

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP
FACULDADE DE DIREITO

EDUARDA MASCARENHAS PEREIRA

**A APLICAÇÃO RETROATIVA DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE INSERIDA PELA
LEI N. 14.230/21 NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UM REFLEXO DOS
FUNDAMENTOS DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

SÃO PAULO

2022

EDUARDA MASCARENHAS PEREIRA

A APLICAÇÃO RETROATIVA DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE INSERIDA PELA
LEI N. 14.230/21 NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UM REFLEXO DOS
FUNDAMENTOS DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Trabalho de Graduação apresentado como
requisito para obtenção do título de Bacharel no
Curso de Direito da Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo.

ORIENTADOR: PROF.º JACINTHO SILVEIRA DIAS DE ARRUDA CÂMARA

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu Orientador, Prof. Jacintho Silveira Dias Arruda Câmara, por toda compreensão e auxílio no desenvolvimento do presente estudo.

Aos meus pais, pelo amor, incentivo e apoio incondicional em todos os momentos difíceis possibilitando que eu concluísse esta graduação. Aos meus irmãos, pelos momentos de descontração e também de apoio.

Ao Dr. Diogo Malgueiro Espíndola e à Dra. Luísa Weichert, não só pelos ensinamentos jurídicos, mas também pelas ricas indagações e por toda contribuição à minha formação profissional.

Por fim, aos meus queridos amigos, Caio Tripicchio de Almeida e Luana Gonçalves Ribau, que sempre estiveram junto a mim, por todas as trocas e ajuda mútua.

RESUMO

O presente estudo teve como temática central a análise das alterações substanciais implementadas na Lei de Improbidade Administrativa a partir da edição da Lei n. 14.230/21, sobretudo quanto à aplicação retroativa do novo §5º, do art. 23, que instituiu a prescrição intercorrente no âmbito das ações de improbidade administrativa. Partindo-se da hipótese de que o STF adotou critérios estritamente formais para atribuição de natureza civil às ações de improbidade e, assim, fixou a irretroatividade do novo regime prescricional da LIA, buscou-se, no presente estudo, verificar se tal tese se revela materialmente em consonância com os valores de um Estado Democrático de Direito. Para tanto, valendo-se do método dedutivo e de ampla pesquisa bibliográfica, foi realizado um estudo acerca do regime jurídico aplicável à Improbidade Administrativas, sua inserção no âmbito do Direito Administrativo Sancionatório e em que medida os princípios do Direito Penal dialogam com esta seara, especialmente o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, bem como realizada uma breve análise do instituto da prescrição intercorrente. Por fim, concluiu-se, a partir de uma análise substancial de suas sanções, que a LIA se insere no ramo do Direito Administrativo Sancionador que, embora não esteja submetido a um regime jurídico idêntico ao do Direito Penal, tem em relação a esta seara certos pontos em comum – a subsunção aos princípios constitucionais, que buscam proporcionar extensividade aos direitos e garantias fundamentais, especialmente aqueles que restringem a interferência estatal nos direitos individuais, com destaque para a retroatividade da norma mais benéfica. Outrossim, demonstrada a importância do instituto da prescrição intercorrente em relação à observância da segurança jurídica e na duração razoável do processo, restou evidenciado que a sua aplicação nas ações de improbidade administrativa é medida inerente aos princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, especialmente do devido processo legal substancial.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade Administrativa. Direito Administrativo Sancionador. Retroatividade da norma mais benéfica. Prescrição Intercorrente.

ABSTRACT

The present study had as its central theme the analysis of the substantial changes implemented in the Administrative Improbability Law from the enactment of Law n. 14.230/21, especially regarding the retroactive application of the new §5, of art. 23, which instituted the intercurrent prescription in the context of administrative improbity actions. Starting from the hypothesis that the STF adopted strictly formal criteria for the attribution of a civil nature to the actions of improbity and, thus, established the non-retroactivity of the new statute of limitations of the LIA, the present study sought to verify whether this thesis reveals itself materially in line with the values of a Democratic State of Law. In order to do so, using the deductive method and extensive bibliographic research, a study was carried out on the legal regime applicable to Administrative Improbability, its insertion within the scope of Administrative Sanctions Law and to what extent the principles of Criminal Law dialogue with this area, especially the principle of retroactivity of the most beneficial law, as well as a brief analysis of the institute of intercurrent prescription. Finally, it was concluded, based on a substantial analysis of its sanctions, that the LIA is part of the field of Administrative Sanction Law which, although not subject to a legal regime identical to that of Criminal Law, has in relation to this area certain points in common – the subsumption to constitutional principles, which seek to provide extensiveness to fundamental rights and guarantees, especially those that restrict state interference in individual rights, with emphasis on the retroactivity of the most beneficial norm. Furthermore, having demonstrated the importance of the institute of intercurrent prescription in relation to the observance of legal certainty and in the reasonable duration of the process, it was evident that the retroactivity of the intercurrent prescription in administrative improbity actions is a measure inherent to the basic principles of a Democratic State of Law, especially substantial due process.

KEY-WORDS: Administrative dishonesty. Sanctioning Administrative Law. Retroactivity of the most beneficial norm. Intercurrent Prescription.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

nº – Número

p. – Página

LIA – Lei de Improbidade Administrativa

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

MS – Mandado de Segurança

REsp – Recurso Especial

Rext – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 8 |
| 1. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO | 12 |
| 1.1. Evolução histórico-normativa | 12 |
| 1.2. Conceito e bem jurídico tutelado | 16 |
| 1.3. Regime jurídico | 18 |
| 1.3.1. A natureza jurídica do ato de improbidade | 21 |
| 1.3.2. O caráter sancionatório da LIA | 25 |
| 2. A REFORMA INSTITUÍDA PELA LEI N. 14.230/21: A PREVISÃO EXPRESSA DE APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR | 28 |
| 2.1. O princípio da retroatividade das normas mais benéficas no Direito Civil e no Direito Penal | 31 |
| 2.2. O princípio da retroatividade das normas mais benéficas no Direito Administrativo Sancionador | 34 |
| 2.2.1. Posição contrária | 34 |
| 2.2.2. Posição favorável | 37 |
| 3. O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE | 40 |
| 3.1. Conceito e fundamento constitucional | 40 |
| 3.2. A prescrição intercorrente nas Ações de Improbidade Administrativa | 43 |
| 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS | 45 |
| 5. REFERÊNCIAS BIBLOGRÁFICAS: | 48 |

INTRODUÇÃO

Em 25 de outubro de 2021, foi publicada a Lei n. 14.230 trazendo inúmeras alterações à Lei n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), considerada como um dos principais instrumentos jurídicos integrantes do Sistema Brasileiro de Combate à Corrupção.

Diversas foram as alterações trazidas pela novel legislação, seja no âmbito das normas que carregam conteúdo processual, seja nas normas que carregam conteúdo material. Em paralelo a essas alterações, iniciaram-se diversos debates acerca da retroatividade dos dispositivos introduzidos, dentre os quais a do §5º, do artigo 23, da Lei n. 8.429/1992, que inova ao prever o instituto da prescrição intercorrente.

Sobre o tema, quando publicada a referida lei, estabeleceu-se ampla divergência de decisões no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, que ora proferia decisões no sentido de não reconhecer a constitucionalidade da aplicação retroativa das alterações legislativas, ora reconhecia a sua aplicabilidade nas ações já ajuizadas quando da entrada em vigor da “Nova Lei de Improbidade Administrativa”.

Aqueles que defendiam a irretroatividade do novo regime prescricional nas ações de improbidade administrativa o faziam, em síntese, sob o fundamento de que o dispositivo constitucional positivava o princípio da retroatividade da lei mais benéfica exclusivamente à seara penal. Outrossim, também o faziam com fundamento na impossibilidade de punição do autor por demora que ele não deu causa, motivo pelo qual os novos prazos prescricionais só deveriam ser aplicados aos processos ajuizados após a promulgação da Lei 14.230/2021.

Por outro lado, havia aqueles que defendiam que a inclusão do §4º no art. 1º da Lei n. 8.429/92, estabelecendo a subsunção das ações de improbidade administrativa aos princípios do Direito Administrativo Sancionador, implicaria na subsunção, por conseguinte, aos princípios constitucionais norteadores do Direito Penal, uma vez que a aproximação entre os regimes se daria pela ausência de distinção substancial entre as infrações administrativas e penais, sendo ambas decorrentes de um jus puniendi estatal único. Assim, a aplicação retroativa dos dispositivos colacionados pela Lei n. 14.230/2021 nas ações de improbidade administrativa teria fundamento no princípio da retroatividade da norma mais benéfica ao réu, previsto no art. 5º, XL, da CF/88.

Note-se que o cerne da controvérsia trazida pela reforma da Lei de Improbidade Administrativa, especialmente no que tange ao novo regime dos prazos prescricionais, apenas retoma um tema que é discutido na doutrina e na jurisprudência há anos, qual seja, a

aplicabilidade ou não do princípio da retroatividade mais benéfica no âmbito do Direito Administrativo Sancionador.

Apenas para demonstrar o grau de divergência, cumpre informar que, em 2017, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.019.161/SP¹, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, o Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de ser a retroatividade da norma mais benéfica em favor do réu um princípio exclusivo do Direito Penal, dada a possibilidade de cerceamento da liberdade humana.

Em sentido oposto, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 37.031/SP² no ano de 2018, assentou que é imperioso o reconhecimento da retroatividade de dispositivos legais favoráveis ao acusado, porquanto o princípio insculpido no artigo 5º, XL, da Constituição da República, alcança também as leis que disciplinam o Direito Administrativo Sancionador.

Como exposto, a partir da entrada em vigor da “Nova Lei de Improbidade Administrativa”, a discussão apenas foi retomada, voltou a se aflorar especialmente pelo fato de que passou a prever expressamente a aplicabilidade dos princípios do Direito Administrativo Sancionador nas ações de improbidade administrativa.

Evidenciado o quadro de insegurança jurídica, era certo que a partir da entrada em vigor da “Nova Lei de Improbidade Administrativa, o STF seria indagado a se manifestar. Assim, em 25 de fevereiro de 2022, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 843.989, em relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, a Suprema Corte proferiu decisão reconhecendo a repercussão geral, fixada no Tema 1.199³, para "definição de eventual (IR)RETROATIVIDADE das disposições da lei 14.230/21, em especial, em relação: I) A necessidade da presença do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no art. 10 da LIA; e II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente".

Em 18 de agosto de 2022, sobreveio a decisão de mérito do julgamento do tema 1.199, colocando fim às divergências jurisprudenciais, no qual o Tribunal Pleno, por unanimidade, fixou 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

¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 1019161 AgR, relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 02/05/2017. ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-099 DIVULG 11-05-2017 PUBLIC 12-05-2017

² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RMS n. 37.031/SP, relatora ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 8/2/2018, DJe de 20/2/2018

³ Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4652910&numeroProcesso=843989&classeProcesso=ARE&numeroTema=1199>>. Acesso em 12 de outubro de 2022.

- 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".

Conquanto o STF tenha fixado a tese supra colacionada, especialmente quanto à irretroatividade do novo regime prescricional, tem-se que não será suficiente para por fim às discussões que se fazem há muito tempo presentes. Isto pois, os principais fundamentos utilizados no voto vencedor, para afastamento da aplicação da principiologia do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador, se resumiram em atribuir uma natureza estritamente civil às ações de improbidade administrativa, bem como em realizar uma interpretação literal do artigo 5º, XL, da Constituição Federal.

Há que se denotar, ainda, que a referida decisão, ao adotar os argumentos supramencionados, parece ignorar o caráter repressivo e sancionador da ação de improbidade e a conseqüente necessidade de observância das garantias individuais do acusado submetido ao poder punitivo estatal.

Neste contexto é que se insere o problema de pesquisa do presente estudo: a irretroatividade do regime prescricional fixada no tema 1.199 pelo STF se revela materialmente em consonância com os valores de um Estado Democrático de Direito?

Neste sentido, o objetivo geral é demonstrar que, ante a inegável identidade ontológica entre Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal – podendo-se considerar o *ius puniendi* estatal como unitário – a aplicação retroativa do instituto da prescrição intercorrente às ações de improbidade em curso é medida que se revela em acordo com os ditames que regem um Estado Democrático de Direito. Isto pois, trata-se a prescrição intercorrente de uma garantia individual, decorrente do direito constitucional à razoável duração do processo, que traz limitações temporais à pretensão punitiva do Estado.

Ao longo do estudo, o método de abordagem a ser utilizado é o dedutivo, uma vez que se parte de uma análise geral da Lei de Improbidade Administrativa e das alterações advindas da Lei 14.230/20, bem como da análise das teorias que se posicionam a favor e contra à

aproximação entre Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal, chegando-se, ao final, na exposição dos fundamentos específicos para aplicação retroativa da prescrição intercorrente nas ações de improbidade administrativa em curso. Já, quanto aos procedimentos e técnicas empregados, realizar-se-á pesquisa descritiva e explicativa, a partir de análises bibliográficas, consulta de doutrinas, jurisprudência e artigos científicos, bem como da legislação pertinente.

Ademais, para o alcance do objetivo e obtenção de conclusões, subdividiu-se o presente trabalho em três capítulos, que acompanham seus objetivos específicos.

No primeiro capítulo, buscou-se analisar os principais aspectos teóricos relativos à Lei de Improbidade Administrativa, partindo-se de uma apresentação acerca de sua origem e evolução, passando para a realização de breves considerações quanto ao bem jurídico tutelado para que, ao fim, fosse realizada uma análise de seu regime jurídico.

Após, introduziu-se o intuito reformador da Lei n. 14.230/2021, com destaque para a previsão expressa de aplicabilidade dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador. Em seguida, passou-se a analisar a aplicabilidade do princípio da retroatividade da norma mais benéfica no Direito Administrativo Sancionador, abordando a posição favorável, contra e intermediária. Ainda no mesmo capítulo, ultrapassada a questão levantada, passou-se a apurar os exatos contornos e hipóteses de aplicação do princípio da retroatividade benigna no Direito Administrativo Sancionador, especialmente considerando a natureza híbrida – isto é, que a um só tempo mistura, material e instrumentalmente, normas de caráter civil e de caráter sancionatório - da Lei de Improbidade Administrativa.

No último capítulo, passou-se a analisar o instituto da prescrição intercorrente, destacando-se a sua natureza jurídica de garantia individual, bem como sua importância na efetivação do princípio da razoável duração do processo, a fim de possibilitar a conclusão do estudo no que tange à necessidade de sua aplicação retroativa às ações de improbidade em curso, considerando especialmente a importância das garantias e liberdades individuais no regime democrático.

Cumprе salientar que, a relevância do estudo se justifica não só no âmbito dos operadores do direito, posto que tanto a defesa da probidade administrativa como a defesa da duração razoável do processo, inserido no âmbito do devido processo legal substancial, transcendem aos interesses de toda a sociedade. Afinal, o ato ímprobo afeta diretamente a população, sobretudo os direitos sociais, posto que a administração dos recursos públicos está substancialmente ligada à concretização daqueles direitos. Outrossim, a defesa da probidade administrativa não pode se dar em detrimento do devido processo legal, posto que se trata de um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

1. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO

1.1. Evolução histórico-normativa

O Sistema Brasileiro de Combate à corrupção é composto por diversos instrumentos, dentre os quais pode-se citar a Lei de Improbidade Administrativa. É fato que o termo corrupção possui uma série de acepções, todavia, o presente estudo limitar-se-á noção de corrupção atrelada à ideia de abuso de poder, de desvio de finalidade e de uso de potestades públicas para fins privados (FURTADO, 2015, p. 27).

Imperioso ainda destacar, considerando o objeto do presente estudo, que é possível identificar duas dimensões para o conceito de corrupção, quais sejam, (i) fenômeno social, sendo uma descrição do que de fato ocorre e de como a corrupção influencia a sociedade; e (ii) jurídico, tendo como objeto o tratamento dado pelo Direito sobre o fenômeno da corrupção.

Tais dimensões evidenciam a indissociabilidade entre improbidade administrativa e corrupção. Isto pois, numa acepção sociológica, o próprio ato de improbidade administrativa pode ser tido como uma espécie de corrupção lato sensu, enquanto que, numa acepção jurídica, a própria tutela da improbidade administrativa, por meio da LIA, representa uma forma de combater e evitar certas formas de corrupção.

Ao seu turno, Emerson Garcia propõe o seguinte conceito para corrupção na esfera estatal:

[...] a corrupção indica o uso ou a omissão pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma. Desvio de poder e enriquecimento ilícito são elementos característicos da corrupção. (GARCIA, 2014, p.51).

Como apontado, por trás dos atos de corrupção, há sempre a ideia de desvio de finalidade e utilização de potestades públicas em benefício próprio. Verifica-se, neste sentido, que a amplitude do fenômeno da corrupção, podendo ser manifestado de diversas maneiras, tais como tráfico de influências, desvio de dinheiro público, superfaturamento em licitações, lavagem de dinheiro, dentre outras.

O ordenamento jurídico brasileiro sempre buscou formas de tutelar a corrupção, exercendo-a por meio de uma vasta gama de diplomas legais abrangendo distintas searas do jus puniendi estatal. Leciona Almeida que

Historicamente, a tutela penal sempre foi utilizada para criminalizar atos de corrupção, como o peculato e a corrupção ativa, enquanto que na esfera civil havia instrumentos para o sequestro e perdimento de bens no caso de enriquecimento ilícito de funcionários públicos. (ALMEIDA, 2020, p. 105).

Na seara do Direito Penal, as disposições sobre os crimes de corrupção reputam-se às Ordenações Filipinas, que tipificavam os crimes de corrupção ativa, passiva e peculato em seus Títulos LXXI⁴ e LXXIV⁵, cominando penas como o perdimento da função pública e pagamento de multa.

Em 1830, foi editado o Código Penal do Império, que em título próprio tratou de versar sobre “a boa ordem e administração pública”, prevendo, conforme aponta Pedro Decomain, não só crimes contra a Administração Pública, mas também a tutela de outros bens jurídicos (DECOMAIN, 2014, p. 12). No período republicano, a tutela da corrupção em pouco foi inovada, na medida em o Código Penal de 1890 dispôs sobre os crimes já previstos no ordenamento anterior.

No cenário atual, a tutela da corrupção pela esfera criminal tem fundamento no Código Penal de 1940, que dispõe sobre os crimes praticados contra a Administração Pública. Na legislação esparsa, destaca-se a Lei Federal 9.613/1998, que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos.

Além dos instrumentos que diretamente dispõem sobre a tutela da corrupção na seara penal, há também, no ordenamento pátrio, uma tutela, ainda que indireta, da corrupção na esfera civil.

Destaca-se, dentre tais instrumentos, a Ação Popular, que tem fundamento no art. 5º, LXXIII, da CF, tratando-se de importante remédio constitucional para anular atos lesivos ao patrimônio público em sentido amplo. José Roberto Pimenta Oliveira aponta que a ação popular não possui caráter punitivo, mas apenas desconstitutivo-condenatório, buscando tão somente a anulação do ato e o ressarcimento causado ao patrimônio público e à moralidade administrativa

⁴ TITULO LXXIV. Dos Officiaes del-Rey, que lhe furtão, ou deixão perder sua Fazenda per malicia. Qualquer Official nosso, ou pessoa outra, que alguma cousa por Nós houver de receber, guardar, despender, ou arrendar nossas rendas, ou administrar por qualquer maneira, se alguma das ditas cousas furtar, ou maliciosamente levar, ou deixar levar, ou furtar a outrem, perca o dito Officio, e tudo o que de Nós tiver, e pague-nos anoveado a valia daquillo, que assi for furtado, ou levado, e mais haja a pena de ladrão, que por nossas Ordenações aos ladrões he ordenada, segundo fôr a quantidade da cousa. E as mesmas penas haverão lugar nos nossos Officiaes, conteúdos nesta Ordenação de qualquer Officio que seja, que derem ajuda, conselho, ou favor aos Officiaes para fazer cada huma das ditas cousas. 227 Íntegra das Ordenações Filipinas disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em: 15 set 2022.

(OLIVEIRA, 2009, 483-484). Nesse sentido, é possível o cidadão ajuíze uma ação popular com o intuito de desconstituir atos de corrupção que causem prejuízo ao erário.

Há também a Ação Civil Pública, que é regulamentada pela Lei Federal 7.347/1985, e tem como finalidade tutelar direitos e interesses transindividuais quanto aos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, por infração da ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social.

Todavia, há que se ressaltar que assim como ocorre na Ação Popular, a corrupção não será necessariamente tutelada de forma direta pela Ação Civil Pública. Trata-se apenas de uma possibilidade de ter os efeitos jurídicos da corrupção desconstituídos, sob o requerimento do legitimado. Reitera-se, portanto, que a defesa da probidade não é o objeto principal das referidas ações (ALMEIDA, 2020, p. 105).

Além dos instrumentos pertencentes à esfera penal e civil supra colacionados, o legislador brasileiro tratou de criar uma figura própria, no âmbito administrativo, para compor o Sistema Brasileiro de Combate à Corrupção.

O embrião dessa figura se remete ao art. 141, § 31, da Constituição de 1946 - uma norma de eficácia limitada – que versava 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, a ser tratado em lei específica. Dispositivo idêntico foi inserido na Constituição Federal de 1967, expressamente disposto na parte final do art. 153, § 11 (ALMEIDA, 2020, p. 108).

No âmbito infraconstitucional, a regulamentação do dispositivo supracitado se deu pela edição da Lei Federal n. 3.164/1957, que ficou conhecida como Lei Pitombo Godói-Ilha. Tal normativo versava sobre os aspectos materiais do sequestro e do perdimento dos bens obtidos ilicitamente pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, em favor da Fazenda Pública, sem prejuízo de eventual responsabilidade criminal.

Já o procedimento do sequestro e do perdimento dos bens teve sua regulamentação dada pela Lei Federal n. 3.502/1958, conhecida como Lei Bilac Pinto, que inclusive teve dispositivos replicados na Lei n. 8.429/92.

A vigência de ambas as Leis perdurou até o ano de 1992, quando publicada a Lei n. 8.429 que veio a revogá-las. De qualquer forma, não há como desconsiderar dos referidos

diplomas na tutela da probidade administrativa dada pela Lei n. 8.429/92, editada, por sua vez, para dar regulamentação à norma de eficácia limitada contida no art. 37, § 4º, da CF, *in verbis*:

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

(...)

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

Acerca das diferenças no novo trato da tutela da probidade administrativa, disserta Fazzio Júnior que a sistemática trazida pela Constituição Federal de 1988 é muito mais ampla do que se via nas normas anteriores. Ainda que a probidade administrativa tenha sido referenciada em normativos passados, não havia uma abrangência tão ampla do que se entendia por ato de improbidade administrativa (FAZZIO JÚNIOR, 2007, p. 53).

Neste sentido, tem-se que a Constituição Federal de 1988, por meio do dispositivo supra - que dispõe expressamente e, de forma específica, sobre os atos de improbidade administrativa - inaugurou uma nova ordem jurídica na tutela da probidade. Como exposto, as normas antecessoras se limitavam apenas às consequências jurídicas para atos que importassem em enriquecimento ilícito de agentes ou que causassem prejuízo ao erário.

A responsabilização por ato de improbidade administrativa, nos moldes em que se deu a partir de 1988, se configura como um importante instrumento para a tutela da corrupção lato sensu, porquanto cria uma seara própria para responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa, sem prejuízo de eventual responsabilização na esfera penal ou civil.

Sobre a importância dessa seara no combate à corrupção lato sensu, destaca Almeida, citando Lucas Rocha Furtado, que:

[...] além de criar uma esfera de responsabilidade própria para atos ilícitos praticados por agentes públicos, a arquitetura normativa da improbidade administrativa, com fundamento direto na Constituição, permite que uma quantidade maior de atos de corrupção sejam tipificados e sancionados.

Conforme destaca Lucas Rocha Furtado, a tutela da corrupção, por meio do Direito penal, é limitada pelas próprias características do regime jurídico penal, qual seja, a legalidade estrita e anterioridade, de modo que o Direito penal não consegue acompanhar a evolução e o refinamento das práticas corruptas. De fato, a gravidade da sanção penal, que envolve preponderantemente a privação de liberdade, exige essas garantias rígidas, ao passo que, no sistema da improbidade administrativa, sem prejuízo das garantias constitucionais e legais asseguradas aos acusados, uma maior gama de condutas está abrangida pela estrutura tipológica da LIA (enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário, concessão indevida, benefício tributário ou financeiro e

ofensa aos princípios da Administração Pública) (FURTADO, 2015 apud ALMEIDA, 2020, p. 105).

Do quanto disposto pelo referido autor, há de se destacar que, embora a ação de improbidade administrativa esteja inserida em um sistema próprio de responsabilização, o seu caráter sancionatório e repressivo não pode ser desconsiderado. Neste sentido, por mais que a tutela da corrupção, no âmbito administrativo, esteja submetida a um regime jurídico que não se confunde àquele aplicado na tutela da corrupção na esfera penal, há que se examinar a aplicabilidade de certos princípios e garantias constitucionalmente previstos para os acusados.

Trata-se, portanto, do principal objeto do presente estudo, qual seja, a aplicabilidade ou não do princípio da retroatividade benéfica nas ações de improbidade administrativa - especialmente quanto à implementação do instituto da prescrição intercorrente pela Lei n. 14.230/21 – o que depende justamente das características do seu regime jurídico.

Para tanto, os próximos itens serão dedicados à análise do conceito de improbidade administrativa, do bem jurídico tutelado pela LIA, bem como será investigado o regime jurídico instituído no âmbito constitucional e legal para a realização da referida tutela.

1.2. Conceito e bem jurídico tutelado

O conceito de improbidade administrativa tende a ser melhor compreendido a partir da distinção gramatical de seu antônimo – “probidade” – que se remete à retidão ou integridade de caráter, honestidade e honradez. A improbidade, por sua vez, remete-se ao sentido totalmente oposto, relacionando-se à desonestidade, ausência de caráter. Sobre o tema, Silva disserta que:

Derivado do latim *improbitas* (má qualidade, imoralidade, malícia), juridicamente, liga-se ao sentido de desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter. Desse modo, improbidade revela a qualidade do homem que não procede bem, por não ser honesto, que age indignamente, por não ter caráter, que não atua com decência, por ser amoral. Improbidade é a qualidade do ímprobo. E ímprobo é o mau moralmente, é o incorreto, o transgressor das regras da lei e da moral. Para os romanos, a improbidade impunha à ausência de *existimatio*, que atribui aos homens o bom conceito. E sem à *existimatio*, os homens se convertem em *homines e instabiles*, tornando-se inábeis, portanto, sem capacidade ou idoneidade para prática de certos atos (BENEDETTI, 2021, p 3).

A importância da noção do conceito gramatical de improbidade reside no fato de que não há uma definição legal trazida pela lei que disciplina o referido instituto. Tampouco o fez o constituinte originário no art. 37, §4º, que dispõe:

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

(...)

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

Note-se que do dispositivo constitucional é possível extrair apenas uma definição implícita, da qual se infere que a noção de improbidade administrativa resulta de uma amálgama entre os campos normativos do direito e da moral.

Segundo Almeida, citando José Roberto Pimenta,

[...] a inovação do art. 37, § 4º, da CF, diz respeito à transposição do sancionamento moral de atividades que eram socialmente reprováveis (sanções interiores), e que, portanto, dependiam do nível de sensibilidade moral dos agentes públicos, para o campo dos sistemas normativos (OLIVEIRA, 2009 apud ALMEIDA, 2020, p. 111).

Urge salientar que esta amálgama não pode ser mal compreendida, isto é, no sentido de querer tornar o Direito Administrativo uma espécie compreendida no gênero da moral. Pelo contrário, essa junção de áreas impõe que a improbidade administrativa deva ser compreendida como um delito que apresente, de forma simultânea, uma repercussão negativa na seara do Direito – enquanto violação ao princípio da legalidade – e também na seara da Moral – como violação ao princípio da moralidade administrativa, especialmente da probidade administrativa.

Neste sentido, tem-se que:

A improbidade é uma espécie de ilegalidade qualificada pela intenção (dolo) de violar a legislação e pela gravidade da lesão à ordem jurídica. Vale dizer: a tipificação da improbidade depende da demonstração da má-fé ou da desonestidade, não se limitando à mera ilegalidade, bem como da grave lesão aos bens tutelados pela lei de improbidade administrativa. (JÚNIOR; ARAÚJO, 2021, p. 6).

O princípio da moralidade administrativa, por sua vez, também merece breves considerações, posto que a Constituição não faz referência a qualquer moral, mas sim àquela prevista direta ou indiretamente no âmbito jurídico.

Tratando-se de exercício do poder punitivo estatal, não há como sujeitar a tipicidade de eventual ilícito sujeita a um princípio sem limitação jurídica. Tratar-se-ia de uma evidente violação ao princípio da legalidade.

Nesta senda, pode-se afirmar que a moralidade passa a ser segmentada a partir do art. 37, § 4º, que ao tipificar um ato ilícito traz, por conseguinte, o princípio afetado - a probidade

administrativa. Em outras palavras, tem-se que o princípio da probidade é tido como o informador dos atos da Administração Pública, sendo, portanto, o seu parâmetro de validade.

Trata-se, portanto, de um princípio a ser observado pelo Administrador Público e que, quando violado, impõe sanções a serem aplicadas aos responsáveis, que terão praticado o ato de improbidade administrativa. Por isso, Fábio Medina Osório conceitua o ato de improbidade administrativa como uma “imoralidade qualificada pelo direito administrativo” (OSÓRIO, 2018. p. 83).

Neste sentido, explica Almeida:

De fato, se entendermos o Direito Administrativo como o conjunto de leis positivas que tutelam, de alguma forma, a função pública, podemos concordar com o autor, pois, mesmo que a LIA não caracterize a responsabilidade administrativa *stricto sensu*, caracteriza uma esfera de responsabilização que tutela a probidade administrativa que rege a função pública (ALMEIDA, 2020, p. 119).

O bem jurídico protegido pela norma constitucional pertinente é, portanto, a integridade da administração. Em outras palavras, a própria Constituição pré-definida um bem jurídico protegido de responsabilidade por ato de improbidade administrativa. José Roberto Pimenta Oliveira destaca que o artigo 37, § 4º, é único e já definido no texto constitucional, e difere do poder criminal neste ponto, já que nesta seara o legislador deverá dar forma ao bem jurídico tutelado.

1.3. Regime jurídico

Evidencia-se, assim, como já mencionado no subcapítulo anterior, que o constituinte forneceu um fundamento de validade, até então inexistente, para a evolução de um amplo sistema voltado à vedação de atos de corrupção *lato sensu*, prevendo, inclusive, severas sanções para tanto. Nesse sentido, leciona Decomain:

E a pretensão constitucional à preservação da probidade, além de sua evidente pretensão de sancioná-la de modo severo, merecem atenção particular tanto do legislador [...] como também do aplicador do preceito constitucional. A ampla observância da proscrição constitucional da improbidade e da exigência do respectivo sancionamento cabem tanto àquele que atua no âmbito do Estado de modo geral, e que, no seu agir, deve obediência à probidade, quanto também àquele que - magistrado - deva aplicar ao ímprobo as sanções previstas na Constituição e na Lei mencionada (DECOMAIN, 2007, p. 20).

De modo geral, pode-se dizer que a Constituição Federal elevou a preocupação histórica com a probidade administrativa ao posto de comando constitucional e, assim, deu amparo para a edição de legislação voltada inteiramente ao combate dos atos ímprobos.

Nas palavras de Wallace Paiva Martis Junior:

A Constituição de 1988 elevou a probidade em função pública no § 4º do art. 37 à posição de direito subjetivo público, cuja natureza é difusa. Trata-se da sublimação da ética na gestão da *res publicae*. O dever de probidade que daí se irradia descende diretamente do princípio da moralidade administrativa explicitado no *caput* do art. 37 e no inciso LXXIII do art. 5º (MARTINS JUNIOR, 2017).

Mas não é só. A tutela da probidade administrativa não é o único ponto definido pelo art. 37, § 4º, da CF/88. Além disso, no mesmo dispositivo, o constituinte já pré-estabeleceu a forma pela qual se dará essa tutela e assim o fez ao definir as sanções de diversas naturezas que podem ser aplicadas.

Em outras palavras, o que se evidencia é que o constituinte deu tanta importância à tutela da probidade da Administração Pública, que acabou estabelecendo um regime de responsabilização jurídico constitucional próprio para tanto e, assim, tornou-a uma expressão do princípio republicano.

Neste sentido, leciona Amorim Junior:

[...] Todos os mandamentos constitucionais que estabelecem os complexos e sofisticados sistemas de controle, fiscalização, responsabilização e representatividade, bem como os mecanismos de equilíbrio, harmonia [...] e demais procedimentos a serem observados no relacionamento entre os poderes, asseguram, viabilizam, equacionam, reiteram, reforçam e garantem o princípio republicano, realçando sua função primacial no sistema jurídico” (ATALIBA, 2007, p. 37-38 *apud* AMORIM JUNIOR, 2017, p. 59-60).

Todavia, como já apontado, o art. 37, § 4º, da CRFB/88 é uma norma de eficácia limitada, isto é, depende de uma regulamentação pelo legislador infraconstitucional para que todos os seus efeitos possam a vir ser produzidos. Neste sentido, disserta Almeida que:

Em um Estado de Direito, é incabível que alguém seja punido sem que a conduta ilícita esteja prevista previamente em lei, inclusive, é o que prescreve o art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal. Dessa forma, para fins sancionatórios, a plena aplicabilidade do dispositivo constitucional da improbidade administrativa depende de regulamentação por parte do legislador (ALMEIDA, 2020, p. 113).

A regulamentação do dispositivo ficou a cargo da Lei Federal n. 8.429/1992, Lei de Improbidade Administrativa, que tratou de tipificar os atos de improbidade administrativa e dispor sobre penas, prazos prescricionais e procedimentos.

A análise da referida Lei, sobretudo da forma pela qual buscou dar efeito ao preceito constitucional – no que tange à proteção da probidade administrativa – reforça a noção da responsabilização do ato de improbidade administrativa submetida a um regime próprio. Extraindo fundamento direto da Constituição, estabelece expressamente a independência da responsabilização e punição por ato de improbidade em relação à responsabilização penal, civil e administrativa.

Além disso, disserta Decomain que a Lei n. 8.429/1992 classifica “como atos de improbidade administrativa determinadas ações ou omissões violadoras de princípios constitucionais, a despeito de eventualmente não trazerem prejuízo patrimonial ao Erário” (DECOMAIN, 2007, p. 26).

Assim, a Lei de Improbidade Administrativa, em sua redação original, segmentou os atos considerados ímprobos em três grandes grupos, quais sejam, (i) aqueles que importam em enriquecimento ilícito, (ii) os que causam prejuízo ao erário e (iii) os que configuram violações aos princípios da Administração Pública.

Quanto às sanções, além da suspensão dos direitos políticos, da perda da função pública, da indisponibilidade de bens e do ressarcimento ao erário, expressamente previstas no art. 37, §4º, da CF, a Lei acrescentou a previsão das sanções de perda de bens, de multa civil e de proibição temporária de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Essas sanções acrescidas pela Lei n. 8.429/21 retiram seu fundamento expressamente do art. 5º, inc. XLVI, da CF, e ainda que não estejam elencadas no §4º, art. 37, se aplicam aos casos de improbidade haja vista o seu caráter sancionatório na garantia de proteção à probidade administrativa.

Nesse sentido, Francisco Octavio de Almeida Prado explica:

Observa-se, portanto, que as três categorias de sanções instituídas pela Lei 8.429, de 1992, não constantes da enumeração do §4º do art. 37 da Constituição, figuram entre as penas arroladas no inciso XLVI do art. 5º da Lei Maior, que salvo no que concerne às penas de privação e restrição da liberdade e prestação social alternativa, peculiares ao direito penal, são extensivas a outros ramos do Direito, notadamente o chamado direito administrativo sancionador, ao qual [...] aplicam-se também outros preceitos constitucionais pertinentes ao jus puniendi do Estado (PRADO, 2001. p. 31).

Evidencia-se que, para tutelar a probidade administrativa, a LIA acaba estabelecendo tipificações com largo alcance - a abarcar diversas diversas condutas que ofendam o referido bem jurídico, o que a aproxima do microsistema da tutela coletiva. Ainda para a realização dessa tutela, o faz com intenso caráter punitivo e repressivo, prevendo sanções que afetam diretamente direitos e garantias individuais.

Desta feita, para a análise do regime jurídico aplicável às ações de improbidade administrativa é imprescindível que, além da natureza do próprio ato de improbidade administrativa, seja investigada a natureza das suas sanções.

1.3.1. A natureza jurídica do ato de improbidade

Preliminarmente, antes de apresentarmos certos critérios que possibilitam a identificação da natureza jurídica de um ato ilícito, faz-se necessário observar que se trata de um assunto cerne de divergências doutrinárias.

Muitos autores tentaram buscar elementos no âmbito material, ou seja, relacionados à essência das infrações, que possibilitassem, desde já, o estabelecimento de suas respectivas naturezas jurídicas.

Sobre o tema, disserta Anibal Bruno que:

O que os distingue é antes questão de grau que de essência. Todo ilícito é uma contradição à lei, uma rebelião contra a norma, expressa na ofensa ou ameaça a um bem ou interesse por esta tutelado. A importância social atribuída a esse bem ou interesse jurídico é, em grande parte, o que determina a natureza da sanção – civil ou penal. É uma questão de hierarquia de valores. Ao legislador é que cabe, tomando em consideração condições do momento, fixar que espécie de bens jurídicos devem ser elevados à tutela penal, e, portanto, a que determinados fatos se atribuirá o caráter de crime. Mas afinal a pena é um recurso extremo de que se vale o legislador quando de outro modo não lhe seria possível assegurar a manutenção da ordem jurídica. A sua oportunidade é marcada pela insuficiência da sanção civil (BRUNO, 1978, p. 294)

Note-se, portanto, que para o referido doutrinador não há como se estabelecer uma diferença substancial entre o ilícito penal e o administrativo, sendo o critério diferenciador limitado à avaliação do grau de proteção atribuído a determinado bem jurídico.

No mesmo sentido, afirma Nelson Hungria que:

Conforme acentua Beling, a única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de ilicitude é de quantidade ou de grau: está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com a outra. O ilícito administrativo é um minus em relação ao ilícito penal (HUNGRIA, 2010, p. 124).

E José Cretella Júnior :

No campo do direito, o ilícito alça-se à altura de categoria jurídica e, como entidade categorial é revestida de unidade ôntica, diversificada em penal, civil, administrativa, apenas para efeito de integração, neste ou naquele ramo, evidenciando-se a diferença quantitativa ou de grau, não a diferença qualitativa ou de substância. Deste modo, o ilícito administrativo caminha em plano menos elevado do que o ilícito penal, é um minus em relação a este, separando-os o matiz de oportunidade conveniência, avaliado pelo critério axiológico, possível na esfera discricionária do administrador e do magistrado, contingente ao tempo e às áreas geográficas (CRETILLA, 1988. p. 1).

Desta feita, evidencia-se que para os referidos autores, que representam a corrente doutrinária majoritária, não há como se estabelecer diferenças substanciais entre as infrações, sendo ambas decorrentes de um mesmo *jus puniendi* estatal.

Ainda que parte da doutrina afirme que infrações penais estão remetidas às condutas com maior grau de reprovabilidade pela sociedade, de modo a evidenciar uma diferença, essa análise não se fundamenta no próprio ordenamento jurídico, mas sim na conduta do agente.

Outrossim, cumpre salientar que tal tese também não prospera pelo fato de que há bens jurídicos que, quando violados, dão ensejo à responsabilização simultânea na seara penal e na administrativa.

Neste sentido, contata-se que a definição das condutas que constituem ilícito administrativo e das que constituem ilícito penal é questão submetida à conveniência política. A este propósito, lembrando a ausência de elementos diferenciadores entre ilícitos penais e administrativos, Fábio Medina Osório considera uma prova dessa realidade o "fato de que o legislador ostenta amplos poderes discricionários na administrativização de ilícitos penais ou na penalização de ilícitos administrativos"(OSÓRIO, 2015, p. 111). No mesmo sentido, entre outros, Rafael Munhoz de Mello aduz que "o legislador goza de ampla liberdade para a seleção das condutas que serão tipificadas como ilícito penal ou como ilícito administrativo" (MELLO, 2007, p. 60).

Denota-se, portanto, que não há como se estabelecer diferenças ontológicas entre as infrações penais e administrativas, de modo que a diferenciação entre tais ilícitos pode se dar apenas a partir de critérios formais, relacionados (i) ao procedimento adotado para apuração da infração e (ii) à autoridade competente para aplicação da sanção – tratando-se, assim, de critério formal atrelado a um elemento subjetivo.

Assevera Regis Fernandes de Oliveira, sobre tais critérios diferenciadores, que:

Crime e contravenção são julgados por órgão jurisdicional, enquanto a infração por órgão administrativo. A decisão jurisdicional tem eficácia própria de coisa julgada

enquanto a decisão administrativa tem caráter tão-só de estabilidade, é presumidamente legal, imperativa, exigível e executória. Crime e contravenção são perquiríveis através da polícia judiciária e devem submeter-se a processo próprio previsto pela legislação processual; a legislação é apurável por qualquer forma de direito, desde que prevista em lei, independentemente de rigorismo formal, à maneira do processo civil ou penal (OLIVEIRA, 2005, p. 52).

Um primeiro critério é a análise do processo de apuração da infração, vez que certas infrações administrativas são apuradas mediante um procedimento que corre na via administrativa e regido por leis esparsas, enquanto as infrações penais são apuradas após a instauração de um processo judicial, cujas regras se encontram estabelecidas no Código de Processo Penal ou no Código de Processo Civil.

A partir de então, denota-se outro critério formal de diferenciação, qual seja, a autoridade competente para aplicação da sanção. Se autoridade judicial, trata-se de uma infração penal. Se autoridade administrativa, trata-se de infração administrativa.

Imperioso destacar, quanto ao elemento subjetivo, não obstante a predominante aplicação de sanções administrativas pelo Poder Executivo – como acusadora ou promotora do processo punitivo – esta é prescindível à caracterização no ordenamento jurídico brasileiro (OSÓRIO, 2022, p. 99).

A ideia de sanção administrativa por esse viés essencialmente subjetivo, atinente à presença da Administração Pública como órgão sancionador em um dos polos do procedimento, deixa de lado sanções administrativas – e, nesse momento, já adentrando a análise do elemento formal *stricto sensu* (relativo ao procedimento de apuração) – impostas pelo Poder Judiciário, Poder Legislativo⁶, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas⁷.

⁶ Digno de registro, nesse diapasão, a atividade sancionatória relacionada com a gestão de carreiras, de licitações, de contratos, de utilização de bens públicos, que representam o exercício de função administrativa típica, no caso, de caráter instrumental, considerando a função legislativa como a principal dos Poderes Legislativos. Ademais, cita-se o regime jurídico sancionador próprio das sanções de perda do mandato de membros dos Poderes Legislativos, nas unidades federativas (artigos 32, parágrafo 3o e 27, parágrafo 1o, e 55 da Constituição Federal de 1988) que constitui, segundo OLIVEIRA e GROTTI, o denominado Direito Administrativo Sancionador Disciplinar Parlamentar. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020, p. 15-16.

⁷ Com o status constitucional de órgão autônomo de controle contábil, financeiro e orçamentário (artigo 71, caput CF), as sanções editadas pelos Tribunais de Contas (artigo 71, inciso VIII, CFRB/88) devem ser consideradas sob o império do DAS, no pressuposto de que estas relevantes Instituições de Controle Externo exercem função administrativa singular de controle de legalidade, legitimidade e economicidade (art. 70, caput CFRB/88). OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Op. cit., p. 15-16.

Note-se, que a análise de sua natureza pelo elemento subjetivo esbarraria na própria tentativa de identificação do ato de improbidade, na medida em que a sua apuração não é realizada por uma autoridade administrativa, mas sim por uma autoridade judicial.

Neste sentido, resta apenas a identificação pelo critério formal *strictu sensu*, pelo qual se tem que para a apuração do ato de improbidade, não há uma investigação realizada pela polícia judiciária, nos moldes do que estabelece o Código de Processo Penal, mas há uma apuração realizada no âmbito judicial, por um juízo cível.

Desta maneira, realizando-se uma análise apenas a partir dos critérios formais, tem-se que as infrações decorrentes de ato de improbidade assumem uma natureza majoritariamente civil. Tal conclusão vai ao encontro daqueles que inserem a LIA na esfera do microsistema da tutela coletiva, que, neste caso, se fundamentam na previsão de sanções de caráter ressarcitório. Neste sentido, leciona Amorim Junior que:

Na medida em que a Lei n. 7.347/1985 e a Lei n. 8.078/1990 conceituam e tutelam os interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, a Lei de Improbidade Administrativa, ao buscar a defesa e a proteção da probidade administrativa e do patrimônio público, está inarredavelmente vinculada àqueles dois textos legislativos. A Lei n. 8.429/1992 representa “um dos mais importantes diplomas destinados à defesa de interesses transindividuais” (AMORIM JUNIOR, 2017, p. 61-62, *apud* VIGLIAR, 1999, p. 143).

Cumprido salientar, ainda que se concluísse acerca da natureza cível das ações de improbidade administrativa não haveria óbice à aplicação de preceitos do Direito Administrativo Sancionador, “uma vez que os atos administrativos aos quais se reporta a Lei n. 8.429/1992 encontram-se regidos, inarredavelmente, por ditames estabelecidos pelo Direito Administrativo e por certas particularidades do Direito Penal” (AMORIM JUNIOR, 2017, p. 63).

Em síntese, o cenário processual em que se insere a Lei de Improbidade Administrativa pode ser assim descrito:

A LIA possui natureza jurídica cível e, inserida no microsistema da Lei n. 7.347/1985 e da Lei n. 8.078/1990, resguarda, em primeira mão, o interesse público primário (difuso, por natureza), voltado à defesa da probidade administrativa e, no que toca a seus aspectos sancionatórios, relaciona-se ao Direito Administrativo sancionador. (AMORIM JUNIOR, 2017, p. 64).

O distanciamento da LIA das demais legislações que tutelam interesses coletivos reside justamente no fato de que, para dar proteção à probidade administrativa, a referida Lei, além de ressarcimento ao erário e indisponibilidade dos bens, também prevê sanções que recaem sobre

os direitos individuais dos acusados. Tal característica, como demonstrar-se-á, é o que dá fundamento à subsunção da LIA aos princípios do chamado Direito Administrativo Sancionador.

1.3.2. O caráter sancionatório da LIA

Como apontado, a aproximação das ações de improbidade administrativa à natureza cível se dá majoritariamente pela adoção de critérios exclusivamente formais. Outrossim, a sua inclusão no sistema de tutela coletiva, relativa à proteção de direitos difusos, tem respaldo na consideração exclusiva das sanções de caráter ressarcitório.

Ocorre que, na análise do regime jurídico aplicável à LIA não basta que sejam considerados apenas os seus aspectos formais ou, no âmbito substancial, de apenas parte das pretensões sancionatórias – isto é, apenas daquelas de caráter ressarcitório. Há também que se considerar os seus aspectos materiais relativos às sanções de caráter punitivo, sobretudo quanto às sanções que atingem os direitos individuais dos acusados.

Neste sentido, lecionando sobre o regime jurídico aplicável à LIA, Osório disserta que as sanções administrativas devem estar vinculadas às dimensões formal e material desse ramo jurídico, e não apenas formal (OSÓRIO, 2018, p. 199).

Sanção administrativa, por sua vez, é conceituada pelo referido autor sob uma ótica sistemática de interpretação constitucional, uma vez que a define como:

[...] um mal ou castigo, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imposto pela Administração Pública, considerada materialmente, pelo Poder Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado(r), agente público, indivíduo ou pessoa jurídica, expostos ou não a relações especiais de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora, ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal ou material do direito administrativo (OSÓRIO, 2018, p. 199).

Em outras palavras, a construção do conceito de sanção administrativa proposta pelo autor está amparada na interpretação constitucional, com fundamento em um Direito Administrativo *lato sensu*, não limitando-o à tutela da função administrativa. A sanção administrativa é, portanto, não apenas uma sanção aplicada no exercício da função administrativa do Estado, mas também uma sanção de conteúdo jurídico-administrativo, que pode inclusive ser dada pelas vias processuais judiciais.

Denota-se que a grande inovação colacionada pelo conceito supratranscrito reside justamente na separação da presença da Administração Pública na ocupação do polo de

aplicação da sanção. Por consequência, há também a separação do conceito de sanção administrativa atrelada ao processo administrativo, podendo também vir a ser aplicada na esfera judicial. Assim, o conceito de sanção administrativa é redimensionado à luz do direito administrativo substancial, e não meramente do poder sancionador e disciplinar exercido exclusivamente pela Administração Pública (OSÓRIO, 2018, p. 201).

Esse ramo do direito administrativo que visa tutelar juridicamente a Administração Pública por meio da imputação de sanções como forma de punição àqueles que violam o bem jurídico atinente ao Estado passou a ser designado como Direito Administrativo Sancionador pela doutrina. Note-se que, neste ramo o Estado é vítima da infração legal, sendo sujeito passivo geral, e ele próprio se manifesta para punir e prevenir novos prejuízos ou, então, é representado judicialmente pelo Ministério Público para tanto (SOUSA, 2020, p. 23).

Desta feita, tem-se que, conquanto as ações de improbidade administrativa não versem sobre a responsabilidade administrativa no sentido estrito – isto é, aquela apurada em processo administrativo no qual a Administração Pública se confunde com o acusador – suas sanções não fogem à natureza administrativa, apenas se adentram no ramo do Direito Administrativo Sancionador.

A característica primordial da LIA reside justamente no fato de que - para tutelar a probidade administrativa que, por sua vez, rege a função pública – estabelece uma seara de responsabilização com aplicação de sanções que atingem direitos e garantias individuais e, neste aspecto punitivo, se assimila ao Direito Penal. Por isso, em respeito à ordem constitucional, para garantia do devido processo legal substancial e da legalidade, faz-se necessária a judicialização do processo de responsabilização pelo cometimento de ato de improbidade administrativa.

Nesse sentido, necessária se faz a observação de Osório quanto a distinção entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal:

É verdade que o poder estatal sancionatório, que era unificado e depois se especializou, deve obediência às finalidades ordinárias de quaisquer penas, há de ser público, proporcional. Submete-se, indiscutivelmente, a princípios constitucionais que norteiam o exercício da pretensão punitiva estatal, ainda que, no plano concreto, esses princípios apresentem diferenças entre si. Assim, ainda que o direito penal e administrativo sancionador não se valham das mesmas técnicas e nem encontram os mesmos regimes jurídicos, ambos adentram núcleos de estruturação dos direitos fundamentais dos acusados – sob o prisma da cláusula do devido processo legal (OSÓRIO, 2022, p. 156).

O que se quer dizer é que, apesar do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador possuírem uma raiz constitucional – no sentido de que são aplicáveis a ambas searas os princípios garantistas que regem o direito de punir do Estado – não há uma decorrência lógica de identidade de regimes jurídicos.

Ressalta-se, assim, que a responsabilização pelo cometimento de ato de improbidade administrativa, nos termos em que é dado pela LIA – ou seja, pela aplicação de sanções administrativas no âmbito judicial – representa uma das formas de exercício do *jus puniendi* estatal, submetida a um regime jurídico próprio, qual seja, o do Direito Administrativo Sancionador. Este, por sua vez, não se confunde com o regime jurídico aplicável ao Direito Penal, apesar de ambos coincidirem quanto à observância de certos princípios fundamentais que caracterizam um Estado de Direito.

Assim sendo, será analisado no próximo capítulo o regime jurídico próprio aplicável às ações de improbidade administrativa, considerando as inovações trazidas pela Lei n. 14.230/21, especialmente quanto à previsão expressa acerca da observância dos princípios do Direito Administrativo Sancionador.

Pelo quanto abordado no presente capítulo, a análise do regime jurídico da LIA corresponde à busca do aperfeiçoamento do diálogo entre as duas searas do poder punitivo estatal, quais sejam, o Direito Administrativo Sancionatório e o Direito Penal.

2. A REFORMA INSTITUÍDA PELA LEI N. 14.230/21: A PREVISÃO EXPRESSA DE APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Como apontado no capítulo anterior, prevalece atualmente na doutrina o entendimento de que não há diferenças ontológicas entre os ilícitos penais e administrativos, de modo que a tipificação de uma conduta como ilícito penal ou administrativo se dá a partir de um critério discricionário do legislador – ou seja, trata-se de uma questão submetida meramente à conveniência política.

Neste sentido, para melhor desenvolvimento do tema posto em questão, necessário se faz retomar o quanto versado nos capítulos iniciais sobre o contexto sócio-político de surgimento da Lei n. 8.429/92, o que permitirá uma melhor compreensão acerca das alterações instituídas pelo legislador na tutela da probidade com a edição da Lei n. 14.230/21.

A Lei n. 8.429/92 nasceu do Projeto de Lei n. 1.446/91, de autoria do então presidente Fernando Collor de Mello, que tinha como uma de suas principais premissas no desempenho de sua função de chefe do governo o combate à corrupção, inclusive se autointitulava como “caçador de marajás”.

A finalidade da LIA no combate à corrupção *lato sensu* é evidenciada a partir do seguinte trecho extraído da exposição de motivos no EM. GM/SAA/0388, de 14 de agosto de 1991, do então Ministro de Estado da Justiça, Jarbas Passarinho:

A medida, a todos os títulos da maior relevância política e administrativa, insere-se no marco do processo de modernização do País, que Vossa Excelência vem perseguindo com obstinação e sem desfalecimentos, em ordem a resgatar, perante a sociedade, os mais gratos compromissos de campanha que, por decisão majoritária do povo brasileiro, transformaram-se em plano de governo. Sabendo Vossa Excelência que uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o País, é a prática desenfreada e impune de atos de corrupção, no trato com os dinheiros públicos, e que a sua repressão, para ser legítima, depende de procedimento legal adequado - o devido processo legal - impõe-se criar meios próprios à consecução daquele objetivo sem, no entanto, suprimir as garantias constitucionais pertinentes, caracterizadoras do Estado de Direito (PASSARINHO, p. 14124, 1991).

Nesta toada, verifica-se que a edição da LIA, com o intuito de dar efetividade à norma do art. 37, §4º, da CF/88, foi fruto de um clamor nacional horrorizado com os diversos escândalos de corrupção que, à época, já assolavam o país. O clamor popular fundamentava-se, neste sentido, não só em decorrência da grande dilapidação do patrimônio público que se fazia presente por conta dos atos de corrupção, mas também em razão da necessidade de se

fazer efetivar valores morais e de probidade nos órgãos que compunham a administração pública.

No plano jurídico, verificou-se, portanto, a edição de uma lei, que se afastando do Direito Penal, estruturou tipificações com o intuito de abarcar o maior número possível de condutas que se mostrassem como violadoras à probidade administrativa. Isto pois, conforme elucidada Almeida:

[...] a responsabilização por ato de improbidade administrativa constitui uma face do jus puniendi, que serve como instrumento de combate ao fenômeno da corrupção lato sensu e, justamente por se tratar de um fenômeno amplo, que pode ocorrer sob diversas formas, é que o legislador tratou de arquitetar uma estrutura tipológica que fosse eficiente ao encobrir esses atos. Trata-se de uma estrutura legislativa que, em última instância, tenta ao máximo proteger a probidade na Administração Pública (ALMEIDA, 2020, p. 123).

Evidencia-se, assim, que ao invés de “intervenção mínima” própria do Direito penal, na esfera da improbidade administrativa impera a “intervenção máxima” no sentido de que o legislador tentou abranger o máximo possível de condutas que se mostram aptas a violar probidade administrativa (OLIVEIRA, 2009. p. 238).

Entretanto, o combate à corrupção e a proteção da Administração Pública não pode se dar em detrimento da observância de direitos fundamentais, porquanto, como amplamente demonstrado no capítulo anterior, a responsabilização de agentes públicos por improbidade administrativa pelo Estado, com a aplicação consequente das sanções previstas na LIA, se trata de uma das formas de exercício do jus puniendi estatal.

Assim, diante de seu caráter repressivo que tem o condão de limitar direitos fundamentais, os princípios que regem o direito punitivo também devem se aplicar na improbidade. Nesse sentido, José Roberto Pimenta Oliveira aduz que:

A admissão de regime punitivo estatal fundado na principiologia constitucional informativa do exercício desse tipo de atividade, independentemente do âmbito material referido, não diminui nem fragiliza a existência - sob o império constitucional dos vetores basilares daquele regime - de outros regimes derivados, dentre os quais sobressai o regime jurídico-administrativo sancionador (OLIVEIRA, 2009. p. 200).

O que se vislumbrou, todavia, ao longo da aplicação da LIA desde a sua entrada em vigor é que pontos cruciais de sua sistemática sempre acabaram sendo pauta de diversas divergências tanto no âmbito doutrinário, como na jurisprudência.

Outrossim, desde a sua edição, não houve um aprofundamento no ramo da ciência jurídica brasileira quanto à elaboração teórica sobre o regime jurídico aplicável ao Direito

Administrativo Sancionador, especialmente quanto aos princípios que lhe são aplicáveis. A falta de desenvolvimento teórico, por sua vez, tornou enfraquecida a dogmática jurídica relativa a esta seara e, assim, os instrumentos de controle do Estado, uma vez que acabou se desenvolvendo um cenário propício ao arbítrio, à ineficiência e a má-fé administrativa.

Segundo Ricardo Marcondes Martins, a LIA banalizou a improbidade administrativa e, neste sentido, acabou esvaziando a sua força normativa, corroborando, assim, o aumento dos índices de impunidade, diretamente relacionado à crise de gestão das instituições (MARTINS, 2015. p. 641).

Ainda com este olhar crítico relacionado à eficácia da LIA, Osório observa que o desconhecimento do regime jurídico e da natureza das sanções administrativas “conduz, de um lado, ao seu esquecimento nos casos concretos, gerando precedentes jurisprudenciais perigosos e, de outro, projeta o enfraquecimento do próprio Estado, através do descrédito de seus institutos” (OSÓRIO, 2022, p. 55).

Neste contexto, portanto, de crise dos institutos de defesa da probidade administrativa é que é editada a Lei n. 14.230/2021, trazendo significativas modificações de caráter processual e material à Lei n. 8.429/92, com o intuito de apagar os excessos trazidos pelo legislador na redação original, bem como para dirimir as controvérsias que se estenderam por anos na doutrina e na jurisprudência.

Acerca dessas correções, nos limitaremos no presente estudo ao art. 1º da LIA, neste momento, e, no capítulo posterior, ao novo §5º do art. 23, que insere a previsão da prescrição intercorrente.

O artigo inaugural passou a dispor da seguinte redação:

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei
(...)
§ 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

Evidencia-se, assim, que o dispositivo inicial acabou centralizando as finalidades almejadas pelo legislador no combate à improbidade. Nesta toada, a expressa previsão de aplicabilidade dos princípios do direito administrativo sancionador no §4º do art. 1º, passa a “desempenhar uma função jurídico-hermenêutica específica, eis que todos os demais dispositivos legais devem ser interpretados tomando em vista esses postulados fundamentais” (JUSTEN FILHO, 2022).

Assim sendo, a referida alteração apenas teve o condão de positivar uma corrente que há tempos já vinha sendo defendida, qual seja, a da aplicação dos princípios constitucionais que regem o regime punitivista ao regime jurídico às quais as ações de improbidade administrativa estão submetidas – o regime jurídico sancionatório do Direito Administrativo Sancionatório.

Dentre tais princípios se encontra o da retroatividade mais benéfica, cujos contornos de aplicação no Direito Administrativo Sancionador se encontram dentre uma das premissas propostas a ser analisada para a resolução da problemática posta em questão no presente estudo – qual seja, a retroatividade do §5º, do art. 23, às ações de improbidade.

Assim sendo, os próximos subcapítulos serão dedicados a uma breve exposição comparativa do princípio da retroatividade nas searas penal e civil. Posteriormente, serão analisadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais favoráveis e desfavoráveis quanto à aplicação do princípio no âmbito do Direito Administrativo Sancionador.

Após, no último capítulo, considerando os fundamentos das posições supracitadas, bem como a natureza jurídica da prescrição intercorrente e seu caráter inovatório no âmbito da LIA, será possível concluir qual posição se revela materialmente mais próxima dos princípios alicerces de um Estado Democrático de Direito.

2.1. O princípio da retroatividade das normas mais benéficas no Direito Civil e no Direito Penal

No Direito intertemporal, a questão do conflito de normas não recai sobre as relações totalmente consumadas durante a vigência da norma anterior, revelando-se irrefutável que a nova lei jamais poderá alcançar as situações jurídicas esgotadas sob o império da lei antiga. Assim é que o problema se apresenta no sentido de ser, ou não, legítimo à nova norma jurídica alcançar os efeitos futuros que são um prolongamento dos atos ou fatos anteriormente constituídos de acordo com norma então em vigor.

Na tradição do Direito brasileiro, afirma-se a aplicação da lei nova desde o momento em que se torna obrigatória, com a ressalva do princípio da irretroatividade das normas quanto às situações jurídicas anterior e definitivamente formadas cujos efeitos ainda perduram. A teor da configuração do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB): "A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada". O mesmo está consagrado em clássico dispositivo da Constituição Federal segundo o qual "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada", consoante dispõe o art. 5º, XXXVI, da CF/88.

Para o presente estudo, basta que se compreenda o regime do direito intertemporal apenas quanto ao ato jurídico perfeito, definido como "o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou", nos termos do art. 69, § 19, da LINDB. Aqui, o ato que está consumado é aquele em que se encontram presentes todos os requisitos para sua formação, sendo certo que estão em foco "as consequências ou efeitos futuros de um ato jurídico perfeitamente constituído na forma da lei anterior", como anota Eduardo Espínola (ESPÍNOLA, 1999, p. 285).

Por tal motivo, na esfera cível – especialmente quanto às obrigações e contratos - impera o princípio *tempus regit actum*, ou seja, "a obrigação ajustada no domínio da lei velha, é, não obstante a revogação ou modificação desta, executada e cumprida nas suas cláusulas, embora a lei nova, já então vigente, não tolere que, no seu regime, seja assim estipulado o contrato (ESPÍNOLA, 1999, p. 286).

Por outro lado, na esfera do Direito Penal, o princípio da irretroatividade eliminará as designadas leis ex post facto, mas conhecerá sempre a exceção consistente na admissibilidade de efeitos retroativos da lei penal mais benéfica. Trata-se do princípio constitucional de retroatividade da lei mais benéfica, disposto no art. 59, XL, da CF/88, que assim dispõe "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".

O princípio da retroatividade da lei mais benigna respalda-se na presunção de que a lei nova é mais adequada para disciplinar aquele fato e de que com ela se verifica o desinteresse do titular do jus puniendi ou pela conduta ou pela maior intensidade da pena. Esses aspectos são apreendidos e expostos de forma muito didática por Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

O princípio da retroatividade da lei penal mais benigna encontra o seu fundamento na própria natureza do Direito Penal. Se o Direito Penal regula somente as situações excepcionais, em que o Estado deve intervir para a reeducação social do autor, a sucessão de leis que alteram a ingerência do Estado no círculo de bens jurídicos do autor denota uma modificação na desvalorização de sua conduta. Essa modificação significa que a lei considera desnecessária uma ingerência da mesma intensidade nos bens jurídicos do autor, ou que diretamente é dispensável qualquer ingerência. Disso resulta que já não tem sentido a intervenção do Estado, por desnecessária, não se podendo sustentar apenas no fato de que foi considerada necessária no momento em que o autor cometeu o delito (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2004, p. 220).

De outra parte, o princípio republicano de governo exige a racionalidade da ação do Estado, e esta é bastante afetada quando, pela mera circunstância de que um individuo haja cometido um fato com anterioridade a outro, trata-se mais rigorosamente ao primeiro do que ao segundo.

Deve-se dizer algumas palavras mais sobre importantes contornos associados a tal princípio no Direito Penal, tanto para clarificar o seu conteúdo como para facilitar a subsequente utilização destas ideias em outras partes do trabalho.

Identifica-se na doutrina o discernimento de dois conceitos cujo sentido é conveniente considerar. A *abolitio criminis* significa a extinção da punibilidade pela revogação do tipo penal incriminador, deixando a lei posterior de considerar crime o fato antes qualificado como ilícito penal, nos termos do art. 29, caput, e 107, II, do Código Penal.

Já a *novatio legis in melius* se traduz em benefício para o agente decorrente da aplicação da lei nova mais favorável aos fatos praticados na vigência da norma penal anterior, sendo clara a regra pela qual "a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado", consoante dispõe o art. 2º, parágrafo único, do CP (BITTENCOURT, 2003, p.107-108).

É extenso o campo de aplicação do princípio da retroatividade ultrapassando hipótese de uma pena menor ao ponto de se sugerir que não é possível formar uma lista exaustiva. Assim, por exemplo, pode ser lei mais benigna a que cria nova causa de justificação, de exclusão da culpabilidade ou impeditiva da pena, ou, ainda a de redução do lapso prescricional, a criação de modalidade distinta de pena, entre outras (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2004, p. 219).

Dá-se se asseverar que a complexidade dos elementos que se deve tomar em consideração impe sempre a solução frente ao caso concreto, resolvendo-se "o caso, hipoteticamente, conforme uma e outra lei, comparando-se, em seguida, as soluções, para determinar qual é a menos gravosa para o autor" (GRECO, 2014, p. 125).

É indispensável compreender que apenas tem lugar a aplicação da lei nova mais benéfica se a situação pretérita não estiver exaurida antes do início de sua vigência. Com efeito, o condenado definitivamente - por sentença transitada em julgado - será posto em liberdade e dispensado de satisfazer as penas restritivas de direitos, tanto quanto a pena de multa, entretanto, não se questionará a integralidade ou a parte da sanção penal cumprida segundo o Direito vigente ao tempo da execução, nem será possível a restituição da multa paga (GRECO, 2014, p. 114).

É de se notar que não ocorrerá *abolitio criminis* se os elementos de um crime migrarem para outro tipo penal já existente ou mesmo criado por nova lei. Nesses casos, apenas aparentemente ocorre a abolição do fato típico, pois o que se verifica é a transmutação da base legal do delito. Aplica-se o assim denominado princípio da continuidade normativo-típica (GRECO, 2014, p. 118).

Outro delineamento se propõe a propósito das leis de vigência temporária ou excepcional, previstas no art. 3º do CP. Trata-se de leis que determinam a sua própria revogação e que são vocacionadas a apresentar ultratividade mesmo em desfavor de lei posterior mais benéfica. Assim, tem-se uma verdadeira exceção ao princípio da retroatividade da alteração in melius, justificada em não se cuidar na hipótese de uma mudança na concepção jurídica, tampouco da superveniência de lei mais perfeita ou de desinteresse pela punição. As leis temporárias ou excepcionais são elaboradas em função de circunstâncias de fato anormais, de modo que o tempus delicti condiciona a punibilidade das condutas praticadas enquanto não superado o período excepcional. legitimando o afastamento da regra do art. 5º, XL, da CF (MIRABETE, 2006, 109-111).

2.2. O princípio da retroatividade das normas mais benéficas no Direito Administrativo Sancionador

Como já referido, o ponto central do presente capítulo consiste em verificar se e em que medida é aplicável o princípio da retroatividade da norma mais benéfica no Direito Administrativo Sancionador.

Cumprе salientar que não será possível esgotar no âmbito do presente estudo uma teoria completa sobre os pressupostos para a translação das categorias do regime penal ao Direito Administrativo Sancionador, mas é possível concluir que tal fenômeno sempre se fará presente na proporção das afinidades entre os dois campos e de sua indispensabilidade para preservar os direitos fundamentais que sejam compatíveis com a natureza das sanções administrativas.

Assim sendo, será tratado no próximo capítulo a extensão da aplicação do referido princípio em relação à introdução do instituto da prescrição intercorrente na LIA. Antes, porém, será analisada a compatibilidade do princípio da retroatividade da norma mais benéfica com as singularidades do Direito Administrativo e, para tanto, será realizada uma breve análise acerca das posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto e os seus argumentos fundamentais.

2.2.1. Posição contrária

Na literatura especializada, cabe a Rafael Munhoz de Mello defender a posição da inaplicabilidade ao Direito Administrativo Sancionador da retroatividade da lei que extingue a

infração ou torna mais amena a sanção punitiva, de tal sorte que "não há no Direito Administrativo Sancionador o princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao infrator" (MELLO, 2007, p. 155).

Na visão do autor, o dispositivo constitucional que estabelece a retroatividade da lei penal mais benéfica se funda em peculiaridades únicas do Direito Penal, inexistentes no Direito Administrativo Sancionador" (MELLO, 2007, p. 157). Tal fundamento tem como premissa de que a teleologia da retroatividade da lei penal está relacionada a razões humanitárias, por sua vez, associadas à liberdade do criminoso (princípio do *favor libertatis*), por outro, a pena criminal é acompanhada um juízo de desvalor ético-jurídico que torna intolerável a ideia de continuar a punição quando o fato não mais atingir a consciência do povo. Esses fundamentos, para os defensores desse entendimento, não estariam presentes no Direito Administrativo Sancionador, não se cogitando nem o argumento da restrição da liberdade nem o desvalor ético da inobservância de simples normas sobre o exercício da função administrativa (MELLO, 2007, p. 154-155).

Esse é o entendimento que prevaleceu no julgamento do Tema 1.199 pelo STF— isto é, que a retroatividade da norma penal mais benéfica é regra de exceção, que deve ser interpretada restritivamente, prestigiando-se a regra geral do nosso sistema jurídico, é dizer, a irretroatividade da lei e a preservação dos atos jurídicos perfeitos, em especial, dos atos administrativos.

Entende-se, todavia, que este argumento em desfavor da aplicabilidade do referido princípio no âmbito do Direito Administrativo Sancionador - ante a inexistência de previsão expressa, de modo que, por conseguinte, cabe a aplicação de outros dispositivos relativos ao Direito Intertemporal, a saber, o art. 6º, §1º, da LINDB – não se mostra de acordo com uma aplicação da hermenêutica constitucional.

A eficácia integradora do Direito Penal se justifica na identidade ontológica entre os diversos tipos de ilícitos, o que viabiliza o transporte dos instrumentos do ramo do *jus puniendi* mais desenvolvido – os pertencentes à seara penal - à seara do Direito Administrativo Sancionador, sempre partindo da premissa de afastamento da aplicação às normas não coincidentes do direito comum de índole não punitiva.

Como diz Alejandro Nieto, com a técnica do supraconceito (do ilícito) "se evitan contradicciones y tensiones tradicionales y hasta se crean sinergias dogmáticas, puesto que los avances técnicos que se consiguen en un campo, se traspasan inmediatamente al cuerpo común" (NIETO, 2018, p. 124).

Por isso, a eficácia integradora do Direito Penal só deverá ser contida quando relevantes razões colhidas do Direito Administrativo revelarem alguma incoerência no uso das categorias jurídicas daquela disciplina na atividade administrativa sancionadora.

Inversamente, se constatadas afinidades entre os dois campos ou que são congêneres os valores tutelados pelas duas espécies do poder punitivo em uma dada situação, ter-se-á de admitir a transitabilidade dos institutos encontrados em qualquer das esferas. Por outro lado, não resiste a considerações mais consistentes a abordagem que tenderia a negar a exportação do princípio da retroatividade da norma mais benigna para o Direito Administrativo Sancionador pela alegada inviabilidade de reproduzir nessa disciplina os fundamentos do princípio em seu campo original - razões humanitárias atinentes à liberdade individual e superação de uma concepção de desvalor ético-jurídico.

Também no Direito Administrativo Sancionador o princípio da retroatividade encontra justificativa no superveniente desinteresse do legislador pela punição mais intensa ou no desinteresse pela própria conduta, de modo que com a nova valoração das necessidades sociais não mais se revelaria racionalidade em ingerência na esfera privada em maior intensidade do que a exigida pelo texto normativo atual. E, numa visão sistêmica dos valores constitucionais, não se mostra plausível concordar com a ideia segundo a qual a interdependência do princípio em questão com a liberdade individual seria restrita ao Direito Penal, sobretudo pela constatação de que mesmo as penas administrativas restringem direitos fundamentais, no caso daquelas previstas na LIA, se vê uma grande limitação aos direitos políticos. Assim, não se pode descartar a possibilidade de punições administrativas que na prática se mostram mais graves do que as penas aplicadas na esfera penal.

Por fim, relembra Júnior que o próprio STF empregou interpretação semelhante, considerando a interferência das sanções nos direitos fundamentais - independentemente da seara correspondente - a revelar a necessidade de uma interpretação constitucional extensiva de modo a se fazer valer a eficácia integrativa do Direito Penal, especialmente quanto à norma contida no art. 5º, XL, da CF/88. Neste sentido, elucida que:

Relevante consignar que conquanto o dispositivo constitucional sobredito mencione “lei penal”, isso, por si só, não desacredita a conclusão aqui defendida. O legislador constituinte gizou o anseio mais expressivo no momento da elaboração do texto maior, felizmente apontando que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados” (artigo 5º, § 2º, CR/88). Se a seu tempo o Direito Administrativo Sancionador gozasse do corpo e contorno próprio que detém hoje, é possível que a redação fosse outra. Ademais, cumpre ressaltar que embora o intérprete não detenha qualquer poder inventivo, é seu papel ponderar os fatos contemporâneos à elaboração da norma, o momento histórico, o ambiente social, as condições culturais e políticas sob as quais

surgiu e o conjunto de motivos ocasionais que serviram de justificação para regular a hipótese, tudo isso com o escopo de corporificar e perfazer a “espinha dorsal” da Constituição da República Federativa do Brasil: os fundamentos e os objetivos da República, bem como as garantias e direitos fundamentais daqueles dos quais, em conjunto, formam o titular do poder (qual seja, o povo).

Não foi raciocínio análogo empregado pela Suprema Corte ao enfrentar a legitimidade da prisão do depositário infiel (uma das então situações passíveis de prisão civil no Brasil)? A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, prevê que ninguém será preso por dívidas – por isso, o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o texto da Constituição, afastou a possibilidade de prisão nesse caso (prevista pelo art. 5º, inciso LXVII, CR/88) e editou a Súmula Vinculante nº 25 (“é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”).

Ora, se uma disposição afirmativa da Constituição foi suspensa em prol da consecução de direitos fundamentais (no caso, o direito de liberdade), com muito mais razão deve ser elástica a previsão constitucional que avaliza a aplicação da lei mais benéfica, ainda que num primeiro momento restringia-se a esfera penal (JUNIOR, 2021, p. 287).

2.2.2. *Posição favorável*

Inobstante o posicionamento do STF no julgamento do Tema 1.199, a doutrina majoritária, ao longo dos anos, já vinha se posicionando pela defesa da tese da admissibilidade do princípio da retroatividade da lei mais benéfica no Direito Administrativo. Dentre os diversos defensores desta corrente, destaca-se Heraldo Garcia Vitta, que expõe que o princípio tem lugar "a fim de prestigiar a nova realidade imposta pelo legislador, o qual tem a incumbência de acolher os anseios da sociedade num dado tempo e lugar"; e, assim, seria injustificável a punição "quando o legislador valora a conduta (antes ilícita ou pressuposto de pena mais grave), segundo as novas concepções sociais, e entende já não ser ilícita, ou pressuposto de sanção menos grave".

O referido autor, em trabalho posterior, acrescenta que, conquanto estabelecidos para o Direito Penal, os princípios do art. 5º, XL, da CF, "consustanciam 'regramentos' absolutos, não relativizáveis; e devido aos valores, ou princípios constitucionais, aplicam-se na seara das sanções administrativas, decorrem do Regime Democrático de Direito, e se legitimam na dignidade da pessoa humana, fundamento da República" (VITTA, 2003, p. 678).

No âmbito jurisprudencial, o entendimento quanto à aplicação retroativa da lei mais benéfica no âmbito do Direito Administrativo Sancionador já era defendido pelo STJ, a saber:

[...] a retroação da lei mais benéfica é um princípio geral do Direito Sancionatório, e não apenas do Direito Penal. Quando uma lei é alterada, significa que o Direito está aperfeiçoando-se, evoluindo, em busca de soluções mais próximas do pensamento e anseios da sociedade. Desse modo, se a lei superveniente deixa de considerar como infração um fato anteriormente assim

considerado, ou minimiza uma sanção aplicada a uma conduta infracional já prevista, entendendo que tal norma deva retroagir para beneficiar o infrator. Constatado, portanto, ser possível extrair do artigo 5º, XL, da Constituição da República princípio implícito do Direito Sancionatório, qual seja: a lei mais benéfica retroage. Isso porque, se até no caso de sanção penal, que é a mais grave das punições, a Lei Maior determina a retroação da lei mais benéfica, com razão é cabível a retroatividade da lei no caso de sanções menos graves, como a administrativa”. Em sentido semelhante, “a norma administrativa mais benéfica, no que deixa de sancionar determinado comportamento, é dotada de eficácia retroativa (REsp 1.402.893/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 11/04/2019, DJe 22/04/2019).

Assim sendo, entende-se que prevalece no Direito Administrativo Sancionador o princípio da retroatividade da norma mais benéfica, com configuração fundamentalmente idêntica à do Direito Penal.

O princípio da legalidade é suficientemente preservado ao se depreender que dentre as interpretações possíveis da expressão "lei penal" - no inciso XL do art. 5º, da CF/88 - é legítimo optar pela que confere sentido mais amplo, atribuindo-lhe o sentido de lei sancionadora, de modo a preservar todo o sistema de direitos fundamentais sujeitos à restrição pela atividade punitiva do Poder Público.

Não obstante, essa interpretação é confirmada pelo disposto na parte final do art. 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto 678/1992, segundo o qual "se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado".

Os termos amplos do dispositivo e a sua sistemática - uma vez que se encontra inserido no capítulo que versa sobre direitos civis e políticos - fazem inferir que sua aplicação abrange todos os ramos do direito punitivo, não havendo justificativa para restringi-lo ao Direito Penal.⁰⁶

Entretanto, não se deve perder de perspectiva que em certos cenários será inviável a retroatividade da norma administrativa mais benigna, de modo que a sua modulação deve se dar a partir de critérios próprios pertinentes à aplicabilidade do princípio no Direito Penal.

Neste sentido, tem-se que o conflito intertemporal de normas não surge nas relações totalmente esgotadas ou exauridas durante a vigência da norma anterior. Apenas os efeitos futuros ou pendentes decorrentes dos atos antes constituídos são alcançados. Ou seja, não se discutirá sobre a parte da sanção administrativa já cumprida segundo o Direito então vigente, bem como não será viável a restituição de penalidades cumpridas.

Dizendo-o mais claramente, o princípio da retroatividade da norma administrativa mais benéfica resulta diretamente da Constituição. Por isso, uma lei que restringisse a sua incidência

poderia mesmo ser inconstitucional, excetuado o mero reconhecimento das situações de não aplicabilidade do princípio que decorrem de sua própria estrutura.

3. O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Da análise realizada no capítulo anterior, tornou-se possível a verificar a aplicabilidade do princípio da retroatividade da norma mais benéfica na seara do Direito Administrativo Sancionador e, por conseguinte, se aplica às ações de improbidade administrativa, com configuração fundamentalmente idêntica à do Direito Penal.

A aplicação do princípio se justifica no caráter punitivo do ilícito administrativo, e, neste sentido, seu fundamento equivale ao da aplicabilidade na seara penal, isto é, privilegiar o ideal de justiça e a menor ingerência estatal nos direitos e liberdades fundamentais – ou seja, nos pilares de um Estado de Direito.

Assim sendo, tratar-se-á, neste capítulo final acerca da aplicabilidade do princípio da retroatividade da norma mais benéfica em relação à inserção do §5º, do art. 23 na Lei de Improbidade Administrativa pela Lei n. 14.230/21, a partir dos pilares de um Estado Democrático de Direito.

3.1. Conceito e fundamento constitucional

Preliminarmente, faz-se necessário apontar os conceitos legais e doutrinários acerca da prescrição intercorrente. Antes, todavia, imperiosa a definição de prescrição, que no clássico conceito trazido por Clóvis Beviláqua é tida pela perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não-uso delas, durante um determinado espaço de tempo” (BEVILÁQUA apud VENOSA, 2005, p. 597).

A prescrição intercorrente, por sua vez, tem previsão no art. 921, §1º, do CPC, bem como no art. 206-A do CC. Sobre o instituto, preceitua Washinton de Barros Monteiro que “A prescrição intercorrente é a que se verifica durante a tramitação do feito na Justiça, paralisado por negligência do autor na prática de atos de sua responsabilidade. Trata-se de espécies de prescrição que ocorre não pela eventual demora na tramitação da ação, mas pela inércia ou desídia do postulante em praticar os atos processuais” (MONTEIRO, 2005).

Leciona Carlos Roberto Gonçalves que a prescrição intercorrente ocorre quando a parte ocupante do polo ativo diante de um processo já iniciado permanece inerte, de forma contínua e sem interrupção, durante tempo suficiente para dar causa à perda da sua pretensão (GONÇALVES, 2014, p. 514).

No mesmo sentido, disserta Humberto Theodoro Junior que:

A prescrição intercorrente justifica-se pelo argumento de que a eternização das execuções é incompatível com a garantia constitucional de duração razoável do processo e de observância de tramitação conducente á rápida solução dos litígios (CF, art. 5º LXXVIII). Tampouco, se pode admitir que a inércia do exequente, qualquer que seja sua causa, redunde em tornar imprescritível uma obrigação patrimonial. O sistema de prescrição adotado pelo nosso ordenamento jurídico, é incompatível com pretensões obrigacionais imprescritíveis. Nem mesmo se subordina a prescrição civil a algum tipo de culpa por parte do credor na determinação de inércia no exercício da pretensão. A prescrição, salvo nos casos legais de suspensão e interrupção, flui objetivamente pelo simples decurso do tempo (THEODORO JÚNIOR; 2017. p.728-730).

Evidencia-se, assim, pelos trechos supra colacionados que os doutrinadores convergem no sentido de atribuir uma certa natureza jurídica híbrida à prescrição intercorrente – posto que se trata de um instituto de direito material, já que implica na perda da pretensão sancionatória, por conta de uma inércia processual - previsto no ordenamento jurídico pátrio com a finalidade de fiscalizar a duração dos processos, independente do ramo do direito.

Na seara do Direito Penal, a prescrição intercorrente é expressamente prevista no §1º, do art. 110, do CP, sendo tida como a prescrição que antecede a sentença condenatória ou superveniente à condenação, ocorrendo quando a sentença de primeiro grau tiver transitado em julgado para a acusação – que não interpôs recurso – ou quando do improvimento, rejeição, do recurso apresentado pela acusação. Trata-se de prescrição da pretensão punitiva. O prazo prescricional será aplicado com base na pena aplicada, e não na pena máxima cominada ao crime. Ela é chamada de intercorrente porque ocorre depois da sentença de primeiro grau, antes, todavia, de seu trânsito em julgado para o acusado, transitada apenas para a acusação.

A interrupção do prazo prescricional é dada por diversas circunstâncias que se encontram enumeradas no art. 117 do CP. Assim, a superveniência de uma dessas circunstâncias faz com que o prazo prescricional venha a ser contado novamente, desde o início, desconsiderando-se o prazo anterior.

Lecionando sobre os aspectos teleológicos do instituto da prescrição, Arlete Inês Aurelli, citando Wald e Armelin, afirma que:

[...] a prescrição é um fenômeno jurídico resultante de exigências sociais no sentido da manutenção de um nível razoável de segurança jurídica, que resulta da pacificação de conflitos, conjugando, para tanto, a inércia do interessado com o decurso do tempo. Atende, precipuamente, ao propósito de impedir a manutenção de conflitos pendentes de solução e a eternização de demandas, com todas as consequências daí decorrentes (AURELLI e PANTALEÃO *apud* WALD e ARMELIN, 2011, p. 41).

Neste sentido, Luciano Machado ressalta que:

[...] A finalidade primordial da prescrição consiste em garantir segurança jurídica, essencial à sobrevivência do próprio Direito, que deve conferir previsibilidade e estabilidade às relações que regula. Assim, o Poder Judiciário deve ser instrumentalizado com institutos que consigam garantir a estabilidade das discussões

que chegam em busca de uma solução jurisdicional e a prescrição é um instituto que busca a minimização da demora na prestação jurisdicional (MACHADO, 2019, p. 87).

Ainda, para Wambier, Arruda Alvim Wambier e Medina

[...] cresce no mundo moderno a preocupação com a segurança jurídica e a estabilidade das instituições jurídicas. Evidentemente, a demora da realização da prestação jurisdicional não é apenas algo contraproducente, mas, mais que isso, vai contra a própria natureza da tutela jurisdicional, de acordo com a feição que lhe foi atribuída pela Constituição Federal. É que a prestação jurisdicional tardia é fator de insegurança, na medida em que contribui para a intranquilidade do que seja, efetivamente, o sentido do Direito para os cidadãos (WAMBIER, WAMBIER e MEDINA, 2005, p.26-27).

Evidencia-se, portanto, quanto aos aspectos teleológicos sobre a prescrição e, no mesmo sentido, sobre a prescrição intercorrente, que seu principal fundamento reside na segurança jurídica, que, por sua vez, relaciona-se à garantia de paz social inerente ao Estado de Direito.

Nesse sentido, já se manifestou o STF:

O princípio da segurança jurídica decorre implicitamente não só da sua concretização em direitos e garantias individuais expressamente contemplados no art. 5º da Constituição, como, entre vários outros, os incisos XXXV e XXXVI, mas também de outros dispositivos constitucionais e diretamente do sobreprincípio do Estado de Direito, estampado no art. 1º da Constituição, do qual se extraem, independentemente de norma expressa, garantias como a proteção da liberdade e contra a arbitrariedade, bem como de acesso ao Judiciário. José Joaquim Gomes Canotilho, em sua obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (Almedina, 1988, p. 250), destaca “os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito”. O professor Luis Afonso Heck, na mesma linha, na obra *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais: contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã* (Fabris, 1995, p. 186), ensina que “tanto o preceito da certeza jurídica como o preceito da proteção à confiança são parte constitutivas essenciais e, portanto, elementos essenciais do princípio do Estado de Direito [...]. Ambos tem índole constitucional e, assim, servem de critério normativo⁸.”

Ainda cabe lembrar que com a publicação da Emenda Constitucional nº 45, que incluiu o inciso LXXVIII no art. 5º do texto consitucional, o povo do Estado brasileiro passou não só a ter direito fundamental à jurisdição como também que esse serviço público monopolizado e essencial do Estado lhe seja prestado dentro de um prazo razoável (AURELLI e PANTALEÃO *apud* DIAS, 2010).

O instituto da prescrição se insere no ordenamento, portanto, para se fazer consubstanciar o princípio da segurança jurídica, assim como o princípio da duração razoável do processo.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 566621, Repercussão Geral, Relatora Min. Ellen Gracie, J. 11/10/2011.

3.2. A prescrição intercorrente nas Ações de Improbidade Administrativa

Como restou salientado no capítulo anterior, a importância do instituto da prescrição se relaciona à garantia da segurança jurídica e, neste sentido, estabelece uma barreira à arbitrariedade, posto que estabelece limites temporais ao exercício da pretensão punitiva.

Segundo Mayara Bueno Barretti Rocha, citando Osório,

[...] ninguém pode ficar à mercê de ações judiciais ou administrativas por tempo e prazos indefinidos ou perpétuos, de forma que a prescrição é uma garantia individual, com transcendência social, já que as relações sociais necessitam de segurança e o Direito busca, em um de seus fins, assegurar essa estabilidade (BARRETTI ROCHA, 2022, *apud* OSÓRIO, 2018).

Nesse contexto, destaca-se o §5º do art. 23 inserido na Lei de Improbidade Administrativa pela Lei n. 14.230/21, que expressamente passou a prever a prescrição intercorrente, ao dispor que se nos períodos entre as hipóteses de interrupção da prescrição elencadas nos incisos do caput do dispositivo, houver o decurso do prazo de 4 anos, o juiz ou o tribunal, depois de ouvido o Ministério Público, deverá, de ofício ou a requerimento da parte interessada, reconhecer a prescrição da pretensão sancionadora e decretá-la de imediato.

A novidade legislativa tem o intuito de evitar que as ações de improbidade administrativa permaneçam por um longo período sem movimentação processual, seja pelo Judiciário ou pelo Ministério Público. Observa-se que essa nova disposição tem o condão de evitar que ações de improbidade permaneçam sem qualquer movimentação, pelo Judiciário ou pelo Ministério Público, durante anos. Cumpre ressaltar que a morosidade processual traz efeitos nefastos não só para a sociedade – que almeja uma rápida resolução das lides -mas também vai de encontro ao direito fundamental dos acusados de ter a lide resolvida em tempo razoável.

Em outras palavras, a inserção do dispositivo supra mencionado busca observar e garantir a segurança jurídica e a duração razoável do processo no âmbito das relações jurídicas disciplinadas pela LIA. Trata-se, assim, de uma *novatio legis in mellius*, na medida em que reforça uma garantia fundamental aos acusados

Neste sentido, retomando o quanto versado no capítulo anterior acerca do princípio da retroatividade da lei mais benéfica, agora especialmente em relação ao §5º, do art. 23, assevera Fernando Capez que:

A identidade principiológica entre as garantias do processo penal e do processo por improbidade faz com que a prescrição dos atos de improbidade receba o mesmo tratamento da prescrição penal e, assim, retroagir para incidir sobre todos os processos em andamento, alcançando fatos praticados antes de sua entrada em vigor, em obediência ao princípio da retroatividade *in mellius* (CF, artigo 5º, XL: "A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu"). Nesse sentido, a lição de Gilmar Mendes

no julgamento da Reclamação 41557-SP: "Uma decisão de mérito definitiva na esfera penal, que fixa uma tese de inexistência do fato ou negativa de autoria, não pode provocar novo processo no âmbito do Direito Administrativo Sancionador (CAPEZ, 2021).

Outrossim, quanto à matéria versada, importante denotar que até no âmbito do Ministério Público Federal já houve manifestação no sentido de se reconhecer a retroatividade dos dispositivos mais benéficos introduzidos pela Lei n. 14.230/21 na LIA. Neste sentido, importante se faz colacionar os seguintes trechos do parecer elaborado pelo Subprocurador-Geral da República, Nicolao Dino, no REsp n. 1966002/SP, a saber:

[...]A persecução por ato de improbidade administrativa se insere no âmbito do Direito Sancionador e, por coerência sistêmica, a exemplo do que ocorre com os mecanismos de persecução penal, deve nortear-se pelo postulado da retroatividade da norma mais favorável ao réu, nos termos do art. 5º, XL, da CF.

Os princípios gerais devem orientar a aplicação do direito de forma horizontal, em suas diversas searas. Se a própria Constituição assegura a retroatividade da lei mais benéfica no Direito Penal – ramo mais rigoroso do ordenamento jurídico –, não é razoável limitá-la e deixar de aplicá-la quanto aos instrumentos de persecução por atos de improbidade, os quais se também encartam no Direito Sancionador. Essa Corte Superior, a propósito, já adotou o critério da retroatividade da norma mais benéfica em âmbito diverso do Direito Penal.

Portanto, do quanto exposto, sobretudo quanto à matriz constitucional principiológica do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador, bem como quanto à importância do instituto da prescrição intercorrente para assegurar a plena efetividade da duração razoável do processo e, assim, à segurança jurídica, se infere que a retroatividade do art. 23, §5º, da LIA para se alcançar as ações já ajuizadas quando da entrada em vigor da Lei n. 14.230/21 é medida materialmente em consonância com os fundamentos e valores de um Estado Democrático de Direito.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei de Improbidade Administrativa surgiu para dar efetividade à inovação trazida pelo §4º, do art. 37, da CRFB/88 – qual seja, a responsabilização pelo cometimento do ato de improbidade administrativa. Tratou-se de uma inovação trazida pelo constituinte para integrar o Sistema Brasileiro de Combate à Corrupção, a partir da criação de um ilícito administrativo, submetido a um regime jurídico próprio para ofertar maior proteção à probidade administrativa.

Desde a edição da Lei n. 8.429/92, imperou-se na doutrina e na jurisprudência um amplo debate acerca do regime jurídico aplicável às ações por ela regulamentada, posto que o normativo mistura material e formalmente elementos que se aproximam do direito civil – especialmente do regime aplicável à proteção dos direitos difusos – e do direito penal, no que tange à previsão de aplicabilidade de sanções que atingem os direitos individuais dos acusados.

Neste sentido, diversas teorias foram desenvolvidas para atribuir às ações de improbidade administrativa uma natureza civil. Todavia, como amplamente desenvolvido no presente estudo, verificou-se que tais teorias se fundamentaram majoritariamente em critérios puramente formais.

A partir de uma análise substancial das sanções previstas na LIA, evidenciou-se que há um forte caráter punitivo, que vai além da pretensão ressarcitória ao erário, embora essa pretensão também se faça presente dentre os objetivos buscados pela referida Lei. Na medida em que as sanções previstas na LIA possuem o condão de impactar direitos e garantias individuais, assim como as sanções de natureza penal, se impõe a necessidade de se assegurar aos acusados daquela esfera de responsabilização as mesmas garantias constitucionais asseguradas para os acusados desta.

Assim, pela inexistência de critérios dogmáticos aptos a estabelecer uma distinção ontológica entre os ilícitos administrativo e penal, se consolidou um entendimento majoritário no sentido de que se aplicam às ações de improbidade administrativa o regime jurídico pertencente ao Direito Administrativo Sancionador, que não se confunde com o regime jurídico aplicável ao Direito Penal, embora tenham pontos de contato em comum.

Evidenciou-se que uma das premissas de um Estado de Direito está relacionada à observância das garantias e direitos fundamentais, sobretudo nas situações em que os direitos individuais se encontram sob o risco de limitação. Neste sentido, realizada uma análise a partir da proporcionalidade, quanto maior a potencialidade de uma sanção limitar direitos

fundamentais, maior devem ser os mecanismos previstos em um regime jurídico para assegurar as garantias materiais e processuais do acusado. Por isso, as garantias que se fazem presente no Direito Penal também o devem fazer na seara do Direito Administrativo Sancionador.

Nesse ponto, a Lei n. 14.230/21 positivou uma interpretação que há anos já vinha se consagrando na doutrina – qual seja – a da aplicabilidade dos princípios do Direito Administrativo Sancionador nas ações de improbidade.

Assim, a inovação tratou de aproximar ao regime jurídico próprio da LIA o garantismo processual tradicionalmente associado ao Direito Penal, de onde se extraem relevantes princípios a nortear a aplicação da norma sancionadora, dentre os quais o da retroatividade da norma mais benéfica, que se revelou o cerne do objeto do presente estudo.

Neste sentido, passou-se a uma breve análise da prescrição intercorrente – uma das inovações trazidas pela Lei n. 14.230/21 à LIA – verificando-se a importância do instituto na busca de segurança jurídica em todas as searas do Direito. No âmbito do direito civil, a doutrina majoritária é assente quanto à finalidade punitiva da prescrição intercorrente em relação à inércia da parte autora/exequente na realização de atos processuais. No âmbito do Direito Penal, todavia, o aspecto teleológico da prescrição intercorrente está relacionado a se fazer garantir o direito do acusado de ter um julgamento realizado num tempo razoável.

Verificou-se, por fim, que ante a natureza material da prescrição intercorrente, a sua finalidade, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador – especialmente, no regime da Lei de Improbidade Administrativa – se aproxima ao Direito Penal, porquanto considerando a possibilidade de aplicação de sanções que possam vir a restringir os direitos políticos dos acusados, necessário se faz que o deslinde do feito se dê em tempo razoável.

Além disso, vê-se que há um afastamento da finalidade do instituto na LIA da seara civil, posto que a extinção do feito se dará apenas quanto à responsabilização pela conduta ímproba, já que a preensão de ressarcimento ao erário é imprescritível.

Assim sendo, a introdução do §5º, no art. 23, da Lei de Improbidade Administrativa tem o condão de assegurar a satisfação do direito do acusado à duração razoável do processo e, assim, também promover maior segurança jurídica às ações pertinentes a esse ramo jurídico. Por conseguinte, tem-se que a aplicação retroativa do referido dispositivo se traduz em uma maximização das garantias fundamentais àquele acusado sob o regime de responsabilização da LIA.

Ante o exposto, à luz do princípio do devido processo legal substancial, verifica-se que a aplicação retroativa do art. 23, §5º, da LIA, de modo a possibilitar que a prescrição

intercorrente alcance os casos ajuizados quando da entrada em vigor da Lei n. 14.230/21, se revela como reflexo das premissas que fundamentam um Estado Democrático de Direito.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AURELLI, Arlete Inês; PANTALEÃO, Izabel Cristina Pinheiro Cardoso. Uma revisita ao tema da prescrição intercorrente no âmbito do processo civil com ênfase no Novo CPC da ADVOCEF.

ALMEIDA, Pedro Luiz Ferreira de. O princípio da insignificância e a improbidade administrativa. 2020. 220 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

AMORIM JUNIOR, Silvio Roberto Oliveira de. Improbidade Administrativa: procedimento, sanções e aplicação racional. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BARRETTI ROCHA, Mayara Bueno. A prescrição intercorrente nas ações de improbidade administrativa. Migalhas, 2022. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/369733/a-prescricao-intercorrente-nas-acoes-de-improbidade-administrativa> >. Acesso em: 07 de novembro de 2022.

BITTENCOURT, César Roberto. Tratado de Direito Penal, vol. 1. 8ª ed. São Paulo, Saraiva, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 566621, Repercussão Geral, Relatora Min. Ellen Gracie, J. 11/10/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ARE1019161 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 02/05/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança nº 25.191, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 19-11-2007, Plenário, DJ de 14-12-2007.

BRUNO, Aníbal. Direito Penal . 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. t. I.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. vol. 1. São Paulo, Saraiva, 2005.

_____. Retroatividade *in melius* da prescrição intercorrente na Lei de Improbidade. Conjur, 2021. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-dez-02/controversias-juridicas-retroatividade-in-mellius-prescricao-intercorrente-lei-improbidade#:~:text=A%20identidade%20principl%C3%B3gica%20entre%20as,de%20sua%20entrada%20em%20vigor> >.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 22ª ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos. Coimbra, Almedina, 2013.

CRETILLA Júnior, José. Prática do processo administrativo. São Paulo: Ed. RT, 1988.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Improbidade administrativa. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2014.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

ENTERRIA, Eduardo Garela de FERNANDEZ. *Tomis-Ramón Cuso de Derecho Administrativo*, vol 1. 154 ed Madrid. Civitas, 2011.

ESPINOLA, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, 34 ed. Rio de Janeiro, Renovar. 1999.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.

FERRAZ Sérgio; DALLARI. Adlibon Abreu. *Processo Administrativo*: 31 ed. São Paulo, Malheiros Editores. 2012.

FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil: estudo de casos e lições para o futuro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO. Rogério. *Curso de Direito Penal Vol. L*. 16ª ed. Rio de Janeiro, Impetus. 2014

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 1: parte geral*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HUNGRIA, Nelson. *Ilícito administrativo e ilícito penal*. RDA 1/24, fascículo I, jan. 1945 apud RENATO VAROTO, 2010.

JUNIOR, José Carlos Fernandes. *Considerações sobre a retroatividade da lei mais benéfica no âmbito da Proteção à Proibidade 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, p. 282-296, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

_____. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 10ª ed. São Paulo. Ed. RT. 2014. (org.). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais*. São Paulo, Ed. RT. 2016.

MACHADO, Luciano Marlon Ribas. *Capítulo 6 Interpretação Constitucional Da Segurança Jurídica Como Fundamento Da Prescrição*. COLEÇÃO DESIGUALDADE E A RECONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA SOCIAL.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Sanções por ato de improbidade administrativa*. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga

e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/29/edicao-1/sancoes-por-ato-de-improbidade-administrativa>>

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26ª ed. rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Rafael Munhoz de. Principios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador. São Paulo, Malheiros Editores, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal, vol. 1.234 ed. São Paulo, Atlas. 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil- Parte Geral. Volume I. 40 ed. Ver. E atual. Por Ana Cristina d Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva 2005.

NASSAR, Elody. Prescrição na administração pública. 2ª ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

NIETO, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 5ª ed. Madrid, Tecnos, 2018,

NOBRE JÚNIOR. Edilson Pereira, "Sanções administrativas e principios de Direito Penal", Revista de Direito Administrativo/RDA.n. 219. Rio de Janeiro, 2000.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 483-484.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Infrações e sanções administrativas – 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

_____. Teoria da improbidade administrativa. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

OSÓRIO, Fábio Medina. A nova Lei de Improbidade Administrativa. Top Lawyers, fev. 2022. Disponível em: <https://www.fabiomedinaosorio.com.br/fabio-medina-osorio-para-otop-lawyers-do-migalhas-juridicas-a-nova-lei-de-improbidade-administrativa/>.

PASSARINHO, J. (14 de 08 de 1991). Exposição de Motivos nº 0388 . Exposição de Motivos Lei nº 1446/91. Brasília, DF, Brasil: Diário do Congresso Nacional.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. v1. 5ª ed. São Paulo : Atlas, 2005.

WALD, Arnoldo; ARMELIN, Donaldo. Prescrição e arbitragem. In: CIANCI, Mirna. (Coord.). Prescrição no Código Civil, uma análise interdisciplinar. São Paulo: Saraiva, 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia, Breves comentários à nova sistemática processual civil, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.