

ano 24 – n. 96 | abril/junho – 2024  
Belo Horizonte | p. 1-282 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v24i96  
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional  
[www.revistaaec.com](http://www.revistaaec.com)

# A&C

**Revista de Direito  
ADMINISTRATIVO  
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &  
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

**FORUM**

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

## FÓRUM

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Rua Paulo Ribeiro Bastos, 211 – Jardim Atlântico – CEP 31710-430 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: (31) 99412.0131  
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &  
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.  
2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral  
ISSN impresso 1516-3210  
ISSN digital 1984-4182

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada  
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.  
I. Fórum.

CDD: 342  
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo  
Aline Sobreira de Oliveira

Capa: Igor Jamur  
Projeto gráfico: Walter Santos  
Revisão: Maria Elizabete de Sousa  
Diagramação: Derval Braga

### Periódico classificado no Estrato A3 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

#### Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2022, a revista foi classificada no estrato A3 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

#### Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

#### Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

#### Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

#### Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

#### Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

#### Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

# Improbidade administrativa e retroatividade benéfica: anotações críticas sobre o ARE 843.989

## *Administrative improbity and beneficial retroactivity: critical annotations on the ARE 843989*

**Edilson Pereira Nobre Júnior\***

Universidade Federal de Pernambuco (Recife-PE, Brasil)  
edilsonnobre@trf5.jus.br  
<https://orcid.org/0000-0003-1808-0275>

**Recebido/Received:** 01.03.2024 / 1 March 2024

**Aprovado/Approved:** 13.06.2024 / 13 June 2024

---

**Resumo:** Um dos recentes significativos impactos no sistema jurídico brasileiro ocorreu com a promulgação da Lei nº 14.230/2021, a qual promoveu, numa grande extensão, alterações na Lei nº 8.429/92, que disciplina a responsabilização dos agentes públicos por improbidade administrativa. Diante de tais mudanças, o Supremo Tribunal Federal em precedente vinculativo (ARE 843989) apreciou a incidência da retroatividade benéfica no que concerne à exclusão da culpa em sentido estrito como elemento subjetivo para a caracterização dos tipos de improbidade administrativa e quanto à nova disciplina da prescrição. Este texto tem o propósito de examinar a fundamentação empregada pela Corte Suprema para resolver a questão, discorrendo sobre a natureza jurídica da improbidade administrativa, sobre o alcance do direito fundamental previsto no art. 5º, XL, da Constituição de 1988, e sobre a aplicação dos princípios do direito penal às sanções administrativas. Isso sem esquecer o exame da segurança jurídica diante da prescrição.

---

Como citar este artigo/How to cite this article: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade administrativa e retroatividade benéfica: anotações críticas sobre o ARE 843.989. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 24, n. 96, p. 147-164, abr./jun. 2024. DOI: 10.21056/aec.v24i96.1916.

\* Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife (Recife-PE, UFPE). Doutor e Mestre em Direito Público pela UFPE. Membro do Instituto Internacional de Derecho Administrativo – IIDA e do Instituto de Direito Administrativo Sancionador – IDASAN. Coordenador do Grupo de Pesquisa – CNPq “Desafios do controle da Administração Pública contemporânea”.

**Palavras-chaves:** Improbidade administrativa. Supremo Tribunal Federal. Retroatividade benéfica. Culpa. Prescrição.

**Abstract:** One of the recent significant impacts on the Brazilian legal system occurred with the enactment of Law N. 14.230/2021, which promoted, to a great extent, changes in Law No. 8.429/1992, which regulates the liability of public officials for administrative improbity. In view of such changes, the Federal Supreme Court, in a binding precedent (ARE 843989), assessed the incidence of beneficial retroactivity with regard to the exclusion of fault in the strict sense as a subject element for the characterization of the types of administrative improbity and the new discipline of limitation. The purpose of this text is to examine the reasoning employed by the Supreme Court to resolve the issue, discussing the legal nature of administrative improbity, the scope of the fundamental right provided for in Article 5, XL, of the 1988 Constitution, and on the application of the principles of criminal law to administrative sanctions. Not forgetting to mention the exam of legal certainty in the face of the statute of limitation.

**Keywords:** Administrative improbity. Federal Supreme Court. Beneficial retroactivity. Fault. Limitation.

**Sumário:** **1** O precedente e a sua fundamentação – **2** A natureza do instituto da improbidade administrativa – **3** A retroatividade benéfica e o seu alcance – **4** A incidência dos princípios do direito penal – **5** Os aspectos da Lei nº 14.230/2021 apreciados pelo Tema 1199 – STF – **6** Síntese conclusiva – Referências

## 1 O precedente e a sua fundamentação

Nos tempos que correm, possivelmente foi a Lei nº 14.230/2021 a que trouxe maiores impactos às relações jurídico-administrativas. Isso porque patrocinou dezenas de alterações à Lei nº 8.429/92 (LIA), ensejando, de logo, a suscitação acerca da retroatividade dos preceitos que se mostraram favoráveis aos administrados.

O Supremo Tribunal Federal (STF) admitiu a existência de repercussão geral no ARE 843989, resolvendo-a celeremente com a formulação da tese, assim sumariada:

- 1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se – nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA – a presença do elemento subjetivo – DOLO;
- 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 – revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa –, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;
- 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;

4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.<sup>1</sup>

O objetivo destas linhas não se volta ao questionamento do resultado ou inclinação do julgamento, mas, antes e essencialmente, à crítica a sua motivação, pois, como afirmado por Cappelletti, os tribunais constitucionais, diversamente da prática dos parlamentos, põem as razões de suas decisões ao acesso do público, de modo a conservar o seu valor, “à medida que supõe um esforço para garantir ao público que as decisões judiciais não resultam do capricho dos juízes, mas sim de um esforço por parte dos mesmos por permanecer fiéis ‘ao sentido da justiça e à equidade da comunidade’”.<sup>2</sup>

Compulsando-se os votos que contribuíram para a formação da maioria, faz-se possível a enumeração dos seguintes argumentos: a) natureza civil da improbidade administrativa;<sup>3</sup> b) restrição da retroatividade benéfica à província do direito penal;<sup>4</sup> c) o art. 5º, XL, da Constituição de 1988 (CRFB), em sendo norma restritiva, não comporta interpretação ampliativa;<sup>5</sup> d) a aplicação dos princípios do direito penal ao direito administrativo sancionador não sucede de maneira incondicionada, mas com limitações.<sup>6</sup>

Especialmente no que concerne à disciplina da prescrição, geral ou intercorrente, nota-se a invocação: a) de razões de segurança jurídica, aliadas à tutela da confiança legítima e à ausência de inércia do aparelho persecutório estatal;<sup>7</sup> b) da natureza civil do instituto da improbidade administrativa;<sup>8</sup> c) do caráter processual da prescrição intercorrente.<sup>9</sup>

<sup>1</sup> Íntegra disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao>.

<sup>2</sup> “[...] en la medida en que supuso un esfuerzo para garantizar al público que las decisiones judiciales no resultan del capricho o de la idiosincrasia y predilecciones subjetivas de los jueces, sino de un esfuerzo por parte de los mismos por permanecer fieles al ‘sentido de la justicia y la equidad de la comunidad’” (CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1984, p. 625).

<sup>3</sup> Ver os votos dos Ministros Alexandre de Moraes (p. 44-46 e p. 66), Edson Fachin (176), Cármen Lúcia (p. 242) e Luiz Fux (p. 383).

<sup>4</sup> Consultar os votos dos Ministros Alexandre de Moraes (p. 67-69), Luís Roberto Barroso (p. 193-194) e Luiz Fux (382).

<sup>5</sup> Assim no pronunciamento da Ministra Rosa Weber (p. 238).

<sup>6</sup> É de se compulsar os votos das Ministras Rosa Weber (234-237) e Cármen Lúcia (299-300) e do Ministro Luiz Fux (382).

<sup>7</sup> É o que se infere da fundamentação constante dos votos dos Ministros Alexandre de Moraes (p. 78-81), André Mendonça (p. 114), Luís Roberto Barroso (p. 193) e Luiz Fux (387-389).

<sup>8</sup> Conferir votos do Ministros Edson Fachin (p. 176), e das Ministras Rosa Weber (p. 238) e Cármen Lúcia (298-309).

<sup>9</sup> Nesse sentido, os votos dos Ministro Gilmar Mendes (p. 355-357) e Luiz Fux (p. 393).

## 2 A natureza do instituto da improbidade administrativa

Quanto ao primeiro argumento, partiu-se de uma premissa equivocada, olvidando-se que a definição de um instituto há que partir da essência que o informa. Não há na improbidade, ainda que de forma secundária, nenhuma característica que a assimile a um ilícito decorrente da violação de normas emanadas dos seguimentos integrantes do direito civil.

Não constitui preocupação recente na formulação doutrinária do direito administrativo a delineação pela doutrina de um dever de probidade do agente público nas suas relações com a Administração. Independente de uma consagração nos variados sistemas jurídicos de um modelo punitivo, a que aludiu Marcelo Caetano,<sup>10</sup> traduzindo-se na imposição de se servir à Administração com honestidade, o qual, numa similitude, apropinqua-se ao que Pietro Virga<sup>11</sup> cogitou como dever de fidelidade (*dovere di fedeltà*) e que, em Roberto Dromi, alçou-se para destaque como dever de ética pública.<sup>12</sup>

Essa percepção não passou despercebida com a previsão do instituto pelo art. 37, §4º, da CRFB, sendo reavivada entre nós por José Alfredo de Oliveira Baracho,<sup>13</sup> ao chamar a atenção ao dever de probidade, o qual, consistindo num instrumento constitucionalmente integrado na conduta do administrador público, traduz-se como um elemento indispensável à legitimação de seus atos.

Portanto, na improbidade administrativa se tem, indiscutivelmente, um maltrato, por parte do agente público, de um dever para com a Administração Pública. Cuida-se, então, de um instituto que resulta de uma relação jurídico-administrativa.

Nessa linha, Vladimir França acentua que o ato de improbidade se trata de “ato ilícito administrativo puníveis com sanções judiciais administrativas também previstas pela Lei Federal nº 8.429/1992”.<sup>14</sup> É certo que, em seguida, o autor traça uma ressalva, ao afirmar que, quando gera dano ao patrimônio público, também – e somente neste ponto, configuraria ilícito civil.

<sup>10</sup> CAETANO, Manoel. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1999. Tomo II, p. 749.

<sup>11</sup> VIRGA, Pietro. *Diritto Amministrativo – I principi*. 4. ed. Milão: Giuffrè Editore, 1995, p. 238.

<sup>12</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Derecho Administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 384.

<sup>13</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Dever de probidade e o administrador público. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e; SILVA FILHO, Nívio de Freitas; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). *Dever de probidade e o administrador público*. Improbidade Administrativa – 10 anos da Lei 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 203. Recentemente, a preocupação voltou à tona através de Marco Aurélio Mendes de Farias Mello (A ética nas funções de Estado. *Fórum Administrativo*, ano 3, n. 28, p. 2363-2368, jun. 2003).

<sup>14</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. Processo administrativo e improbidade administrativa. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Lei de Improbidade Administrativa reformada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 574.

Não é à toa que Celso Antônio Bandeira de Mello é incisivo, definindo como de colorido administrativo “o descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção cuja imposição é *decidida por uma autoridade no exercício de função administrativa* – ainda que não necessariamente *aplicada* nesta esfera”.<sup>15</sup>

Nesse diapasão, Fábio Medina Osório,<sup>16</sup> à premissa de que a natureza jurídica da sanção acompanha o regime da correspondente infração, defende que a improbidade, por resultando de uma conexão de conteúdos e matérias inerentes à atividade administrativa, encontra-se sob o alcance e domínio do direito administrativo sancionador

O que interessa notar é que a definição principal de um instituto – da qual resulta o seu regime jurídico – é decorrente de um colorido substancial que não se confunde – nem pode se confundir –, com a respectiva disciplina processual.

Além do mais, a classificação entre jurisdição civil e penal não fornece, por si própria, um critério seguro. É que a dualidade da distinção opõe, para fins de delimitação de qual a jurisdição competente, os fatos que ensejam a aplicação do direito penal àqueles dos demais ramos jurídicos. Assim, controvérsia que não se encaixa no âmbito dos crimes ou contravenções, será necessariamente resolvida pela jurisdição civil, independente da norma de direito material aplicável.

É a explicação de Cintra, Grinover e Dinamarco,<sup>17</sup> para quem em todo processo as atividades jurisdicionais têm por objeto uma pretensão que varia de conformidade com a natureza do direito material discutido, resultando daí demandas penais, civis, comerciais, administrativas, tributárias, trabalhistas, dentre outras.

Daí que concluem os autores:

Com base nisso, é comum dividir-se o exercício da jurisdição entre os juízes de determinado país, dando a uns a competência para apreciar as pretensões de natureza penal e a outros as demais. Fala-se assim em jurisdição penal (causas penais, pretensões punitivas) e jurisdição civil (por exclusão, causas e pretensões não penais). A expressão

<sup>15</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 808.

<sup>16</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. Natureza da ação de improbidade administrativa. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral*. Rio de Janeiro, Edição Especial: Administração Pública, risco e segurança jurídica, p. 457 e 459, p. 2014.

<sup>17</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 177.

jurisdição civil, aí, é empregada em sendo bastante amplo, abrangendo toda a jurisdição não penal.<sup>18</sup>

Vê-se, portanto, que tal distinção, como predominante entre nós, em nada implica a delimitação do direito material aplicável ao caso concreto. Para a afirmação do critério, extremadamente simplista, contribuiu a circunstância do direito pátrio não possuir, ao contrário dos sistemas jurídicos europeus, uma jurisdição administrativa, seja nos moldes do contencioso administrativo (sistema francês) ou de uma organização judiciária específica para o julgamento dos litígios entre os administrados e a Administração Pública. Se assim fosse, seria indiscutível a competência desse segmento especial de justiça para o julgamento das ações de improbidade administrativa.

A previsão de ressarcimento como consequência não é capaz de respaldar a conclusão de que a improbidade administrativa é de ser compreendida como ilícito civil. E isso não somente porque a responsabilização por tais atos compreende, na sua grande maioria, outras sanções que não podem ser enquadradas como decorrentes da aplicação de figuras típicas do direito civil.

O dever de ressarcir – só por si – não induz, necessariamente, que se está diante de matéria de conteúdo predominante civil. Basta dizer que, a partir da Lei nº 11.719/2008, a sentença, no âmbito da jurisdição criminal, fixará o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração e nem por isso há uma transmutação da natureza jurídica do fato jurídico apurado.

Há outras situações semelhantes, tais como a possibilidade de apuração da responsabilidade civil pela Administração no que concerne a danos imputáveis a servidores (art. 122, Lei nº 8.112/90),<sup>19</sup> praticados durante o exercício da função, bem assim o art. 16, III, c, da Lei nº 8.443/92, relativo ao julgamento de contas como irregulares pelo Tribunal de Contas da União.

Em todas essas hipóteses, a possibilidade de imposição do dever de ressarcir, só ou conjuntamente com outras consequências, não altera a essência da relação jurídica da qual emanou o ato ilícito, qual seja a jurídico-administrativa.

<sup>18</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 177.

<sup>19</sup> É de se recordar Raimundo Nonato Fernandes quando abordou a possibilidade, bem como os seus limites, da apuração de dano em desfavor de servidor pela própria Administração, traçando o então estado da arte do problema em vários outros ordenamentos (FERNANDES, Raimundo Nonato. Apuração de dano direto em inquérito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 138, pp. 44-59, outubro-dezembro de 1979).

Porventura reconhecendo esse fenômeno expansivo quanto ao ressarcimento, é que a Lei nº 14.230/2021 tratou de enfatizar a sua disciplina numa forma específica frente às demais sanções. Por isso, a redação atual do pórdico do art. 12, *caput*, da LIA, procura legar uma autonomia para o ressarcimento diante das demais consequências que contempla,<sup>20</sup> extremando, assim, a sua natureza jurídica, o que se reflete seja na imprescritibilidade da correspondente pretensão, bem assim na circunstância de que os valores ressarcíveis pertencem à pessoa jurídica prejudicada (art. 18, *caput*, da LIA).

Esse caráter autônomo que envolve o ressarcimento, verificável muito além da improbidade administrativa, somente reforça a natureza jurídico-administrativa do instituto da improbidade. Ademais, o emprego do adjetivo que a esta qualifica não foi – e nem poderia – ter sido em vão.<sup>21</sup>

### 3 A retroatividade benéfica e o seu alcance

Outro argumento que respaldou a orientação seguida pelo STF foi o de que a CRFB (art. 5º, XL), ao consagrar o princípio da retroatividade benéfica, circunscreveu-a à “lei penal”, também se expõe – e muito – a críticas.

Além de não ser possível esquecer que o método literal, ponto de partida de qualquer interpretação, nem sempre será o ponto de chegada, em se tratando de direitos fundamentais de liberdade é indiscutível que são providos de uma notável força expansiva.

Isso remonta ao início do constitucionalismo quando os constituintes de Filadélfia se abstiveram de enunciar na Constituição de 1787 um rol de direitos fundamentais, sob o receio de que, em assim fazendo, poderiam levar à equivocada compreensão de que seu o elenco (no caso, direitos de liberdade) seria taxativo.

<sup>20</sup> Converte nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça, quando do debate do RESP 1899407 (Primeira Seção, unânime, rel. Min. Assusete Magalhães, *DJU* de 13-10-2021), formulou tese para o Tema 1089, nos termos seguintes: “Na ação civil pública por ato de improbidade administrativa é possível o prosseguimento da demanda para pleitear o ressarcimento do dano ao erário, ainda que sejam declaradas prescritas as demais sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92”.

<sup>21</sup> Não se olvide que, a despeito de minoritário, o reconhecimento da improbidade administrativa como pertencente ao gênero direito administrativo sancionador, ou que haure na sua disciplina dos princípios deste, juntamente com as consequências que derivam de tal premissa, foi acentuada pelos votos dos Ministros André Mendonça (p. 98-99 e 103), Nunes Marques (p. 144 e 147), Dias Tofolli (p. 208), Ricardo Lewandowski (p. 322) e Gilmar Mendes (p. 331 e 347). Ironicamente, se considerados individualmente os fundamentos dos votos, abstraindo-se o resultado do julgamento, é de se concluir que o entendimento favorável à improbidade administrativa como integrante do direito administrativo sancionador granjeou mais admiradores do que os defensores de sua natureza civil.

Daí que, ao aprovarem as primeiras emendas em 1791, enunciando direitos fundamentais, terem os norte-americanos inserido na Emenda IX uma cláusula sobre o caráter enunciativo daqueles.<sup>22</sup>

O Brasil vem adotando o modelo desde a sua primeira Constituição republicana,<sup>23</sup> com a singularidade da CRFB, no seu art. 5º, §2º, ter se reportado, pela vez primeira, aos direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, indo além daqueles que resultem do regime e dos princípios que adota.

O caráter essencialmente dinâmico e aberto dos direitos fundamentais assim impõe.<sup>24</sup> Há, assim, que se reconhecer em favor daqueles, especialmente quando atuam em defesa da liberdade, sempre possibilidade de novos desenvolvimentos e que se reflete numa eficácia ampliada quanto aos seus temas e dimensões.

No que concerne ao direito punitivo, a possibilidade de uma ampliação do conteúdo dos direitos fundamentais para além do campo criminal usufrui de aceitação pela doutrina, inclusive estrangeira.

Canotilho e Vital Moreira,<sup>25</sup> ao comentarem o artigo 29º da Constituição da República Portuguesa (CRP),<sup>26</sup> relativo à aplicabilidade da lei criminal, expõem

<sup>22</sup> EMENDA IX – A enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo. Versão para o português disponível em: [www.uel.br](http://www.uel.br).

<sup>23</sup> Assim, o art. 78 da Constituição de 1891, cujo paradigma foi mantido pela Constituição de 1934 (art. 114), pela Lei Constitucional de 1937 (art. 123, primeira parte), pela Constituição de 1946 (art. 144) e pela Constituição de 1967-69 (art. 153, §36). É de se recordar, ao instante da adoção do critério, as palavras de Barbalho: “Tendo a Constituição mencionado taes e quaes direitos e garantias como pertencentes aos indivíduos, aos cidadãos, ao povo, poder-se-ia concluir que outros direitos e garantias não lhe são reconhecidos, visto não se acharem expressos no texto constitucional (Inclusio unius exclusio alterius). Para afastar essa falsa conclusão, a Constituição declara que a enumeração n’ella feita quanto a direitos e garantias não deve ser tida como supressiva de outros não mencionados, os quaes ficam subsistentes, uma vez que sejam decorrentes da forma de governo que ella estabelece e dos princípios que consagra” (*Constituição Federal Brasileira, 1891*: comentada. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002, p. 344). Optou-se, quando da transcrição, pela ortografia da época.

<sup>24</sup> Interessante – e, por isso, recomendável – a leitura de Peter Häberle (HÄBERLE Peter. Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº 01, ano 1, p. 165, fevereiro-outubro de 1993).

<sup>25</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Tomo I, p. 498.

<sup>26</sup> “Artigo 29.º Aplicação da lei criminal 1. Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a ação ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior. 2. O disposto no número anterior não impede a punição, nos limites da lei interna, por ação ou omissão que no momento da sua prática seja considerada criminosa segundo os princípios gerais de direito internacional comumente reconhecidos. 3. Não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior. 4. Ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respetivos pressupostos, aplicando-se retroativamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido. 5. Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime. 6. Os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos.” Disponível em: [www.parlamento.pt](http://www.parlamento.pt).

que, a despeito de a epígrafe e o teor textual se reportarem aos crimes ou delitos, há de “entender-se que esses princípios devem, na parte pertinente, valer por analogia para os demais domínios sancionatórios”, dentre os quais a legalidade, a não retroatividade, a retroatividade da lei mais favorável, a necessidade e proporcionalidade das sanções.

Ainda no direito lusitano, o qual, nesse particular, coincide literalmente com o pátrio, Jorge Miranda e Rui Medeiros explicitam que, a despeito da CRP se referir apenas à lei criminal, “deve considerar-se que parte destes princípios (nomeadamente, o da proibição da aplicação retroativa desfavorável) se aplicam também aos outros dois ramos do chamado *direito público sancionatório*: o direito de mera ordenação social e o direito disciplinar”.<sup>27</sup>

No mesmo sentido, percebe-se que a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto à compreensão do artigo 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>28</sup> – o qual, ao consagrar os princípios da legalidade e retroatividade, emprega no seu texto vocábulos como “condenado”, “delito” e “delinquente” –, não hesitou em reconhecer – conforme frisam Thomas Antkowiak e G. Patrícia Uribe Granados<sup>29</sup> – a sua aplicação à competência estatal punitiva em sua inteireza, isto é, para a matéria administrativa sancionatória e disciplinar, tal qual que para as sanções penais.

Daí que não se pode excluir a retroatividade para melhor da esfera da improbidade administrativa, precisamente porque as sanções que contemplam resultam da manifestação do direito de punir do Estado, implicando restrições ao exercício da cidadania. Isso sucede, indistintamente, tanto no domínio do direito criminal quanto no da competência sancionatória por improbidade.<sup>30</sup>

A solução, com esse lastro argumentativo, além de subverter a interpretação assente no que concerne à teoria dos direitos fundamentais, especialmente quanto

<sup>27</sup> MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. Tomo I, p. 331.

<sup>28</sup> “ARTIGO 9º Princípio da Legalidade e da Retroatividade. Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado.” Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).

<sup>29</sup> In: GRANADOS, G. Patrícia Uribe (Coord). Artigo 9. Princípio da legalidade e da retroatividade. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Comentário. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 321. A nota de rodapé 26, que se evidencia digna de leitura, enumera vários precedentes, com notas concisas que permitem visualização que a razão de decidir foi a inclusão das sanções administrativas e disciplinares no conjunto do *jus puniendi* estatal.

<sup>30</sup> Ver, nesse particular, Clóvis Beznos (BEZNOS, Clóvis. A retroatividade *in bonam partem* da Lei 14.230/2021. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). *Lei de improbidade administrativa reformada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 770-771).

aos de liberdade, aberra da lógica, à medida que aceita a retroatividade de normas criminais, repressoras de ofensas de maior gravidade, não permitindo o mesmo quanto a regras que dispõem sobre infrações administrativas, que tutelam violação menos graves.

De mais a mais, o art. 5º, XL, da CRFB, pelo só fato de consagrar direito fundamental de liberdade, não é – e nem pode ser – norma restritiva, razão pela qual descabe falar-se que não comporta interpretação ampliativa.<sup>31</sup>

Recordando Carlos Maximiliano,<sup>32</sup> a proibição de se estender disposições excepcionais, cujas raízes recuam a Roma, nominava-se como direito exorbitante, anormal ou anômalo, ou seja, preceitos estabelecidos contra a razão de direito, e daí a limitação de seu alcance, por serem um mal, embora necessário.

Prosseguindo, diz o autor que as disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares numa contrariedade ao direito comum, razão por que não são extensíveis para além dos casos e tempos que designam expressamente.

Já no que concerne à liberdade, diz Carlos Maximiliano, incidindo numa obviedade que ulula, o seguinte: “Interpretam-se estritamente as disposições que limitam a *liberdade*, tomada esta palavra em qualquer das suas acepções: liberdade de locomoção, trabalho, trânsito, profissão, indústria, comércio, etc.”.<sup>33</sup>

## 4 A incidência dos princípios do direito penal

Constou também como fundamento a assertiva de que, mesmo se aceitando a aplicação dos princípios de direito penal ao direito administrativo sancionador, é de se notar que tal não sucede de uma maneira ilimitada e sempre, porém com condicionamentos.

De fato, não se mostra mais possível o desconhecimento de que há uma unidade do poder punitivo estatal e, por isso, tem-se, necessariamente, que se

<sup>31</sup> Interessante a percepção de Cristiana Fortini e Caio Mário Lana Cavalcanti (FORTINI, Cristiana; CAVALCANTI, Caio Mário Lana. Da retroatividade benigna da Lei nº 14230/21 enquanto uma decorrência das diretrizes do direito administrativo sancionador. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). *Lei de improbidade administrativa reformada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022) quando, diante da expressão literal do art. 5º, XL, da CRFB, sustentam que, mediante uma interpretação adequada, sobressaiu o entendimento de que a retroatividade benéfica não é exclusiva do direito penal, mas, da mesma forma, condiz com o direito administrativo sancionador, pois “ambos são mecanismos estatais de coercibilidade que se encontram insertos em um mesmo ramo mais abrangente, qual seja o gênero Direito Punitivo” (*ibid.*, p. 791).

<sup>32</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 225.

<sup>33</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 231.

afirmar a existência de princípios comuns às suas manifestações nos diversos ramos jurídicos.<sup>34</sup>

Tomando em consideração a ordem social e democrática advinda com a Constituição espanhola de 1978, Prieto Sanchis<sup>35</sup> acentua que, qualquer que seja a opção legislativa, não se afigura mais correto desconsiderar que o essencial é que todo o direito de punir do Estado se inspire em idênticos princípios de liberdade e segurança, especialmente naqueles constantes dos artigos 24 e 25 do diploma constitucional.

Isso porque, no sentir do autor, um só ordenamento punitivo, submetido ao direito com a mesma intensidade em todas as suas partes, faz com que a liberdade e a segurança dos cidadãos se encontre igualmente garantida diante dos juízes e da Administração.

Já Rebollo Puig<sup>36</sup> sustém que a competência sancionadora da Administração se rege por regras próprias, mas também por semelhantes, ou, às vezes, idênticas, às do direito penal. Assim o é – enfatiza o autor – não por puro voluntarismo do legislador, porém porque certos direitos e garantias fundamentais têm que se respeitar em um e noutro dos âmbitos punitivos, sem que possam evaporar-se pela circunstância de se confiar a reprimenda à Administração ou aos juízes.

É certo – e não se discute – que essa aplicação sucede com princípios e algumas regras legais de caráter geral. Também é correto que essa transposição dos princípios e regramentos gerais do direito penal há que se fazer não de forma absoluta, integral, mas, ao invés, com certas particularidades.<sup>37</sup>

Contudo, é de se avisar, tal como sustenta Prieto Sanchis,<sup>38</sup> que tais matizes ou traços característicos não que preservar os valores essenciais que se encontram consagrados nos direitos fundamentais de conteúdo criminal.

Há, sem dúvida, situações nas quais os princípios do direito penal, por razões objetivas, não podem ser trasladados à esfera das sanções administrativas de

<sup>34</sup> A Lei nº 14.230/2021 deu um passo significativo nessa direção, acrescentando ao art. 1º da LIA um §4º, proclamando: “Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador”. Mas o que são os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador? São justamente direitos fundamentais, originalmente de conteúdo penal, que têm reconhecida a sua incidência à aplicação de sanções administrativas, inclusive representativos de garantias processuais”.

<sup>35</sup> SANCHIS, Prieto. La jurisprudência constitucional y el problema de las sanciones en el Estado de Derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 2, nº 4, p. 103, janeiro/abril de 1982.

<sup>36</sup> PUIG, Manuel Rebollo. El derecho administrativo sancionador. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 265.

<sup>37</sup> Consoante García de Enterría (ENTERRÍA, García de. *Curso de derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Civitas, 1996. Vol. II, p. 174), alguma dessas adaptações, tal como assinalado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, rendem um certo tributo à forte tradição do sistema sancionatório administrativo, outras justificam-se em dados estruturais objetivos e outras, enfim, parecem dificilmente justificáveis.

<sup>38</sup> SANCHIS, Prieto. La jurisprudência constitucional y el problema de las sanciones en el Estado de Derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 2, nº 4, p. 111, janeiro/abril de 1982.

forma absoluta. Por exemplo, a culpabilidade há que sofrer certas acomodações, seja considerando-se que, ao contrário do direito penal, o direito administrativo sancionador se volta, na maioria das vezes, à punição de pessoas jurídicas, seja quanto à sua comprovação em casos de infrações omissivas. O mesmo ocorre quanto à transmissibilidade das infrações administrativas além da pessoa do infrator.<sup>39</sup>

O importante é saber se o princípio do direito penal, ao ser aplicado em sua pureza, frustra, por si só, o escopo da sanção administrativa. No caso, não é o que acontece com a retroatividade das disposições legais que alteram as tipificações, pois aqui o conteúdo comum – e harmonizável com os valores do Estado Democrático de Direito – é indistinto tanto aos crimes, infrações em geral mais gravosas, quanto às infrações administrativas. O núcleo essencial da retroatividade benéfica não há como ser bipartido pelo só fato de se tratarem de delitos ou infrações ao regime jurídico-administrativo.

No que concerne ao direito fundamental à retroatividade da lei mais benéfica (art. 5º, XL, CRFB), não há argumento lógico que justifique o tratamento diferenciado entre as esferas criminal e sancionadora administrativa, máxime quando, no que diz respeito à primeira, cujo comportamento infracional é mais ofensivo socialmente, impõe-se a retroação.<sup>40</sup>

## 5 Os aspectos da Lei nº 14.230/2021 apreciados pelo Tema 1199 – STF

Ao enfrentar a questão da retroatividade, formulando tese jurídica a ser aplicada pelos demais juízos e tribunais, o STF voltou a sua atenção para dois pontos da reforma da LIA.

<sup>39</sup> É que as pessoas jurídicas, frequentemente, têm alteradas a sua estrutura jurídica, bem como os seus sócios e dirigentes podem, conforme o caso, criar outro ente moral para se evadir dos efeitos das sanções infligidas. Aqui a menor intensidade da transposição do conteúdo da personalização da pena (art. 5º, XLV, CRFB) para o direito administrativo sancionar se justifica na preservação da eficácia das correspondentes sanções. Não por outra razão o legislador vem atribuindo competência à Administração para a desconsideração da personalidade jurídica, sendo exemplo a Lei nº 14.133/2021 (art. 160) e a Lei nº 12.529/2011 (art. 34). Semelhante acontece com a culpabilidade, pois o direito administrativo sancionador, diferentemente do direito penal, tem como infratores assíduos pessoas jurídicas, as quais não possuem manifestação volitiva própria.

<sup>40</sup> De frisar Ricardo Duarte Júnior e Eduardo Sousa Dantas (DUARTE JÚNIOR, Ricardo; DANTAS, Eduardo Sousa (Perspectivas do constitucionalismo administrativo e a análise do julgamento do ARE 843.989 pelo STF: a (ir)retroatividade das inovações na lei de improbidade. In: CARVALHO, Leonardo Henrique de Cavalcante; CLEMENTINO, Marco Bruno de Miranda; BEZERRA NETO, Bianor Arruda; LINS, Robson Maia (Coord.). *O futuro do direito administrativo: estudos em homenagem ao Prof. Edilson Nobre*. São Paulo: Noeses, 2023), ao aceitarem a presença de “um núcleo duro de princípios e limitações constitucionais ao exercício do direito sancionatório que se aplica tanto ao direito penal quanto às sanções por improbidade administrativa” (*ibid.*, p. 437).

O primeiro deles foi quanto à exclusão no teor original do art. 10 da LIA da expressão “culposa”, qualificando a ação ou omissão capaz de ensejar prejuízo em desfavor do erário, o que já consistia forte questionamento da doutrina,<sup>41</sup> tendo em vista a improbidade revelar-se como uma ofensa qualificada à moralidade administrativa, inconciliável com a negligência ou a imprudência. Daí que propriamente não foi uma inovação de monta ou, ao menos, inesperada.

Nesse particular, vê-se que o STF examinou a questão da retroatividade incidente sobre norma que altera o próprio tipo do ato ímprobo no que concerne ao seu elemento subjetivo.

Ao assim fazer, incidiu numa contradição em termos, pois, a despeito de timbrar em enunciar a irretroatividade da disposição do art. 10, *caput*, da LIA, com a redação da Lei nº 14.230/2021, não excluiu, antes admitindo, a sua aplicação aos fatos cujos processos de apuração ainda não tiveram a prolação de sentença irreversível.

A premissa firmada pelo STF, independente do acerto de sua motivação, implica ofensa à isonomia no que concerne à aplicação da lei.

Explico.

Suponha-se que em detrimento de dois agentes públicos, inclusive ou não integrantes de uma mesma equipe de governo, sejam imputadas as práticas de atos de improbidade com base em culpa, ocorridas no mesmo dia, quando vigentes a redação do art. 10, *caput*, da LIA. No entanto, em face do trâmite autônomo dos processos, em um deles se verifica o trânsito em julgado de condenação antes da vigência da Lei nº 14.230/2021, enquanto que, no outro, ainda pende de julgamento recurso de apelação.

<sup>41</sup> A incompatibilidade entre a improbidade e a culpa em sentido estrito foi, dentre outros, realçada por Aristides Junqueira Alvarenga (ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro. In: BUENO, Cássio Scarpinela; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001), Benedicto Pereira Porto Neto e Pedro Paulo Rezende Porto Filho (PORTO NETO, Benedicto Pereira; PORTO FILHO, Pedro Paulo Rezende. Violação do dever de licitar e a improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinela; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001) e Pedro da Silva Dinamarco (DINAMARCO, Pedro da Silva. Requisitos para a procedência das ações por improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinela; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001), enquanto que, cerrando fileiras em favor da liberdade de conformação do legislador, José Jairo Gomes (GOMES, José Jairo. Apontamentos sobre a improbidade administrativa. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e; SILVA FILHO, Nívio de Freitas; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). *Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 268.) e George Sarmento (SARMENTO, George. *Improbidade administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 92). Numa linha intermédia, Juarez Freitas (FREITAS, Juarez. Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. *Revista de Informação Legislativa*, n. 129, ano 33, p. 59, janeiro/março de 1996), o qual, numa invocação aos conhecidos graus da culpa, admitia a forma culposa, contanto que na sua modalidade grave.

Tem-se, assim, um inegável tratamento não isonômico quanto ao critério balizador da retroatividade benéfica, uma vez desvinculado da natureza da infração praticada e submetido ao aleatório curso dos processos judiciais.

Escorreito ou não o divisor de águas, é certo cogitar-se, à sua partida, ser possível a retroatividade quanto às demais alterações legislativas que repercutam nos demais tipos da LIA, desde que relacionados a processos que, ao instante da vigência da Lei nº 14.230/2021, ainda não tenham o seu desfecho desfavorável ao réu.

O outro ponto examinado no precedente disse respeito à sistemática de prescrição, integralmente reformulada pela Lei nº 14.230/2021. O ponto sensível recaiu nos §§4º, 5º e 8º, do art. 23 da LIA, que, enunciando causas interruptivas, previram a renovação pela metade do prazo, agora único e de oito anos, e que, após o seu transcurso, seria possível o reconhecimento da perda da pretensão, sob a modalidade dita intercorrente.

Abstraído o questionamento sobre a natureza jurídica da improbidade administrativa, a alegação de que a irretroatividade se impunha por motivos de segurança jurídica se revela inadequada, pois, especialmente na seara punitiva, a salvaguarda daquela é a base alicerçadora do instituto da prescrição. Os processos dos quais possam resultar sanções aplicadas pelo Estado em detrimento dos cidadãos não podem ser delongados demasiadamente.

A inércia do Estado não é afastada unicamente pela instauração do processo judicial, sendo capaz – e muito – de revelar-se durante o seu desenvolvimento.

De mais a maior, é de se destacar a observação, de cunho eminentemente prático, consignada pelo voto do Min. Gilmar Mendes (p. 353), esclarecendo que a alteração do prazo prescricional geral não se mostrou significativamente mais benéfica ao cidadão. Em muitas situações, o prazo de cinco anos, conforme o seu termo inicial, poderá se menos gravoso e, portanto, faz cair por terra a defesa da irretroatividade sob o pálio da segurança jurídica.<sup>42</sup>

No que concerne à prescrição intercorrente, é de se observar, a despeito da existência de posicionamento contrário, no sentido da sua natureza material, por sua previsão conjunta nas normas gerais que disciplinam o instituto (art. 202,

<sup>42</sup> Refutando o argumento, antes mesmo do desenlace do ARE 843.989, acentuou Edilson Pereira Nobre Júnior: “A prescrição é instituto imanente ao direito sancionador, de natureza substantiva, o qual é alicerçado pelo princípio da segurança jurídica, que serve de fundamento ao direito estabelecido pela CRFB. Não visa impedir que a via judicial seja ativada com vistas a apurar a responsabilidade do agente público, mas apenas exige que tal ocorra em prazo razoável, de sorte a evitar que aquele fique à mercê da vontade persecutória por tempo e prazo indefinidos. O prazo de oito anos, ainda que contado à data do fato, não se mostra demasiado exíguo na atualidade, assinalada pelo desenvolvimento tecnológico. De notar também que a redação anterior não se balizava, com precisão, pela teoria da *actio nata*, mais adequada à teoria das prestações vinculadas ao cumprimento de prestações, campo do direito obrigacional

parágrafo único, Código Civil),<sup>43</sup> o entendimento favorável à sua consideração como integrante dos domínios do processo, a usufruir de aceitação ponderável aceitação doutrinária, tal qual exposto nos votos do Min. Gilmar Mendes e do Min. Luiz Fux e que, por isso, apresenta-se dotado de razoabilidade.

A justificativa vem reforçada pela tendência legislativa que, gradualmente, procura inserir a prescrição no plano da legislação processual, conforme se pode verificar da nova redação do art. 40 da Lei nº 6.830/80, que delineia o processo de execução fiscal a partir das modificações introduzidas pela Lei nº 11.051/2004, bem assim pelo Código de Processo Civil vigente (art. 921, §§1º a 5º).

Ademais, não se pode desconhecer que se trata de fenômeno que, necessariamente, emerge no curso do processo, após a interrupção do prazo prescricional pelo despacho que ordenar a citação do réu, tanto que o legislador a denomina de “prescrição no curso do processo” (art. 921, §4º, CPC).

Não se evidenciando desprovido de plausibilidade o entendimento em torno do caráter processual da prescrição dita intercorrente, a consequência, no plano intertemporal, é a aplicabilidade imediata, para frente.

## 6 Síntese conclusiva

À guisa de remate, e com o mais elevado respeito, extrai-se que a motivação determinante do precedente (ARE 843989) se manteve desvinculada da evolução que, nos quadrantes do Estado democrático de Direito, vem sendo alvo o direito administrativo sancionador.

---

privado. Com o devido respeito, é inadequada a alegação de que a retroatividade benigna ofenda à boa-fé objetiva, pois o estabelecimento de norma prescricional em sede do direito sancionador não representa uma postura de deslealdade do legislador, salvo se este atuar de forma não razoável e desproporcional, o que não se tem com o vigente art. 23, *caput*, da LIA. Por sua vez, a retroatividade se impõe como afirmação de um direito estatal de punir sintonizado com os direitos e garantias fundamentais exigidas por um Estado democrático de Direito, cuja extensão ao direito administrativo sancionador é irrecusável, ressalvadas as características próprias deste. Aqui não se verifica circunstância peculiar para o afastamento da retroatividade, principalmente quando se está perante um instituto justificado pela segurança jurídica” (NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Improbidade administrativa e prescrição – Apontamentos sobre a reforma legislativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, p. 177-200, abr./jun. 2022. p. 196. DOI: 10.21056/aec.v22i88.1640).

<sup>43</sup> Assim, mais uma vez Edilson Pereira Nobre Júnior (NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Improbidade administrativa e prescrição – Apontamentos sobre a reforma legislativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, p. 177-200, abr./jun. 2022. p. 186 e 189. DOI: 10.21056/aec.v22i88.1640), o qual, embora reconhecendo a origem da prescrição intercorrente com base na regra geral do art. 202, parágrafo único, do Código Civil vigente (art. 173 da codificação de 1916), afirma mais se aproximar o modelo instituído pela Lei nº 14.230/2021 do direito administrativo sancionador do que o direito civil.

E não somente, pois é possível extrair uma tendência ao enfraquecimento da eficácia dos direitos fundamentais de liberdade, sopesados em face da necessidade de preponderância do resguardo à moralidade administrativa. Restou ainda invertida a razão de ser do critério interpretativo tradicional das normas ditas excepcionais, a qual não é aplicável às normas atributivas de direitos fundamentais, mas, diferentemente, às que implicam restrições ou sacrifícios de direitos.

Por sua vez, a recomendação de que a aplicação dos princípios do direito penal ao direito administrativo sancionador não é absoluta, não esconde, para que se possa afastar a incidência daqueles, a existência de uma razão objetiva para tanto, uma vez inegável a presença de um núcleo comum de princípios limitadores da competência sancionatória do Estado, inexistindo, quanto à retroatividade benéfica, razão para um tratamento diverso.

Sob outro ângulo, a tese aprovada se apresenta contraditória em seu próprio teor. Isso porque, muito embora principie por enfatizar “a irretroatividade” da regra que alterou elemento típico (no caso, a exclusão da culpa em sentido estrito como elementar), admite a sua aplicação aos fatos perpetrados anteriormente à inovação legislativa, criando, no particular *discrímen* a forma, capaz de comprometer a igualdade na aplicação da lei.

Quanto à modificação do prazo de prescrição em geral, o argumento da segurança jurídica – que é a base para o reconhecimento do instituto, não se revela adequado para o rechaço da irretroatividade, sem esquecer que dita alteração necessariamente não constitui benefício para o administrado, o que vai depender do caso concreto.

Já quanto à invocação da natureza processual da prescrição sob a modalidade intercorrente, a respaldar a aplicação imediata da mudança legal, tem-se raciocínio que usufrui de plausibilidade e que se mostra possível para respaldar o entendimento que se consolidou, a despeito de compreensões em sentido contrário.

## Referências

ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro. *In*: BUENO, Cássio Scarpinela; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Dever de probidade e o administrador público. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite; COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e; SILVA FILHO, Nívio de Freitas; ANJOS

- FILHO, Robério Nunes dos (Org.). *Improbidade Administrativa – 10 anos da Lei 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira, 1891*: comentada. Brasília: Senado Federal, Ed. fac-similar 2002.
- BEZOS, Clóvis. A retroatividade *in bonam partem* da Lei 14.230/2021. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). *Lei de improbidade administrativa reformada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.
- CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1999. Tomo II.
- CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales: Madri, 1984.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Tomo I.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- DINAMARCO, Pedro da Silva. Requisitos para a procedência das ações por improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinela; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- DUARTE JÚNIOR, Ricardo; DANTAS, Eduardo Sousa. Perspectivas do constitucionalismo administrativo e a análise do julgamento do ARE 843.989 pelo STF: a (ir)retroatividade das inovações na lei de improbidade. In: CARVALHO, Leonardo Henrique de Cavalcante; CLEMENTINO, Marco Bruno de Miranda; BEZERRA NETO, Bianor Arruda; LINS, Robson Maia (Coord.). *O futuro do direito administrativo: estudos em homenagem ao Prof. Edilson Nobre*. São Paulo: Noeses, 2023.
- FERNANDES, Raimundo Nonato. Apuração de dano direto em inquérito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 138, outubro-dezembro de 1979.
- FERNANDES, Raimundo Nonato. Apuração de dano direto em inquérito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 138, outubro-dezembro de 1979.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *Curso de derecho administrativo*. 4. ed. Madri: Civitas, 1996. Vol. II.
- FORTINI, Cristiana; CAVALCANTI, Caio Mário Lana. Da retroatividade benigna da Lei nº 14230/21 enquanto uma decorrência das diretrizes do direito administrativo sancionador. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). *Lei de improbidade administrativa reformada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. Processo administrativo e improbidade administrativa. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). *Lei de improbidade administrativa reformada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

FREITAS, Juarez. Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. *Revista de Informação Legislativa*, n. 129, ano 33, p. 59, janeiro/março de 1996.

GOMES, José Jairo. Apontamentos sobre a improbidade administrativa. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e; SILVA FILHO, Nívio de Freitas; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). *Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HÄBERLE, Peter. Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº 01, ano 1, fevereiro-outubro de 1993.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. A ética nas funções de Estado. *Fórum Administrativo*, ano 3, n. 28, junho de 2003.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. Tomo I.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Improbidade administrativa e prescrição – apontamentos sobre a reforma legislativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, p. 177-200, abr./jun. 2022. DOI: 10.21056/aec.v22i88.1640.

OSÓRIO, Fábio Medina. Natureza da ação de improbidade administrativa. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral*. Rio de Janeiro, Edição Especial: Administração Pública, risco e segurança jurídica.

PORTO NETO, Benedicto Pereira; PORTO FILHO, Pedro Paulo Rezende. Violação do dever de licitar e a improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinela; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

PUIG, Manuel Rebollo. El derecho administrativo sancionador. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANCHIS, Luis Prieto. La jurisprudência constitucional y el problema de las sanciones en el Estado de Derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 2, nº 4, janeiro/abril de 1982.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SARMENTO, George Sarmento. *Improbidade administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002.

VIRGA, Pietro. *Diritto Amministrativo – I principi*. 4. ed. Milão: Giuffrè Editore, 1995.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade administrativa e retroatividade benéfica: anotações críticas sobre o ARE 843.989. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 24, n. 96, p. 147-164, abr./jun. 2024. DOI: 10.21056/aec.v24i96.1916.

---