-la, “a improbidade acontece quando os comportamentos deontológicos estabelecidos pela moral e agasalhados em instrumentos normativos são descumpridos” (AGRA, 2019, p. 56). Hodiernamente o termo se relaciona com o dever imposto a todo aquele que gere assuntos e negócios públicos. Garcia e Alves (2013, p. 118) ensinam que:

Ainda merece breve consideração a postura daqueles que, no afã de inovar, baralham conceitos e, de forma algo arbitrária, buscam construir um conceito ‘seletivo’ de improbidade, sempre circundado por um número tal de exceções que dificulta a individualização da própria regra geral proposta. Essas concepções, longe de associar a improbidade à imoralidade, o que, ao menos, encontraria alguma justificativa na tradição e no léxico, não visualizam, na violação dos princípios constitucionais, um elemento estrutural da improbidade, isto apesar de reconhecerem o seu caráter normativo, postura que consubstancia uma curiosa contradição lógica (GARCIA; ALVES, 2013, p. 118).

A doutrina diverge acerca da definição de improbidade administrativa, variando entre aqueles que sustentam que a probidade é um subprincípio da moralidade administrativa, enquanto outros argumentam que a improbidade resulta da violação deste princípio, valendo ainda mencionar uma terceira corrente que se posiciona no sentido da equivalência principiológica entre os termos. Di Pietro reconhece que (2020, p. 1825) não é fácil estabelecer distinção entre moralidade administrativa e probidade administrativa, podendo-se dizer que significam a mesma coisa, pois ambas se relacionam com a ideia de honestidade na administração pública.

Em linhas gerais pode-se compreendê-la como um ato ilícito e doloso praticado contra quem administra recursos públicos, gerando enriquecimento ilícito, lesão ao erário, concessão ou aplicação indevida de benefícios financeiros ou tributários, ou violação aos princípios que regem a administração pública. As definições colhidas na doutrina são, com pequenas alterações, reproduções do conceito lapidado acima. Moraes (2017, p. 278), contudo, apresenta uma definição divergente:

Atos de Improbidade Administrativa são aqueles que, possuindo natureza civil e definidamente tipificada em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública, independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo material ao erário público (MORAES, 2017, p. 278).

Importante frisar que improbidade e ilegalidade não são expressões sinônimas, daí segue que nem todo ato ilegal configura um ato improbo, pois esse necessita de um plus, depende da demonstração da desonestidade, não se conformando com a simples violação da ordem jurídica, conforme entendimento consagrado na jurisprudência.

Apesar de não mencionar expressamente o termo, a improbidade já vinha sendo delineada na Constituição de 1934.⁵ Contudo, é somente com a Carta Federal de 1946 que o tema é tratado com contornos semelhantes ao que se tem hoje.⁶ A Constituição de 1988, ao mencionar a lesão à moralidade administrativa, tratou-a como improbidade no § 4º do art. 37: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o res-

5 Dispunha o inc. 38 do art. 113 da Constituição de 1934: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios” (BRASIL, 1934).

6 Dispunha o art. 141, § 31, da Constituição Federal de 1946: “Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. A lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica” (BRASIL, 1946).

sarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” (BRASIL, 1988).

Infraconstitucionalmente, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (LIA), é a lei básica sobre a matéria, definindo os sujeitos e os atos de improbidade, as respectivas sanções, as normas processuais, dentre outras questões relacionadas à ação civil pública por ato de improbidade administrativa, se bem que, como apontam Salama e Palma (2016, p. 458), não existe legalmente uma “ação civil pública de improbidade administrativa”. Cuida-se de uma simbiose feita pelo Ministério Público que conjugou a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e a Lei da Ação de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), criando um superprocesso judicial pela junção de duas leis em uma mesma medida, a qual, no final das contas, serviu para ampliar seus poderes.

A alteração da Lei nº 8.429, de 1992, foi fruto da necessidade de frear os abusos em sua utilização, haja vista que algumas ações de improbidade eram elas próprias o ato de improbidade, posto que lastreadas em remissões genéricas a violações de princípios da administração pública, estando patente a ausência de dolo ou desonestidade por parte do agente estatal, resultando em abusos acusatórios. Campana (2018, p. 155) alerta que:

Não obstante haja uma sedimentação jurisprudencial a respeito dos conceitos vagos previstos na Lei de Improbidade Administrativa, não se pode deixar ao alvedrio do julgador a interpretação dos conceitos jurídicos estabelecidos na norma sancionadora. Não se mostra consentâneo com o direito administrativo moderno a previsão abstrata de condutas hábeis a violar a probidade administrativa. A ampliação da tipificação não é a melhor solução, tampouco a discricionariedade do intérprete é o expediente adequado para que efetivamente coíba a prática de atos de improbidade (CAMPANA, 2018, p. 155).

Muitos processos eram instaurados de forma banal, empregados como ferramentas para que agentes do aparato punitivo estatal conseguissem impor sua vontade ou interpretação jurídica, como bem apontam Salama e Palma (2016, p. 457):

É o caso da celebração de termo de ajustamento de conduta, porque o arranjo de determinado contrato é complexo. Não raro, o conteúdo do acordo é unilateralmente definido pelo Ministério Público que apresenta apenas duas opções ao gestor público: ou celebra o TAC tal qual lhe é apresentado, ou se resigna a responder ação civil pública ou ação de improbidade administrativa. Na mesma toada, a instauração de processos administrativos disciplinares contra gestores que concedem licenças com rapidez sob a suspeita de conluio com o requerente (SALAMA; PALMA, 2016, p. 457).

As ações de improbidade administrativa passaram a ser orientadas a fins diversos daqueles constitucionalmente previstos, servindo como meio de coação instrumental. A esse respeito esclarecem Salama e Palma (2016, p. 458):

Outro exemplo bastante recorrente corresponde ao ajuizamento de ações civis públicas de improbidade administrativa contra agentes públicos que tenham uma interpretação diferente da dos controladores, ainda que jurídica e logicamente válida. Nessa linha vai o controle prévio dos editais de licitação pelo Tribunal de Contas pelo simples fato de serem concorrências de alta monta. Igual efeito tem a oitiva e a prestação de esclarecimentos sem a prévia instauração de processo, pois alguém, não importa quem, ‘denunciou’ o agente público. Enfim, ‘onde há fumaça há fogo’ e ‘quem não deve não teme’ (SALAMA; PALMA, 2016, p. 458).

O viés punitivista e o uso político da LIA impuseram as mudanças. Havia um ambiente de medo e insegurança, tanto eram os excessos e distorções hermenêuticas. Tome-se como exemplo, o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, que trata dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública. Em sua redação original ele continha um rol exemplificativo de curingas hermenêuticos que permitiam um enquadramento extremamente amplo de condutas, ensejando que se utilizasse da vagueza linguística para que os órgãos de controle ampliassem seu poder intimidatório.

Sundfeld (2017, p. 205-215) utiliza a expressão “geleia geral” para explicar que no direito público brasileiro princípios vagos justificam qualquer decisão e se tornaram uma arma para espertos que procuram iludir os outros com sua simples invocação; e preguiçosos que não querem ter o trabalho de analisar os fatos. O fetichismo pelos princípios é visto como algo bom e respeitar a lei se tornou ultrapassado. Nesse cenário de grande fluidez é que punições por improbidade administrativa estavam ocorrendo, pela desatenção a normas sancionadoras em branco, cujo complemento axiológico dependia em alto grau da subjetividade do membro do órgão de controle administrativo.

Para corroborar essas afirmações, pesquisa coordenada pelo Instituto de Direito Público analisou 800 acórdãos do Superior Tribunal de Justiça (STJ), publicados entre 2005 e 2018, contra prefeitos e constatou que metade dos casos de improbidade administrativa (50%) envolviam ofensa aos princípios da administração pública e menos de 10% (dez por cento) das ações que chegaram ao STJ tinham relação com enriquecimento ilícito.⁷

Por essas razões, em 22 de fevereiro de 2018, a Câmara dos Deputados constituiu uma comissão⁸ destinada a formular proposta de alteração da Lei de Improbidade, culminando na Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, que trouxe as seguintes inovações principais: 1) a exigência do dolo, devidamente comprovado, para a punição por improbidade; 2) as condutas tipificadas no art. 11 deixam de ser exemplificativas e passam a ser taxativas, exigindo-se lesividade relevante ao bem jurídico tutelado e eliminando-se a sanção de perda do cargo ou mandato nesse caso; 3) a restrição ao sancionamento por improbidade do terceiro à comprovação de ter induzido ou concorrido para a prática da improbidade; 4) a ampliação do rigor no tocante aos requisitos de ajuizamento da ação de improbida-

7 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-20/pesquisa-mostra-sancoes-improbidade-sao-amplas>. Acesso em: 8 out. 2022.

8 A Comissão Especial para reforma da Lei de Improbidade Administrativa realizou 14 (catorze) audiências públicas e ouviu mais de 60 (sessenta) autoridades, realizou 3 (três) Seminários em São Paulo, Porto Alegre e em Recife, colhendo contribuições do setor público (áreas de gestão, controle, advocacia pública, Ministério Público, Judiciário), da sociedade civil, das organizações de transparência pública e de especialistas na matéria.

de, com a expressa exigência de qualificação dos fatos em face dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92; 5) a fixação de prazo prescricional de oito anos, computado a partir da ocorrência do fato, e a previsão de prescrição intercorrente.

As mudanças foram profundas, podendo-se advogar que não ocorreram meras alterações, mas a própria reconfiguração acerca de quase tudo que se conhecia, se entendia e se processava acerca de improbidade administrativa nos tribunais brasileiros. Uma questão central, que logo chegou ao STF envolvendo a Lei nº 14.230/2021, foi a possível colisão entre o princípio da segurança jurídica e a retroatividade das leis no tempo.

3 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A RETROATIVIDADE DAS LEIS NO TEMPO

Por se configurar um possível conflito entre a segurança jurídica e a necessidade de mudanças em um mundo que está em constante transformação é que a aplicação das leis no tempo continua a ser um dos temas mais controvertidos do Direito, pois a retroatividade das leis constituiria um perigo à estabilidade e previsibilidade necessárias, devendo o legislador respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.⁹ Acerca da tradição constitucional brasileira de proteção objetiva da segurança jurídica, comenta Silva (2004, p. 272):

A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes: uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que envolve as questões dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção do direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Diferentemente do que acontece em outros países

⁹ “Art. 5º [...] XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (BRASIL, 1988). No mesmo sentido, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) afirma em seu artigo 6º que “a Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

cujos ordenamentos jurídicos frequentemente têm servido de inspiração ao direito brasileiro, tal proteção está há muito incorporada à nossa tradição constitucional e dela expressamente cogita a Constituição de 1988, no art. 5º, XXXVI (SILVA, 2004, p. 272).

Por ser inata ao ser humano a busca por segurança é que “o Direito é, em si mesmo, um projeto de implantação da segurança” (MELLO, 2013 p. 41), garantindo previsibilidade e estabilidade nas relações humanas, podendo-se definir segurança jurídica como fez Moreno (2013, p. 117): “la cualidad del ordenamiento que permite a cada cual orientar su vida en el mundo jurídico en base al conocimiento de la calificación jurídica que cada supuesto de hecho, real o imaginado, va a recibir, previsiblemente, del mismo”.

A segurança jurídica, ao lado da justiça, é um valor congênito à razão de ser do Direito e elemento conceitual do Estado de Direito. A segurança jurídica minimiza a conatural insegurança humana, agasalhando as noções de previsibilidade (das ações estatais) e estabilidade,¹⁰ por meio das quais os indivíduos são levados a acreditar que as expectativas presentes se concretizarão no futuro, podendo, desse modo, idealizar planos e programar suas vidas.

Na modernidade líquida (BAUMAN, 2001), sujeita a mudanças de todos os tipos, especialmente com a globalização e revolução da ciência e da tecnologia, a segurança jurídica continua a ser uma meta e um desafio, pois há uma proliferação anárquica de regras, com explosão de leis,¹¹ regulamentos, portarias, instruções normativas,¹² hierarquias entrelaçadas e

10 Há dois sentidos estreitamente associados ao princípio da segurança jurídica. Em um sentido objetivo, a segurança se traduz na estabilidade das relações jurídicas e em um sentido subjetivo a segurança deriva da previsibilidade das decisões que serão adotadas pelos órgãos, protegendo a confiança legítima dos cidadãos.

11 “Até certo ponto, essa multiplicação das leis é um fenômeno fisiológico: as leis se multiplicam como os utensílios de que nos servimos em nossas casas ou no exercício das profissões. Não se pode negar, todavia, que, além desse ponto, as leis apresentam algo que se assemelha à obstrução das ruas de nossas cidades pelo excesso de veículos que nestas trafegam. [...] Infelizmente, assim como ocorre com nossa lira, hoje nossas leis valem menos que a de outros tempos” (CARNELUTTI, 2015, p. 618-620).

12 Juridificação é o nome dado à expansão do direito escrito para todos os ramos da vida por meio da produção de normas legais oriundas de inúmeras fontes normativas, dispersas e desconexas, gerando uma babel normativa.

competências concorrentes, objetos jurídicos não identificados, princípios gerais e conceitos jurídicos indeterminados, produzindo incerteza jurídica.¹³ Por essa razão, Camargo (2003, p. 61) enfatiza que a necessidade de segurança no mundo moderno se sobrepôs à ideia mais elevada de justiça, em que pese o pensamento filosófico acerca do direito no século XIX tenha se enraizado em torno de ambas.

Na Alemanha a segurança jurídica, com seus corolários, foi consagrada como um princípio fundamental autônomo no direito desde os anos 50 e como um princípio necessariamente inerente ao direito da Convenção Europeia e ao direito comunitário, muito embora para o Conselho Constitucional francês, anota Calmes-Brunet (2013, p. 97), nem a segurança jurídica nem a proteção da confiança constituam princípios de valor constitucional

Il apporte cependant de nombreuses garanties qui obéissent, plus ou moins explicitement, à toutes les facettes de la sécurité juridique, de sa décision 96-373 DC du 09 avril 1996 — il fait de la sécurité juridique un “soutien” — à sa décision n° 2010-45 QPC du 06 octobre 2010. En fin de compte, il se fonde souvent sur la sécurité juridique, même s’il n’en consacre pas le principe. Mais le Conseil est plus catégorique dans son refus de tout principe de protection de la confiance légitime, en énonçant qu’aucune norme de valeur constitutionnelle “ne garantit un principe dit de ‘confiance légitime’. La formule donne le sentiment qu’il ne veut même pas en entendre parler. La question se pose dès lors de savoir s’il est souhaitable et possible de découpler le principe objectif de sécurité juridique et le principe de confiance légitime qui en découle, pour tenter de consacrer au moins le premier (CALMES-BRUNET, 2013, p. 97-98).

A nossa Constituição atual em nenhum momento tem se referido expressamente a um direito fundamental à segurança jurídica. O caput do art. 5º da CF/88 se refere à segurança, sem adjetivá-la: Todos são iguais

13 Se antes era difícil obter informação em razão da inacessibilidade e escassez das fontes de consulta existentes, hoje em dia o desafio é não se desorientar com tantas fontes à disposição, propagando informações em excesso que se perdem no manancial de páginas de internet, arquivos de computador, correios eletrônicos, revistas virtuais, blogs e afins. Em 2013 eram 4,4 trilhões de gigabytes de dados no planeta e acredita-se que esse número tenha chegado a 44 trilhões de gigabytes em 2020. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/tecnologia/conteudo-digital-dobra-a-cada-dois-anos-no-mundo>. Acesso em: 22 set. 2022.

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: [...] (BRASIL, 1988).

A ausência de menção expressa à garantia da segurança jurídica é uma constante em muitos diplomas internacionais, como por exemplo a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que se refere à “segurança de todos” em seu artigo 32.2: “Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática” (BRASIL, 1992). Isso não chega a ser um problema, segundo Côrtes (2008, p. 30):

Mas a despeito dessas conceituações, em geral, no plano internacional, os principais documentos em matéria de reconhecimento e proteção dos direitos humanos não contêm referência expressa a um direito à segurança jurídica, mas a corolários de segurança, como a segurança pessoal do indivíduo, garantias contra a irretroatividade de determinados atos estatais etc. Isso não significa, todavia, ausência de proteção do valor segurança jurídica (CÔRTEZ, 2008, p. 30).

No entanto, é possível contemplar a segurança jurídica de maneira genérica como subprincípio do próprio Estado de Direito,¹⁴ bem como se pode reconduzi-lo a diversos outros princípios como é o caso “do princípio democrático, do princípio do Estado Social, do princípio da separação de poderes, do princípio da igualdade, do princípio da liberdade e da própria dignidade da pessoa humana” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 301). No caso do Direito Penal a segurança jurídica é expressamente afastada, porquanto a Constituição prevê que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (art. 5º, XL), consagrando, duplamente, a irretroatividade da lei penal *in pejus* e a retroatividade da lei penal mais benéfica.

14 O STF decidiu que é obrigatória a “observância do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito” (BRASIL, 2004).

Com efeito, a irretroatividade das leis, em respeito a segurança jurídica, com exceção da lei penal que cominar sanção mais branda, tem sido a regra geral adotada nos instrumentos internacionais que tratam dos direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada em 10 de dezembro de 1948 pela Organização das Nações Unidas (ONU), à época composta por 58 Estados-membros, entre eles o Brasil, pontua em seu artigo 11.2 que ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional e que também não será imposta pena mais forte de que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.¹⁵

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), adotado na XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, junto do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado no Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, possui 53 artigos, estabelecendo, no art. 15, garantias de ordem penal, como o direito de não ser condenado por atos ou omissões que não constituam delito de acordo com o direito nacional ou internacional, no momento em que foram cometidos (princípio da legalidade), a irretroatividade da lei penal mais gravosa e a retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu.¹⁶ A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) alberga a segurança jurídica no artigo 9º ao consagrar o princípio da legalidade e da retroatividade (da pena mais branda e irretroatividade da pena mais severa).¹⁷

15 Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 1 out. 2022.

16 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 1 out. 2022.

17 “Artigo 9º – Princípio da Legalidade e da Retroatividade: Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delincente será por isso beneficiado” (CADH, 1969).

Acerca da aplicação desse artigo da CADH, cumpre trazer alguns julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), como no caso Baena Ricardo e Outros vs. Panamá, julgado em 2001, no qual a Corte IDH proferiu decisão afirmando que “en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias [...]”, destacando que sanções de natureza administrativa também são expressão do poder punitivo do Estado e que para fins de segurança jurídica devem ser conhecidas antes que ocorra a ação ou a omissão que a viole e que se pretende sancionar:

106. En relación con lo anterior, conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva” (CIDH, 2001, p. 84-85).

No caso *Ricardo Canese vs. Paraguai*, a Corte IDH julgou a condenação de Ricardo Canese à privação de liberdade pelo prazo de dois meses e o pagamento de multa pelos delitos de difamação e injúria em virtude de acusações que este dirigiu a seu adversário durante a disputa das eleições presidenciais do ano de 1992 no Paraguai. Em comentários a essa decisão, Piovesan, Fachin e Mazzuoli (2019, p. 170) relatam que a Corte IDH considerou inerte o Estado paraguaio porque não atentou para a vigência do novo Código Penal que continha normas mais favoráveis que as aplicadas nas decisões que condenaram Ricardo Canese, violando o art. 9º da Convenção Americana em virtude do princípio da retroatividade da norma penal mais favorável, pois competia aos tribunais determinar se era cabível reduzir as penas impostas ou se deveria ser mantida somente a pena de multa, que deixou de ser acessória para se tornar penalidade autônoma do crime de difamação.

186. Como ha quedado probado, durante un período de aproximadamente cuatro años en el cual estuvo en vigencia un nuevo Código Penal que contenía normas más favorables que las aplicadas en las sentencias condenatorias al señor Canese, dicha normativa más favorable no fue tomada en cuenta por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay, a pesar de los recursos planteados por el señor Canese solicitando, inter alia, la revisión de su condena, así como tampoco fue considerada de oficio por el juez competente. La Corte considera que de conformidad con el principio de retroactividad de la norma penal más favorable dichos tribunales debían comparar los aspectos más favorables de la misma aplicables al caso concreto y determinar si se debía reducir las penas impuestas al señor Canese o si se debía aplicar solamente la pena de multa, ya que esta última había dejado de ser accesoria a la pena de privación de libertad para el delito de difamación y se había convertido en alternativa autónoma” (Corte IDH, 2004, p. 91).

A Corte IDH destacou que a irretroatividade das leis é uma faceta do princípio da legalidade e deve ser aplicada em todos os ramos do Direito, mas reconhece uma exceção a esses princípios no que concerne a norma

penal favorável, orientando que se deve entender como favorável tanto a que estabelece uma pena menor para os delitos, como as que descriminam condutas anteriores¹⁸ ou “crean una nueva causa de justificaci3n, de inculpabilidad, y de impedimento a la operatividad de una penalidad, entre otras” (Corte IDH, 2004, p. 89).

Em linha de resumo ao que interessa para esse trabalho, observa-se que a Corte IDH tem jurisprudência mansa e pacífica no sentido de que o princípio da legalidade (primeira parte do art. 9º da CADH) se aplica também na seara das sanções administrativas, mas em se tratando de retroatividade benéfica (segunda parte do art. 9º da CADH) a Corte IDH nunca a ampliou para além do âmbito estritamente penal.

Pelo contrário, mesmo quando tratou unicamente do princípio da legalidade, a Corte IDH ressaltou a diferença entre o campo administrativo e o campo penal, advertindo no caso *L3pez Lone y Otros vs. Honduras* que é necess3rio prestar atença3n nesse emprego, pois “La precisi3n de una norma sancionatoria de naturaleza disciplinaria puede ser diferente a la requerida por el principio de legalidad en materia penal, por la naturaleza de los conflictos que cada una est3 destinada a resolver” (Corte IDH, par3grafo 257, 2015).

À guisa de conclus3o, em todos os casos julgados pela Corte IDH se observa que essa Corte internacional entende que o art. 9º da Convença3o Americana sobre Direitos Humanos, que consagra o princípio da legalidade e da irretroatividade, se aplica a todos os ramos do Direito, mas no que concerne especificamente à retroatividade, essa fica circunscrita às normas penais mais benéficas, n3o abarcando outros tipos de normas *post factum*, ainda que mais favoráveis, tudo em nome do princípio da segurança jurídica.

18 O art. 2º do C3digo Penal brasileiro diz que “ningu3m pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execuça3o e os efeitos penais da sentença condenat3ria” (BRASIL, 1940). A ocorr3ncia da abolitio criminis que conduz à descriminalizaça3o, ou seja, torna indiferente penal o fato que anteriormente era considerado crime, 3 uma das formas de *novatio legis in melius*, quando lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, se aplica a fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenat3ria transitada em julgado.

4 O AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 843.989/PR E O DIREITO FUNDAMENTAL À APLICAÇÃO DA LEI MAIS BENÉFICA

O Agravo em Recurso Extraordinário nº 843.989/PR foi escolhido como paradigma do Tema nº 1.199 do repertório de repercussão geral para definir se as disposições da Lei nº 14.230/2021, relativas à necessidade da presença do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA, e a aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente, deveriam ou não retroagir.

O debate se centrou entre aqueles que advogam que a retroatividade da lei mais benéfica se aplica ao Direito Administrativo sancionador e os que defendem ser a retroação legal hipótese excepcional, somente admissível para as leis penais posteriores mais favoráveis aos réus, por expressa disposição constitucional.¹⁹ Na primeira corrente, Vitta (2003, p. 678) propugna que os princípios do Direito Penal, em especial o art. 5º, XL, da CF/88, se legitima na dignidade da pessoa humana e decorrem do Regime Democrático de Direito, aplicando-se na seara das sanções administrativas. Osório (2006, p. 334) aponta que se no Direito Penal vige o princípio da retroatividade da norma benéfica, outra orientação não há de existir para o Direito Administrativo Sancionador, em face dos efeitos da isonomia, “preservando-se o princípio constitucional da igualdade e os valores relacionados à justiça e à atualização das normas jurídicas que resguardam direitos fundamentais.”

No polo oposto estão os que advogam a exclusividade da retroação para a lei penal benéfica, em virtude das peculiaridades desse ramo do Direito.²⁰ Nesse sentido, leciona o professor Leonel (2021):

¹⁹ Art. 5º, XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (BRASIL, 1988).

²⁰ Nesse sentido, leciona o professor Leonel (2021): “Disso se extrai que a disciplina específica do Direito Sancionador na tutela da probidade administrativa não se identifica completamente com a disciplina do Direito Penal. Existe uma área em que as garantias são comuns, mas existe uma outra em que há distinção. O regime do Direito Penal não se aplica automaticamente e sem reservas à tutela da probidade”.

Disso se extrai que a disciplina específica do Direito Sancionador na tutela da probidade administrativa não se identifica completamente com a disciplina do Direito Penal. Existe uma área em que as garantias são comuns, mas existe uma outra em que há distinção. O regime do Direito Penal não se aplica automaticamente e sem reservas à tutela da probidade (LEONEL, 2021).

Mello (2007, p. 154-155) afirma que não existe no Direito Administrativo sancionador o princípio da retroatividade da lei benéfica, bem como Oliveira e Grotti (2020, p. 108) salientam que como o Direito Administrativo sancionador não está submetido ao Direito Penal, esse não pode contribuir na elaboração de um ferramental próprio para aquele, sendo a integração a diretriz a ser seguida.

Em suma, a retroatividade das leis é hipótese excepcional no ordenamento jurídico brasileiro, incidindo na Lei nº 14.230/2021 o princípio do *tempus regit actum*, com fundamento no art. 5º, XXXVI, da CF/88, cuja disposição estabelece que as alterações promovidas por diploma normativo superveniente devem respeitar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Essa foi a diretriz adotada no julgamento do ARE nº 843.989/PR, finalizado em 18 de agosto desse ano, onde foi fixada a seguinte tese:

- 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 (BRASIL, 2022a).

Prevaleceu o entendimento do relator da matéria, Ministro Alexandre de Moraes, por maioria, vencidos parcialmente e nos termos de seus respectivos votos os ministros André Mendonça, Nunes Marques, Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Inicialmente,²¹ o Min. Alexandre de Moraes salientou a essencialidade de definir a natureza civil dos atos de improbidade administrativa, tendo em vista o comando insculpido no art. 37, § 4º, da CF/88,²² ainda que a Lei nº 14.230/21 tenha negado o caráter cível da ação de improbidade administrativa.²³ Com relação a isso é inexplicável a tentativa legislativa, pois a maioria esmagadora da doutrina e da jurisprudência afirmam que a natureza jurídica da ação de improbidade administrativa é civil.

Nesse sentido, Santos (2002, p. 1); Figueiredo (2003, p. 336); Neves e Oliveira (2020, p. 190); Aurelli (2013, p. 6-7) e Carvalho Filho (2019, p. 137): “Como registra a maioria dos autores, a ação de improbidade ostenta natureza cível, ou seja, caracteriza-se como ação civil, muito embora tenha uma sequência de condutas que se assemelham aos tipos existentes na legislação penal” (CARVALHO FILHO, 2019, p. 137). Em sentido contrário, Wald e Mendes (1998, p. 214).

Na sequência, o Relator explicou que a alteração legislativa revogou a modalidade culposa de improbidade, originariamente prevista no art. 10

21 A síntese dos votos exarados pelos Ministros do STF, aqui resumidamente transcritos, foram extraídos de vídeos do YouTube e podem ser acessados mediante consulta às referências localizadas no final deste trabalho (BRASIL, 2022b; BRASIL, 2022c; e, BRASIL, 2022d).

22 Art. 37, § 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 (BRASIL, 1988).

23 “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” (BRASIL, 2021). A grande questão é, então, que tipo de ação seria, pois, se com certeza não é penal, tampouco trabalhista, o ordenamento jurídico brasileiro desconhece outro enquadramento.

da LIA desde seu nascedouro, por entenderem os parlamentares que condutas negligentes, imprudentes ou imperitas, ainda que causem danos materiais ao Estado, não podem ser enquadradas como atos de improbidade, pois lhes falta o elemento da desonestidade. Contudo, a Lei nº 14.230/21 não promoveu uma anistia geral, tampouco trouxe regras de transição que pudessem auxiliar o intérprete na aplicação da norma em diversas situações como ações em andamento ou condenações transitadas em julgado.

À míngua dessa lacuna, é incabível, segundo o Min. Alexandre Moraes, promover uma triangulação entre os ramos jurídicos para se utilizar do regramento específico do Direito Penal aos atos de improbidade administrativa de natureza cível, em função da interface daquele ramo do Direito com o Direito Administrativo sancionador, como se houvesse uma automaticidade na aplicação das regras do Direito Penal ao Direito Civil, sendo necessário analisar, conjuntamente, 5 (cinco) vetores interpretativos para definir a retroatividade ou irretroatividade da revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa, trazido pela Lei nº 14.230/21, quais sejam: 1) a natureza civil do ato de improbidade administrativa, definida diretamente pela Constituição; 2) os novos contornos do Direito Administrativo sancionador, conferido pela CF/88; 3) a aplicação dos princípios constitucionais do Direito Administrativo sancionador ao sistema de improbidade; 4) ausência, conforme dito, de menção expressa à retroatividade ou anistia geral na nova lei; e, 5) inexistência de regras de transição.

Tudo isso levado em consideração conduziu o Ministro Alexandre de Moraes à conclusão de que o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, consagrado no inc. XL do art. 5º da CF/88, não tem aplicação automática para a responsabilidade por atos ilícitos cíveis de improbidade administrativa, por ausência de expressa previsão legal, sob pena de desrespeito à constitucionalização das regras rígidas de regência da administração pública e de responsabilização dos agentes públicos corruptos.

O inciso XL deve ser conjugado com o inc. XXXVI, ambos do artigo art. 5º da CF/88, pois a regra é que a lei não retroaja para prejudicar o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, sob pena de ferimento à segurança jurídica, inclusive no campo penal, salvo excepcionalmente nesse último, por força das peculiaridades únicas desse ramo do direito, quando mais benéfica ao réu.²⁴ Portanto, os condenados, com decisão definitiva transitada em julgado por ato de improbidade administrativa culposo, não se beneficiam da nova redação do art. 10 da Lei nº 8.429/92, dado pela Lei nº 14.230/21.²⁵

No tocante à prescrição,²⁶ o Relator argumentou que o instituto da prescrição surge do pressuposto básico da inércia do titular,²⁷ logo não é possível que o Estado seja surpreendido com a perda de uma faculdade jurídica, sob o argumento de que ele foi inerte, quando nem existia a norma que lhe impunha o dever de agir dentro de um prazo previamente estabelecido. Portanto, a conclusão, sob um prisma lógico-jurídico, é que uma lei nova que fixa prazos prescricionais nunca poderá ser aplicada retroativamente, pois suprime de forma inesperada o direito daquele que foi alcançado pela expiração de um prazo que não existia e, por isso, não se tinha como cumprir tempestivamente.

Passada a palavra aos demais magistrados, o Ministro André Mendonça (BRASIL, 2022c) trilhou entendimento diverso no tocante à prescrição geral. Para ele, o novo prazo geral trazido pela Lei nº 14.230/21

24 O Relator cita precedente da Segunda Turma do STF, no qual restou expressamente consignado pelo Ministro Ricardo Lewandowski: “Verifica-se, portanto, que a retroatividade da norma mais benéfica em favor do réu é um princípio exclusivo do Direito Penal, onde está em jogo a liberdade da pessoa, admitindo, até mesmo, o ajuizamento de revisão criminal após o trânsito em julgado da sentença condenatória, há qualquer tempo” (BRASIL, 2017, p. 9)

25 Ressalte-se que para os processos em andamento o juiz deve, se não houver indício de dolo direto ou eventual, extinguir a ação, pois não mais existe ato de improbidade administrativa culposo no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei nº 14.230/21 (*tempus regit atum*).

26 Estabeleceu a Lei nº 14.230/21: “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. [...] § 5º Interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo previsto no caput deste artigo” (BRASIL, 2021).

27 Explica Carvalho Filho (2019, p. 139): “A regra geral para a inércia do titular, incluindo o Estado, é a prescritibilidade das pretensões. Não deduzidas nos prazos legais, fica o titular despedido do direito de fazê-lo ulteriormente. Só assim se pode assegurar a estabilidade das relações jurídicas e evitar que perdurem *ad infinitum* em benefício daquele que se mostrou desinteressado na defesa de seus direitos”.

tem aplicação imediata, inclusive para fatos pretéritos. Contudo, se a prescrição do direito de ação já havia se iniciado com o advento da novel legislação, aplica-se o princípio da ultratividade da norma anterior, prevalecendo o prazo prescricional de 5 (cinco) anos que já estava em curso e vigia antes da alteração da Lei nº 8.429/92. Observa-se que essa ressalva do Ministro André Mendonça seria mais benéfica para agentes políticos eleitos para cargos majoritários, especialmente aqueles que estivessem no primeiro mandato.

O Ministro Kassio Nunes Marques (BRASIL, 2022c) divergiu por entender que o legislador expressou taxativamente sua vontade de que a Lei nº 14.230/21 retroagisse ao introduzir o § 4º no art. 1º da Lei nº 8.429/92, estabelecendo que se aplicam ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do Direito Administrativo sancionador, dentre os quais se destacam o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a legalidade, a pessoalidade penal, a razoabilidade, a proporcionalidade e a retroação da lei penal mais benéfica (encontrando óbice apenas na coisa julgada), entendendo lei penal com um sentido mais abrangente, para incorporar aquelas que prevejam penalidades contra o cidadão, além do círculo criminal, como faz o Direito português, que praticamente equipara os ilícitos administrativos e penais em termos de garantias.

Para corroborar seu entendimento, o Ministro Kassio Nunes Marques citou o caso do Tribunal Constitucional x Peru, decidido pela Corte IDH na sentença de 31 de janeiro de 2001, no qual a Corte julgou a responsabilidade internacional do Estado peruano pela destituição de Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry e Delia Revoredo Marsano, membros do Tribunal Constitucional.

Ocorre que entre os artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos alegados em defesa dos peticionantes não está o art. 9º, ou seja,

a Corte IDH não tratou nesse caso de retroatividade legal. Os artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos declarados violados pela Corte IDH foram:

110. La Corte observa que, de acuerdo con lo establecido en la presente Sentencia, el Estado violó los artículos 8 y 25 de la Convención Americana en perjuicio de los señores Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano, por lo que puede concluirse que no ha cumplido con su deber general de respetar los derechos y libertades reconocidos en aquélla y de garantizar su libre y pleno ejercicio, como lo dispone el artículo 1.1 de la Convención (Corte IDH, 2001, p. 50-51).

O outro julgamento citado pelo Ministro Kassio Nunes Marques em defesa de seu entendimento refere-se ao caso Maldonado Ordóñez x Guatemala, no qual a Corte IDH condenou o Estado da Guatemala por infringência ao art. 8º e 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos. Todavia, com relação ao artigo 9º, novamente e nos mesmos moldes das decisões dos casos Baena Ricardo e outros vs. Panamá e Ricardo Canese vs. Paraguai (citados acima), a Corte IDH destacou que o princípio da legalidade vigora também em matéria disciplinar e seu alcance se aplica a todos “el derecho disciplinario es una especie de derecho punitivo que se acerca a las previsiones del derecho penal” (Corte IDH, parágrafo 77, 2016), não tecendo considerações acerca da retroatividade benéfica em matéria sancionatória administrativa, pois, conforme dito alhures, reafirma-se que não se encontra em nenhum julgado da Corte IDH até hoje que ela tenha ampliado a retroatividade benéfica para além do âmbito penal.

Confira-se que nesse caso (Maldonado Ordóñez x Guatemala), assim como em todos os outros citados pelos Ministros do STF, a Corte IDH se refere somente ao princípio da legalidade quando diz que o art. 9º da Convenção Americana é aplicável em matéria sancionatória administrativa e ainda que somente com relação a ele faz ressalva de que o alcance desse princípio em matéria disciplinar depende consideravelmente da ma-

téria regulada, pois a natureza dos conflitos que o Direito Penal e o Direito Administrativo regulam são diferentes (Corte IDH, parágrafo 89, 2016).

O Ministro Edson Fachin acompanhou quase que integralmente o Relator, mas divergiu quanto à abrangência da irretroatividade, dando-lhe efeitos mais amplos para afirmar que a Lei nº 14.230/21 não poderia ser aplicada nem para os casos ainda pendentes de julgamento (BRASIL, 2022c), sendo seguido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, pela Ministra Cármen Lúcia (BRASIL, 2022d) e pela Ministra Rosa Weber (BRASIL, 2022d), a qual argumentou que mesmo sendo o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador espécies do gênero direito punitivo estatal, não se justifica a transposição automática e linear de princípios entre eles, haja vista a singularidade de tais ramos do direito. A regra é a irretroatividade das leis, dando resguardo a segurança jurídica, à exceção da retroatividade benéfica da lei penal, amparada no bem maior que é a liberdade humana, não tendo paralelo no âmbito do Direito Administrativo sancionador.

O Ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2022d) acompanhou o voto do Ministro Kassio Nunes Marques, citando os mesmos julgados da Corte IDH, os quais, conforme já se comentou, não corroboram a tese defendida por eles, pois deixam patente que a Corte IDH aplica a legalidade e retroatividade, insculpido no art. 9º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em qualquer ramo do direito, em prol da segurança jurídica, pois afirmam que não se pode prejudicar a situação jurídica de ninguém com base em lei que veio a existir depois do fato (princípio da legalidade) ou que já existia mais foi alterada (princípio da retroatividade à *contrario sensu*), com exceção em matéria penal, quando as leis devem retroagir, se forem para melhorar a situação do acusado-condenado.

Na mesma linha seguiu o Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2022d), não salvando nem a coisa julgada da retroação benéfica, com o acréscimo de que para a prescrição geral se observe qual lei será mais favorável ao réu, a depender do caso concreto, reconhecendo apenas a irretroatividade da prescrição inter-

corrente, tendo em mente sua natureza processual, passando ela a ser contada no primeiro dia de vigência da Lei nº 14.230/21. A proximidade entre a persecução criminal e o sistema de combate a atos de improbidade administrativa vem sendo reconhecida pelo Ministro Gilmar Mendes de longa data, conforme se observa nesse julgado: “A Constituição Federal anuncia, no art. 37, § 4º, uma noção de independência entre as diferentes esferas sancionadoras: ‘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.’ Tal independência, contudo, é complexa e deve ser interpretada como uma independência mitigada, sem ignorar a máxima do *ne bis in idem*. Explica-se: o subsistema do direito penal comina, de modo geral, sanções mais graves do que o direito administrativo sancionador. Isso significa que mesmo que se venha a aplicar princípios penais no âmbito do direito administrativo sancionador – premissa com a qual estamos totalmente de acordo, o escrutínio do processo penal será sempre mais rigoroso. A consequência disso é que a compreensão acerca de fatos fixada definitivamente pelo Poder Judiciário no espaço do subsistema do direito penal não pode ser revista no âmbito do subsistema do direito administrativo sancionador. Todavia, a construção reversa da equação não é verdadeira, já que a compreensão acerca de fatos fixada definitivamente pelo Poder Judiciário no espaço do subsistema do direito administrativo sancionador pode e deve ser revista pelo subsistema do direito penal – este é ponto da independência mitigada” (BRASIL, 2020, p. 14)

Para finalizar, o Ministro Dias Toffoli entendeu aplicáveis os dispositivos previstos na Lei nº 14.230/21 aos processos futuros, aos que ainda estão em curso e às execuções das penas, assim como aos demais incidentes dos atos de improbidade culposos, adotando as mesmas premissas e a mesma lógica com relação aos prazos de prescrição geral e intercorrente mais benéficos ao réu. Por fim, o presidente da Corte, Min. Luiz Fux, acompanhou o Relator integralmente.

5 CONCLUSÃO

A probidade administrativa é um direito difuso fundamental que encontra guarida na atual Constituição, sendo a improbidade o ato doloso e desonesto praticado em detrimento dos princípios que regem a administração pública, lhe causem prejuízo ou acarretem enriquecimento ilícito.

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA) tutela a probidade administrativa, possuindo natureza cível, muito embora veicule sanções de natureza político-administrativa como a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, sendo amplamente majoritária a corrente doutrinária que afasta o caráter penal da sistemática introduzida pela Lei nº 8.429/92.

Não obstante e tendo em vista, conforme dito, que dentre as diversas espécies de sanções impostas pela LIA estão aquelas de natureza administrativa, aplica-se ao sistema de improbidade disciplinado por ela os princípios constitucionais do Direito Administrativo sancionador, conforme expressamente estatuído no § 4º do art. 1º da Lei nº 14.230/21, que modificou substancialmente a Lei nº 8.429/92.

Dentre as várias alterações promovidas, o STF teve a oportunidade de se debruçar acerca da polêmica retroatividade benéfica em matéria administrativa sancionatória, tendo fixado a tese de que as normas mais favoráveis trazidas pela Lei 14.230/2021 são irretroativas, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

Conclui-se que a decisão do STF foi acertada, pois admitir a retroatividade de normas mais favoráveis em qualquer caso, em comparação com o ordenamento que vigorava anteriormente, conduziria a um eterno retorno ao passado, eternizando as demandas, perenizando os conflitos e consagrando o fracasso do Direito como instrumento de pacificação social.

Imagine-se o caos se a cada alteração legislativa fosse pleiteada a retroatividade normativa por ser considerada mais benfazeja. Acabar-se-ia caminhando para uma espiral de leis mais prejudiciais, sob pena de se

revolver todo o passado e isso é válido, especialmente, para o Direito Administrativo sancionador, pois entendimento contrário leva a admitir que a exclusão de qualquer infração funcional no estatuto dos servidores públicos possibilita o restabelecimento do estado de coisas anterior a mudança.

Desse modo, ter-se-ia que aceitar, à título de exemplo que pode ser ampliado a diversas outras hipóteses, que se uma nova lei excluísse a pena de demissão para quem acumula cargos públicos, fora das hipóteses permitida constitucionalmente, todos as pessoas que foram demitidas do serviço público por acumulação ilícita²⁸ teriam o direito de pedir a reintegração a seus cargos, em razão da retroatividade da lei (penal) mais benéfica, aplicável também para o Direito Administrativo sancionador.

Ademais, a decisão do STF não está em desacordo com o entendimento da Corte IDH. Nos julgados desse Tribunal, citados pelos eminentes Ministros Kassio Nunes Marques e Ricardo Lewandowski, não se constata em nenhum momento que a Corte Internacional acolha a retroatividade de leis não penais, mas, ao contrário, a linha adotada é pela impossibilidade de retroação das leis em qualquer ramo jurídico, especialmente naqueles que cuidam da matéria relacionada a sanção. A única exceção a esse dogma é feita em matéria criminal, quando norma mais favorável entra em vigor.

REFERÊNCIAS

AGRA, W. de M. **Comentários sobre a Lei de Improbidade Administrativa**. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019.

AURELLI, A. I. Condições para o exercício da ação de improbidade administrativa. In: LUCON, P. H. dos S.; COSTA, E. J. F.; COSTA, G. R. (Coord.). **Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92**. São Paulo: Atlas, 2013.

²⁸ Lei nº 8112/90. Art. 118. Ressalvados os casos previstos na Constituição, é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos. Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: [...] XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas (BRASIL, 1990).

BAUMAN, Z. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Augusto de Souza Dentzien. 1. ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1934**. Capítulo II - Dos Direitos e das Garantias Individuais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 9 set. 2022.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 2 out. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1946**. Capítulo II - Dos Direitos e das Garantias Individuais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 set. 2022.

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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 5 out. 2022.

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: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 9 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 22.357 – Distrito Federal**, Tribunal Pleno. Impetrante: Ivete do Socorro Abreu de Sousa e outros. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília. DJ nº 213 do dia 05/11/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.019.161** – São Paulo, Segunda Turma. Recorrente: Partido Verde – Comissão Provisória Estadual São Paulo. Recorrido: Ministério Público Federal. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília. DJE n. 40, divulgado em 02/03/2017.

BRASIL. **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: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm#art1. Acesso em: 9 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 41.557** – São Paulo, Segunda Turma. Reclamante: Fernando Capez. Reclamado: Juiz Federal da 12ª Vara Federal de São Paulo. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília. DJE nº 294, divulgado em 17/12/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com agravo nº 843.989 – Paraná**, Tribunal Pleno. Reclamante: Rosmery Terezinha Cordova. Reclamado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Brasília. Ata nº 23, de 18/08/2022. DJe nº 177, divulgado em 02/09/2022a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pleno - Lei de Improbidade. (1/2) - 4/8/22**. YouTube. 4 de agosto de 2022b. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=OiMHDbMBBF0&t=1s>. Acesso em: 7 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno - **Lei de Improbidade (1/2) - 17/8/22**. YouTube. 17 de agosto de 2022c. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=jv7LaNyulyQ&t=1s>. Acesso em: 7 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pleno - Lei de Improbidade. (1/2) - 18/8/22**. YouTube. 18 de agosto de 2022d. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=2FXVkuJfHmQ&t=1s>. Acesso em: 7 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1416313 – Mato Grosso**, Primeira Turma. Recorrente: João Carlos Santini. Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília. j. em 26.11.2013, DJe de 12.12.2013.

CALMES-BRUNET, S. Quelle consécration du principe de sécurité juridique en droit administratif français? *In*: VALIM, R.; OLIVEIRA, J. R. P.; DAL POZZO, A. N. (Coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CAMARGO, M. M. L. **Hermenêutica e argumentação**. Uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPANA, P. de S. P. **O controle pelo medo**: fragilidades e desafios do sistema de controle da administração pública, 2018. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

CARNELUTTI, F. **Como nasce o direito**. Tradução: Roger Vinícius da Silva Costa. São Paulo: Editora Pillares, 2015. E-book.

CARVALHO FILHO, J. dos S. **Improbidade administrativa**: prescrição e outros prazos extintivos. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2019.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 2 de fevereiro de 2001. Série C, n. 72, 2001. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf. Acesso em: 1 out. 2022.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 31 de enero de 2001. Série C, n. 71. 2001. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf. Acesso em: 5 out. 2022.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 31 de agosto de 2004. Série C, n. 111, 2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf. Acesso em: 1 out. 2022.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso López Lone y otros Vs. Honduras**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Série C No. 302, 2015. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_302_esp.pdf. Acesso em: 22 out. 2022.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Maldonado Ordóñez Vs. Guatemala**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 3 de maio de 2016. Série C, n. 311, 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_311_esp.pdf. Acesso em: 5 out. 2022.

CÔRTEZ, O. M. P. **Súmula vinculante e Segurança Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 33. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FIGUEIREDO, L. V. Alguns aspectos tópicos da improbidade administrativa. *In*: BUENO, C. S.; PORTO FILHO, P. P. de R. (Coord.). **Improbidade administrativa**: questões polêmicas e atuais. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

FIGUEIREDO, M. Ação de improbidade administrativa, suas peculiaridades e inovações. *In*: BUENO, C. S.; PORTO FILHO, P. P. de R. (Coord.). **Improbidade administrativa**: questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001.

GARCIA, E.; ALVES, R. P. **Improbidade Administrativa**, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

LEAL, R. G. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 87-107, jan./mar., 2014.

LEONEL, R. de B. **Nova Lei de Improbidade**: atipicidade, prescrição e direito superveniente. **CONJUR**. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-29/leonel-lia-atipicidade-prescricao-direito-superveniente>. Acesso em: 17 nov. 2022.

MELLO, R. M. de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição federal de 1988. São Paulo, Malheiros, 2007.

MELLO, C. A. B. de. Estado de direito e segurança jurídica. *In*: VALIM, R.; OLIVEIRA, J. R. P.; POZZO, A. N. D. (Coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MORAES, A. de. **Direito constitucional**. 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017.

MORENO, F. S.. Seguridad Jurídica. *In*: VALIM, R.; OLIVEIRA, J. R. P.; POZZO, A. N. D. (Coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NEVES, D. A. A.; OLIVEIRA, R. C. R. **Improbidade administrativa: direito material e processual**. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, J. R. P.; GROTTI, D. A. M. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. **Interesse Público – IP**. Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 108-116, mar./abr., 2020.

ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Pacto de San José da Costa Rica, 1969.

OSÓRIO, F. M. **Direito Administrativo Sancionador**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PIOVESAN, F.; FACHIN, M. G.; MAZZUOLI, V. de O. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SALAMA, B. M.; PALMA, J. B. de. Ensaio sobre a Coação Instrumental dos Controladores e a Ação Burocrática Defensiva. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, v. 241, p. 455-464, 2016.

SANTOS, C. F. B. dos. **Improbidade administrativa: reflexões sobre a Lei no 8.429/92**. Com as alterações mantidas pela Medida Provisória no 2.225-45, de 04.09.2001. Rio de Janeiro: Forense.

SANTOS, R. V. dos. **Direito Administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 1. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, A. do C. e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do artigo 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/1999). *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-315, jul./set., 2004. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44376>. Acesso em: 1 out. 2022.

SUNDFELD, C. A. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2017.

VITTA, H. G. A atividade administrativa sancionadora e o princípio da segurança jurídica. *In: VALIM, R.; OLIVEIRA, J. R. P.; POZZO, A. N. D. (Org.). Tratado sobre o Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo*, Belo Horizonte, Fórum, 2013.

WALD, A.; MENDES, G. F. Competência para julgar a improbidade administrativa. **Revista de Informação Legislativa**, v. 35, n. 138, p. 213-216, abr./jun., 1998. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/378>. Acesso em: 25 set. 2022.