

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, PESQUISA E DESENVOLVIMENTO
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO

TICIANE CARVALHO ANDRADE

**A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E AS MUDANÇAS
IMPLEMENTADAS PELA LEI Nº 14.230: UMA ANÁLISE À LUZ DO
DIREITO FUNDAMENTAL À PROIBIDADE ADMINISTRATIVA E DO
PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA**

São Paulo/SP

2022

TICIANE CARVALHO ANDRADE

**A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E AS MUDANÇAS
IMPLEMENTADAS PELA LEI Nº 14.230: UMA ANÁLISE À LUZ DO
DIREITO FUNDAMENTAL À PROIBIDADE ADMINISTRATIVA E DO
PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA**

Qualificação de Dissertação de Mestrado,
desenvolvida sob a orientação da professora
Denise Neves Abade apresentado para
obtenção de Aprovação em Exame de
Qualificação.

São Paulo/SP

2022

TICIANE CARVALHO ANDRADE

**A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E AS ALTERAÇÕES
IMPLEMENTADAS PELA LEI Nº 14.230: UMA ANÁLISE À LUZ DO
DIREITO FUNDAMENTAL À PROIBIDADE ADMINISTRATIVA E DO
PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA**

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em
Direito, como requisito para obtenção do título
de Mestre em Direito

Data da Defesa: 26/10/2022

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orientador
Denise Neves Abade

Prof. Avaliador 1
Juliana Rodrigues Freitas

Prof. Avaliador 2
João Paulo Lordelo Guimarães Tavares

RESUMO

De forma genérica, este trabalho estuda as principais alterações na Lei de Improbidade Administrativa promovidas pela Lei nº 14.230/2021. Nos primeiros capítulos, esse estudo analisa essas alterações sob a ótica do direito fundamental à probidade administrativa. A partir dessa abordagem principiológica, o objetivo principal do estudo é responder sobre a retroatividade do parágrafo primeiro do artigo 17-C da LIA, incluído pela Lei 14.230/2021, que implementou o dolo específico como elemento normativo de qualquer ato de improbidade administrativa. O estudo utiliza a pesquisa bibliográfica, mediante a análise de estudos científicos produzidos por autores nacionais e estrangeiros. No primeiro capítulo, parte-se de uma análise genérica a respeito de dois tratados internacionais assinados pelo Brasil (A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e a Convenção Interamericana contra a Corrupção), por meio dos quais o país assumiu o compromisso de combater a corrupção na administração pública. Apesar desses compromissos, que fortaleceram o caráter fundamental do direito à probidade e o dever de uma atuação positiva do Estado para garantir a proteção desse direito, as recentes alterações promovidas na LIA flexibilizaram o sistema de combate à improbidade administrativa. Essa flexibilização decorre, principalmente, do aumento do ônus probatório para que se configure ato de improbidade administrativa ao impor o dolo específico como regra geral, bem como da retirada da cláusula aberta do artigo 11 da LIA, artigo este cujo rol atual é taxativo. Por isso, esse estudo explora a relação entre a Lei 14.230/2021 e o princípio da vedação à proteção deficiente, bem como entre essa Lei e o princípio da vedação ao retrocesso. Não obstante reconheça que a *novel* legislação violou o dever estatal de combater a improbidade na administração pública, essa pesquisa, a partir da análise da jurisprudência nacional e das premissas doutrinárias que norteiam o Direito Administrativo Sancionador defende a retroatividade das alterações benéficas na LIA, o que se justifica em virtude do princípio constitucional da isonomia entre os cidadãos submetidos a uma mesma situação jurídica.

Palavras-chave: retroatividade da lei mais benéfica; lei de improbidade administrativa; direitos fundamentais.

ABSTRACT

Generally speaking, this work studies the main changes in the Law of Administrative Improbability promoted by Law n° 14.230/2021. In the first chapters, this study analyzes the changes promoted in the Law of Administrative Improbability from the perspective of the fundamental right to administrative probity. From this principled approach, the main objective of the study is to respond to the retroactivity of the first paragraph of article 17-C of the LIA, included by Law 14.230/2021, which implemented specific intent as a normative element of any act of administrative improbity. The study uses bibliographical research, through the analysis of scientific studies produced by national and foreign authors. The first chapter starts with a generic analysis of two international treaties signed by Brazil (The United Nations Convention against Corruption and the Inter-American Convention against Corruption), through which the country assumed the commitment to combat corruption in public administration. Despite these commitments, which strengthened the fundamental character of the right to probity and the duty of a positive action by the State to guarantee the protection of this right, the latest changes published in the LIA made the system for combating administrative improbity more flexible. This flexibility stems mainly from the increase in the burden of proof to configure an act of administrative improbity by importing the specific intent as a general rule, as well as the removal of the open clause of article 11 of the LIA, an article whose current role is exhaustive. Therefore, this study explores the relationship between Law 14.230/2021 and the principle of prohibiting deficient protection, as well as between this Law and the principle of prohibiting retrogression. Despite recognizing that the new legislation violates the state duty to combat improbity in public administration, this research, based on the analysis of national jurisprudence and the doctrinal premises that guide administrative sanctioning law, defends the retroactivity of actions granted in the LIA, the which is justified by virtue of the constitutional principle of equality between citizens authorized to the same legal status.

Palavras-chave: retroactivity of the most beneficial; administrative improbity law; fundamental rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
Capítulo 1. Os tratados internacionais de combate à corrupção ratificados pelo Brasil e o reconhecimento do direito fundamental à probidade administrativa.....	15
1.1. A posição jurídica dos tratados internacionais no ordenamento jurídico: status de lei federal.....	15
1.2. Os compromissos internacionais de combate à corrupção assumidos pelo Brasil.....	17
1.2.1. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e a Convenção Interamericana contra a Corrupção.....	23
1.2.2. Resoluções aprovadas nas Conferências do Estados Partes da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.....	30
1.2.3. Resolução 1/18 sobre Direitos Humanos e Corrupção.....	25
1.3 O direito fundamental à probidade administrativa.....	38
1.4 O direito fundamental à probidade administrativa, a Lei nº 8.429 e as alterações promovidas pela Lei nº 14.230.....	45
2. A Lei nº 14.230: as alterações no sistema de combate à improbidade administrativa sob a ótica do direito fundamental à probidade administrativa.....	49
2.1. As principais mudanças implementadas pela nova Lei de Improbidade Administrativa.....	49
2.1.1. O dolo específico como requisito para tipificação de todos os atos de Improbidade Administrativa.....	52
2.1.2. O atual rol taxativo do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa.....	56
2.1.3. A flexibilização do sistema de combate à improbidade administrativa sob a ótica dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.....	58
2.2. As vertentes do princípio da proporcionalidade: o princípio da vedação à proteção deficiente.....	60
2.2.1. O princípio da vedação à proteção deficiente sob a perspectiva da nova Lei de Improbidade Administrativa.....	64
2.3. O princípio da vedação ao retrocesso sob a ótica da nova Lei de Improbidade Administrativa.....	67

3. Incidência do princípio da retroatividade da lei mais benéfica no âmbito do Direito Administrativo Sancionador: breve análise de decisões dos tribunais pátrios.....	74
3.1. O princípio da retroatividade da lei mais benéfica.....	75
3.2. Decisão do Supremo Tribunal Federal na RCL 41.557.....	75
3.3. Evolução jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.....	77
3.3.1. Recurso Especial nº 885.836/MG.....	77
3.3.2. Recurso Especial nº 1153083/MT.....	78
3.3.3. Recurso em Mandado de Segurança nº 37031/SP.....	80
3.3.4. Recurso em Mandado de Segurança nº 65.486/RO.....	81
3.4. As decisões de tribunais regionais federais e de tribunais estaduais.....	82
3.5. A convergência das decisões emanadas pelos tribunais pátrios: influência do garantismo no ordenamento jurídico brasileiro.....	85
4. A transposição dos princípios constitucionais penais ao conjunto de metanormas do Direito Administrativos Sancionador e a retroatividade do parágrafo 1º, artigo 17-C, da Lei nº 14.230/2021.....	89
4.1. Os princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador: aplicabilidade ao sistema de improbidade administrativa e o artigo 17-D.....	90
4.2. A relação entre o Direito Administrativo Sancionador e do Direito Penal: tese de unidade do <i>ius puniendi</i> estatal.....	92
4.3 A incidência do princípio da retroatividade da norma mais benéfica no campo do Direito Administrativo Sancionador (DAS).....	101
4.4. A retroatividade da nova Lei de Improbidade Administrativa e o tema 1.199 do Supremo Tribunal Federal.....	105
4.5. O dolo específico como elemento normativo: retroatividade do parágrafo 1º-, artigo 17-C, da Lei nº 14.230/2021.....	113
CONCLUSÃO.....	120
REFERÊNCIAS.....	124

INTRODUÇÃO

A aplicabilidade do princípio da retroatividade da lei mais benéfica, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, tem sido cada vez mais discutida pela doutrina especializada e tribunais pátrios. Esse princípio é natural do Direito Penal e está constitucionalmente assegurado no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal.

Não existe controvérsia quanto à aplicação desse princípio em matéria penal. No entanto, tal afirmação já não é verdade quando se está diante do Direito Administrativo Sancionador, campo do direito que, embora recente, possui identidade própria e autonomia científica.

A inexistência de consenso doutrinário a respeito da aplicabilidade do princípio da retroatividade da lei mais benéfica na esfera do Direito Administrativo Sancionador decorre de alguns fatores.

Entre tais fatores, destaca-se a dificuldade de se definirem as fontes formais e materiais desse ramo jurídico.¹ Não há, no ordenamento jurídico pátrio, um código específico que define as regras gerais do Direito Administrativo, como existe, por exemplo, o Código Civil e o Código Penal. Soma-se a esse fator a percepção de que são poucas as doutrinas especializadas que abordam, com relativa profundidade, o sistema jurídico regulador das normas administrativas sancionatórias.

Essa conjuntura jurídica se torna ainda mais complexa porque são múltiplas – e heterogêneas - as situações submetidas ao campo do Direito Administrativo Sancionador. Essa área jurídica engloba a punição correspondente a situações cotidianas, a exemplo dos rotineiros ilícitos praticados na circulação de veículos automotores, assim como também abarca a sistemática condenatória pela prática de atos que configuram, por exemplo, a improbidade administrativa e ilícitos de sonegação fiscal.

Como regra, a irregularidade decorrente da circulação irregular de veículo provoca, ao cidadão infrator, a imposição da pena de multa. A pena decorrente da prática de atos ímprobos pode corresponder à restrição de garantias constitucionalmente asseguradas, a exemplo da penalidade de suspensão dos direitos políticos². São inúmeras as relações reguladas pelo Direito Administrativo Sancionador.

¹ A busca das fontes do Direito Administrativo Sancionador pátrio não é um problema simples ou facilmente solucionável mediante o apelo a uma genérica e singela referência ao “unitário poder punitivo estatal. OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 3 Ed., São Paulo: Ed. RT, 2022. Livro eletrônico, paginação irregular.

² O grau punitivo das sanções administrativas pode, por evidente, variar, conforme a gravidade do ilícito. De igual modo, há sanções civis extremamente graves do ponto de vista econômico. Veja-se que há sanções

Nesse cenário, em que as fontes do Direito Administrativo Sancionador não são precisamente definidas, associado às amplas diferentes situações reguladas por essa esfera do direito, o reconhecimento (ou não) do princípio da retroatividade da lei mais benéfica como preceito que integra o conjunto de metanormas do Direito Administrativo Sancionador se torna uma tarefa complexa e que demanda um estudo multifacetado.

Diante desse cenário jurídico, o objeto geral desse estudo é analisar se o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, de origem constitucional e próprio do Direito Penal, deve ser transportado para o campo do Direito Administrativo Sancionador.

Esse princípio é reconhecido nos ordenamentos jurídicos internacionais, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. No dispositivo 11.2, estipula-se que ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constitua delito perante o direito nacional ou internacional.

A justificativa jurídica-social do princípio da retroatividade da lei mais benéfica, enquanto exceção à regra geral da irretroatividade, decorre da compreensão de que, se a sociedade, em momento posterior, atenua a valoração ético social de determinado fato, não há razão para que tal conduta continue sendo objeto de persecução pelo direito punitivo. Esse princípio se fundamenta em razões de ordem humanitária, de liberdade, justiça e de equidade.³

De forma mais específica, o segundo objetivo desse trabalho é abordar a incidência (ou não) do princípio da retroatividade da lei mais benéfica às situações jurídicas abrangidas pela Lei Geral de Improbidade Administrativa, recentemente alterada por uma nova legislação mais benéfica.

Para justificar o porquê da existência dessa controvérsia, é primeiramente preciso apontar que o direito civil e o direito processual cível são regidos pelo brocardo jurídico “*tempus regit actum*”. De acordo com essa máxima, lastreada no princípio da segurança jurídica, os fatos jurídicos devem ser regulados pela legislação que esteja vigente ao tempo da ocorrência.

administrativas que atingem (ou podem atingir) direitos fundamentais da pessoa humana, ao passo que há outras que se circunscrevem a áreas menos protegidas pela ordem constitucional, ou seja, mais expostas à ação dos Poderes Públicos. Também há sanções civis que atingem direitos fundamentais, v.g., como a liberdade de pactuar o conteúdo dos contratos. A imposição de uma multa administrativa não possui a mesma gravidade, o mesmo status de uma sanção que restringe direitos políticos ou que determina perda de funções públicas. OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 3 Ed., São Paulo: Ed. RT, 2022. Livro eletrônico, paginação irregular.

³ PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal** – Vol. 1 – Ed. 2017. Revista dos Tribunais. Livro eletrônico, paginação irregular.

Alicerçada nessa compreensão, uma possível resposta a esse estudo é que, se a ação de improbidade administrativa tem natureza jurídica cível, é racional concluir não ser possível que uma nova lei, ainda que mais benéfica, retroaja para regular situação ocorrida antes da sua vigência, posicionamento em harmonia com o princípio da segurança jurídica.

Por outro lado, existe outro raciocínio também plausível. A grande parte da doutrina especializada adota o posicionamento de que o direito material, objeto da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), está incluso no ramo jurídico do Direito Administrativo Sancionador. Essa compreensão se fundamenta no fato de que a ação de improbidade administrativa, assim como o processamento desta ação, tem caráter repressivo/punitivo, ainda que não ostente natureza penal. Com base nessas premissas, argumenta-se que, por simetria, às ações de improbidade se aplicam os princípios tradicionais do Direito Penal.

Nota-se que as ações de improbidade administrativa são dotadas de um aspecto peculiar. No âmbito processual, é uma ação de natureza cível, regida pelo Código de Processo Civil (CPC). Por sua vez, o direito material nela discutido tem semelhança com as normas de direito penal, porque, assim como neste ramo, é também uma manifestação do Poder Punitivo Estatal. Desse modo, a controvérsia quanto à aplicabilidade do princípio da retroatividade da norma mais benéfica decorre das particularidades que permeiam a Lei de Improbidade Administrativa.

Diante desse cenário, a relevância contemporânea da pesquisa decorre da promulgação, no dia 25 de outubro de 2021, da Lei nº 14.230/2021. Essa legislação promoveu profundas alterações na redação original da Lei de Improbidade Administrativa.

A primeira Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429), sancionada no ano de 1992, foi o instrumento jurídico que conferiu eficácia plena ao parágrafo 4º do artigo 37 da Carta Maior brasileira. O objetivo social da Lei foi salvaguardar o direito constitucional à administração pública eficiente e eficaz. Há tempos, a probidade é considerada um direito fundamental implícito extraído da Constituição Federal Brasileira e dos tratados internacionais assinados pelo Brasil.

A Lei de Improbidade Administrativa se materializou como uma alternativa jurídica de natureza cível, e não penal, de buscar punir os agentes ímprobos que tenham agido em desconformidade com os princípios da administração pública ou que, por meio

das suas condutas, tenham ocasionado dano ao erário público ou gerado enriquecimento ilícito para si ou terceiros.

Não obstante a relevância desse diploma normativo, a Lei de Improbidade foi objeto de severas críticas nos últimos anos. Algumas das críticas estão relacionadas à inserção de dispositivos que prenunciam conceitos jurídicos amplos e indeterminados. O Direito brasileiro admite a utilização de cláusulas abertas para descrever abstratamente as condutas proibidas, técnica utilizada para garantir que a norma jurídica seja capaz de se adequar ao dinamismo da sociedade. Entretanto, as cláusulas abertas facilitaram a existência de uma diversidade de interpretações jurídicas conflitantes pelos aplicadores das leis (juízes e tribunais).

A apreciação negativa da Lei de Improbidade Administrativa também se relaciona a problemas relacionado à efetividade prática dessa legislação, constada por meio de alguns estudos empíricos. Como exemplo, menciona-se a pesquisa feita por juristas brasileiros que analisou o trâmite das ações de improbidade administrativa em uma Comarca do Rio Grande do Norte. O objeto delimitado foram as ações de improbidade administrativa ajuizadas entre 2010 e 2014 pela 3ª Promotoria de Justiça de Caicó/RN. Ao final, o estudo detectou que o sistema de condenação por ato de improbidade não possui eficácia relevante. Os pesquisadores apontaram que o número de condenações foi ínfimo em relações às ações ajuizadas.⁴

Uma outra pesquisa empírica de caráter nacional, elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), também identificou problemas de eficiência no trâmite das ações de improbidade administrativa. Nesse estudo, constatou-se que, embora as ações de improbidade demandassem um longo período de tramitação, raras foram as demandas que lograram êxito em promover o ressarcimento dos danos ocasionados ao erário público.⁵

Diante das constantes críticas jurídicas e sociais à Lei de Improbidade Administrativa (LIA), no dia 25 de outubro de 2021, o Presidente da República sancionou

⁴ TEIXEIRA, WINSTON DE ARAÚJO; FARIA, NIEGE MEDEIROS DE. As Implicações e Consequências Jurídicas da Lei de Improbidade Administrativa: Análise da Atuação da 3 Promotoria de Justiça do MPRN na Comarca de Caicó/RN no Período de 2010 a 2014. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**, v. 2, p. 299-320, 2016.

⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade**. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assegra de Almeida... [et al.]. – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 85.

a Lei nº 14.230/2021, diploma este que inseriu profundas mudanças na redação original da LIA.

As alterações promovidas na Lei nº 8.429/1992 provocaram a flexibilização do sistema de condenação por atos de improbidade administrativa. Diante dessa flexibilização, esse estudo, no primeiro e segundo capítulo, defende que a Lei nº 14.230/2021, ao tornar menos rígido o sistema de combate à improbidade administrativa, desprotegeu o direito à probidade administrativa, considerado hoje como de caráter fundamental, bem como violou o princípio da vedação à proteção deficiente e o princípio da vedação ao retrocesso.

Entre diversas mudanças, as principais alterações consistem na introdução de dispositivos que modificam a compreensão quanto ao elemento volitivo que tipifica o ato de improbidade administrativa. Com base nos novos dispositivos, só configura ato de improbidade administrativa se presente a figura do dolo específico.

Segundo o §2º do novo artigo 1º da LIA, considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos artigos 9º, 10 e 11 desta Lei, com expressa menção de que a voluntariedade do agente não é suficiente. Em seguida, o §3º estipula que o mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

As alterações promovidas pela nova Lei referente ao elemento volitivo caracterizador da improbidade administrativa são reforçadas e consolidadas com a introdução do artigo 17-C, §1º, segundo o qual “A ilegalidade sem a presença de dolo que a qualifique não configura ato de improbidade”.

Além de analisar a possibilidade (ou não) de que a norma administrativa sancionatória mais benéfica seja dotada de ultra-atividade para alcançar os atos praticados antes da sua vigência, este trabalho tem como objetivo específico analisar a possibilidade da aplicação de retroatividade do artigo 17-C, §1º, da Lei nº 14.230/2021, a fim de alcançar os atos praticados antes da sua vigência.

Para tanto, essa pesquisa perpassa a análise das fontes jurídicas do direito administrativo sancionador, das decisões judiciais dos tribunais superiores e dos tribunais de segundo grau acerca da temática da retroatividade da norma mais benéfica, além da revisão da doutrina sobre o tema, mediante pesquisa bibliográfica que incluiu livros, artigos jurídicos e publicações nacionais e estrangeiras.

No primeiro capítulo, o estudo aborda os pactos internacionais de combate à corrupção, com destaque para a posição jurídica dos tratados assinados e promulgados pelo Brasil. Em seguida, analisa-se os principais propósitos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e a Convenção Interamericana contra a Corrupção, tratados que integram o ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, explora-se o direito à probidade administrativa, que alcança hoje o patamar de direito fundamental, bem como a relação entre o direito fundamental a uma boa administração e as alterações promovidas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) pela Lei nº 14.230/2021.

No segundo capítulo, o estudo explora as principais alterações implementadas na Lei de Improbidade Administrativa pela Lei nº 14.230/2021, que consistem na inserção do dolo específico como elemento normativo de qualquer ato de improbidade administrativa e na extinção do rol exemplificativo do artigo 11 da legislação, dispositivo este que, a partir Lei nº 14.230/2021, passou a prever um rol taxativo de condutas.

Demonstra-se que as alterações refletiriam na flexibilização do sistema de combate à improbidade administrativa. Essa flexibilização é analisada sob a ótica dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, do princípio da vedação à proteção deficiente e do princípio da vedação ao retrocesso.

O terceiro capítulo avalia o teor das decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos tribunais estaduais e regionais federais, quanto ao tema da aplicabilidade do princípio da retroatividade da lei mais benéfica quando se está diante de normas abrangidas pelo Direito Administrativo Sancionador. A partir dessa análise, constata-se a influência do garantismo no ordenamento jurídico brasileiro e nas decisões emanadas pelos tribunais pátrios.

O quarto capítulo se propõe a responder aos objetivos desse estudo. Primeiramente, explora-se o entendimento doutrinário dominante que defende a aplicação dos princípios penais ao regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador, posicionamento que subsiste a partir da tese da unidade do *ius puniendi* estatal. Em seguida, analisa-se a incidência específica do princípio da retroatividade da lei mais benéfica no campo do Direito Administrativo Sancionador.

Esse capítulo aborda a retroatividade benéfica da legislação que alterou a Lei de Improbidade Administrativa, por ser este um diploma integrante do Direito Administrativo Sancionador. Por fim, analisa-se o tema 1.199 do STF e, em específico, a retroatividade do parágrafo 1º, artigo 17-C, incluído pela Lei nº 14.230/2021, que inseriu o dolo específico como elemento normativo do ato de improbidade administrativa.

Na conclusão, esse estudo demonstra que a Lei nº 14.230/2021 flexibilizou o regime de combate à improbidade administrativa e, como consequência, contrariou os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, através dos quais o país assumiu o dever de fortalecer as medidas legislativas de combate à corrupção na administração pública. Entretanto, ainda que o estudo não concorde com as alterações promovidas na Lei de Improbidade Administrativa, por estarem elas em plena vigência e aplicabilidade, defende a retroatividade das alterações benéficas incluída pela Lei nº 14.230/2021, em atenção ao princípio da isonomia entre os cidadãos submetidos a uma mesma situação jurídica.

O método de abordagem utilizado é o indutivo-dedutivo, que é uma combinação entre o método indutivo e o dedutivo. O estudo utiliza o método indutivo ao partir de premissas específicas para, a partir delas, alcançar novas proposições gerais. O método dedutivo é usado ao se apoiar em premissas gerais acerca de determinados assuntos, premissas estas que permitiram alcançar conclusões específicas.

1. Os tratados internacionais de combate à corrupção ratificados pelo Brasil e o reconhecimento do direito fundamental à probidade administrativa

Neste primeiro capítulo, serão analisados os pactos internacionais que abordam a temática do combate à corrupção na administração pública. Em específico, analisar-se-á alguns dos tratados assinados, ratificados e promulgados pelo Brasil, que integram o ordenamento jurídico, equiparados à lei federal e, por isso, dotados de força normativa.

Esse capítulo também aborda o direito à probidade administrativa, segundo o qual todo o cidadão tem o direito de ser governado por uma administração proba e eficiente. Atualmente, a esse direito é concebido o status de norma fundamental implícita, ainda que não esteja expressamente mencionado no capítulo da Constituição que elenca os direitos fundamentais.

1.1 A posição jurídica dos tratados internacionais no ordenamento jurídico: status de lei federal

No cenário globalizado, é cada vez mais comum a associação de países que estabelecem, de maneira conjunta e consensual, objetivos em comum a serem perseguidos por todos os pactuantes. O acordo cooperativo escrito entre os países – pessoas jurídicas de direito internacional – se materializa por meios dos tratados internacionais.⁶ De acordo com Mazzuoli⁷, os tratados são “o meio que têm os Estados e as organizações intergovernamentais de, a um só tempo, acomodar seus interesses contrastantes e cooperar entre si para a satisfação de suas necessidades comuns.”

Além da compreensão doutrinária, a Convenção de Viena também apresenta um conceito para o tratado: “significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”⁸.

O ordenamento jurídico nacional permite que a República Federativa do Brasil manifeste adesão a tratados internacionais. Ao regulamentar o tema, a Constituição

⁶ tratados internacionais são acordos firmados por Pessoas Jurídicas de Direito internacional, que se obrigam, mediante documento escrito, a calcar o seu modo de agir por determinadas normas internacionais. MATTOS, José Dalmo Fairbanks Belfort de. **Manual de direito internacional público**, p. 43.

⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, **Curso de direito internacional público**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016. Livro eletrônico, paginação irregular.

⁸ BRASIL. CASA CIVIL. **Convenção de Viena**. [S.l.], 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm

Federal estipula que é atribuição da União manter relações com Estados estrangeiros (artigo 84, inciso VIII). Portanto, ao Presidente da República compete a atribuição de representar o Brasil no plano político externo e, como consequência, de se manifestar sobre eventuais adesões a tratados internacionais.

Para que os pactos internacionais sejam inseridos no ordenamento jurídico interno, não basta a manifestação positiva exteriorizada pelo Chefe de Estado. Os tratados internacionais devem ultrapassar um processo formal relativamente rigoroso, regulamentado pela Constituição Federal.

O início desse processo depende do interesse do Presidente da República em aderir ao tratado internacional. Cabe a ele a negociação, conclusão e assinatura do tratado. Posteriormente, após a celebração do tratado, este acordo é submetido à apreciação do Congresso Nacional. A aprovação pelo Congresso é concretizada por meio do decreto legislativo. Após isso, o Presidente da República promulga o texto legal mediante decreto presidencial.

Ou seja, a aprovação dos tratados no Brasil obedece a um procedimento solene e complexo (depende da manifestação positiva de dois poderes: o Poder Executivo e o Legislativo). Após o transcurso dessa fase procedimental, o tratado internacional adentra no ordenamento jurídico brasileiro como norma infraconstitucional. Há um consenso - na doutrina e na jurisprudência - de que existe paridade de tratamento entre o tratado internacional e a legislação ordinária federal.

Diante da compreensão de que os tratados internacionais assumem posição equivalente às leis federais, torna-se evidente a importância desses acordos no ordenamento jurídico brasileiro, à vista de que são dotados de força normativa. Os tratados internacionais também são dotados de obrigatoriedade no plano jurídico externo. A maioria da doutrina justifica a obrigatoriedade dos tratados internacionais no princípio *pacta sunt servanda*, segundo o qual as partes têm o dever de cumprir e respeitar aquilo que foi acordado no plano internacional.⁹

O princípio do *pacta sunt servanda* é expressamente estipulado na Convenção de Viena, acordo internacional que regulamenta as regras para assinatura de tratados entre

⁹Não é a vontade como tal, quer a de um Estado, quer a comum de todos ou de vários Estados, que faz nascer o direito internacional; a força obrigatória deste decorre da regra objetiva *pacta sunt servanda* que impõe aos Estados o respeito da palavra dada. Alfred von Verdross. *Le fondement du droit international*, in *Recueil des Cours*, vol. 16 (1927-1), p. 288. In: V. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. Livro eletrônico, paginação irregular.

países. O artigo 26 dessa Convenção dispõe: "Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé".

Os tratados internacionais são assim considerados independente da denominação. Além do nome "tratado", as celebrações internacionais podem ser materializadas por outras nomenclaturas, como: Convenção, Acordo, Pacto, Protocolo, Declaração ou Carta.¹⁰

O Brasil já assinou diversos tratados internacionais. Nesse estudo, serão analisadas duas convenções específicas. A nomenclatura convenção é utilizada quando o tratado internacional representa a vontade unânime das partes que o integram. As convenções são, portanto, normas de Direito Internacional Público que simbolizam a vontade uniforme dos celebrantes.

1.2. Os compromissos internacionais de combate à corrupção assumidos pelo Brasil

Ordinariamente, as convenções internacionais são celebradas quando algum tema é dotado de relevância suficiente para que os estados partes se comprometam a adotar medidas práticas internas e externas conduzidas a garantir a efetividade do conteúdo objeto do acordo.¹¹

Na era atual, são frequentes as notícias que alarmam a sociedade mundial sobre grandes escândalos de corrupção na administração pública. Não obstante a corrupção pública tenha ganhado maior evidência da mídia e da sociedade apenas nas últimas décadas, trata-se de um fenômeno endêmico que sempre esteve presente na sociedade. Folloni e Garcia asseveram: "a corrupção é um fenômeno antigo, atingindo indiscriminadamente épocas e sistemas políticos"¹².

A maior sensibilidade atual da sociedade frente aos comportamentos corruptivos decorre de alterações circunstanciais, políticas e históricas¹³. Desse modo, domo reflexo

¹⁰ A expressão tratado é uma expressão-gênero, que alberga dentro de si diferentes nomenclaturas. Assim, na prática convencional geral pode-se identificar um sem número de denominações que recebem os tratados, dependendo do assunto por eles versado, de sua finalidade, da qualidade das partes, do número de contratantes etc. A doutrina, por sua vez, vem se esforçando para delinear os contornos de cada um desses tipos de instrumentos, levando em conta a denominação que recebem. Alguns deles, como já dito, não são tecnicamente tratados (como os gentlemen's agreements e outros que veremos adiante. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10ª edição. São Paulo: RT, 2016. Livro eletrônico, paginação irregular.

¹¹ *Ibidem*. Livro eletrônico, paginação irregular.

¹²FOLLONI, André; GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. Globalização e Corrupção em uma Sociedade Complexa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 162/2019. p. 219 – 256. Dez / 2019. P. 3.

¹³RAMINA, Larissa. O Tratamento jurídico internacional da corrupção: A Convenção Interamericana Contra a Corrupção da OEA e a Convenção sobre o Combate da Corrupção e Funcionários Públicos

da menor tolerância da sociedade à corrupção, bem como em virtude da aproximação entre os países (fenômeno da globalização), essa temática se tornou alvo de discussões internacionais com maior frequência nas últimas décadas.

Pesquisadores estrangeiros qualificam a corrupção como um dos maiores empecilhos ao desenvolvimento social dos países. Tehmina Abba, especialista na temática dos riscos de corrupção no setor de defesa e segurança, compreende que a responsabilização dos atos de corrupção é um dos caminhos para que se consiga recuperar a confiança dos cidadãos nas instituições públicas.¹⁴

Ngozi Udombana associa a crise social e econômica da Nigéria à negligência dos padrões éticos e profissionais da administração pública e à ausência de responsabilização dos agentes públicos pelos atos ou omissões ilícitas cometidos em face da administração.¹⁵

Ao abordar a corrupção no país africano Zimbábue, Emma Chitsove relaciona o fenômeno da corrupção com a pobreza generalizada nesse país. De acordo com Chitsove, a corrupção prejudica o desenvolvimento social desse país africano ao distorcer a tomada de decisões sobre gastos públicos, gerar o desperdício de recursos em projetos que não beneficiam a população, além de afastar potenciais investidores que podem considerar alto o custo de fazer negócios nesse país.¹⁶

A Índia também enfrenta graves problemas decorrentes da institucionalização da corrupção. Esse fenômeno está presente desde o sistema burocrático indiano até as

Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais Da O.C.D.E. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Paraná, v. 39, p.201, 2003..

¹⁴ While defense corruption is notoriously difficult to overcome, accountability and integrity are pre-conditions for recovering the confidence and trust of citizens in public institutions, in addition to provision of defense and security at an affordable cost and with acceptable risk". ABBA, Tehmina. **Unveiling the 'Shadow World': Civil society engagement and Public Control of the Defense Sector**. In: A New Generation of Public Control. Editado por Eduardo Bohórquez and Nora Etxaniz. Iniciativa da organização não governamental da transparência mexicana, primeira edição, abril de 2021. 2014..

¹⁵ The crisis of governance over the years in Nigeria has been associated with the neglect of ethical and professional standards in virtually every aspect of our national life and the failure to hold relevant officers accountable for their actions or inactions. This failure is largely attributable to the entrenched culture of corruption which pervades virtually every facet of life in the country. The adverse effect of this on the nation can hardly be quantified. One such effect is the unavailability of funds for basic infrastructure which has consequences for the quality of life of the people. UDOMBANA, Ngozi J. **Strengthening the legal framework on public service accountability in Nigeria**. Vol. 8, 2019, pag. 1.

¹⁶ Corruption is a widespread social problem and a contributor to poverty and inequality.1 Its effects on the society have been well - documented, particularly its impacts on development of the society. Corruption distorts decision making on public spending.2 Scarce funds and resources may be wasted on unnecessary projects which do not serve the needs of the society. It can also distract potential investors who may find the cost of doing business high, and this has a direct effect on the economic development and growth of a nation. CHITSOVE, Emma. **Legal Aspects of Combatting Corruption in Zimbabwe**, 26 U. Botswana L.J. 41 (2018). Heironline.

situações comuns do cotidiano.¹⁷ Essa conjuntura, associada aos poucos instrumentos normativos anticorrupção, é responsável por limitar o desenvolvimento econômico e estrutural de uma das maiores economias mundiais.¹⁸

Não é muito diferente a situação da corrupção na União Europeia (UE), ainda que seja um continente consideravelmente mais desenvolvido que o africano e o asiático. Segundo a jornalista Sara Dillon, ainda que essa união de países tenha sido formada a partir dos valores jurídicos legais e do sistema de freios e contrapesos, os países desse sistema europeu também sucumbiram à disseminação simultânea da corrupção financeira.¹⁹

¹⁷ Um dos avanços da luta contra a corrupção está sendo o uso de tecnologias de vigilância eletrônica, que permitiu aos indianos acessar os serviços do governo sem passar por intermediários e burocratas suscetíveis a suborno. Não obstante severas medidas anticorrupção, a corrupção e o subornos seguem prosperando na Índia, a ponto de o governo ser obrigado a empregar fenolftaleína como forma de marcar o dinheiro usado, principalmente para suborno, contaminando as notas, que quando submetidas a água revela cores que denunciam seu mau uso por agentes do governo. São medidas que provam ser a corrupção, a burocracia e o suborno crimes amplamente generalizados na Índia moderna. Presentes principalmente nos setores serviços públicos e abrangendo desde o judiciário até o aparato policial, são crimes combatidos pela Lei de Prevenção da Corrupção, quando se trata do serviço público, e pela Lei das Empresas, para o setor privado. Contudo, os baixos níveis de fiscalização, de monitoramento, da violência contra denunciantes e da falta de acesso a informações pela imprensa, tornam essas leis pouco eficazes. Quando se vê pessoas respeitáveis praticando tais crimes na Índia, isso impõe o convívio permanente com ilícitudes que passam a ser vistas como naturais, muitas vezes um caminho rápido para conseguir coisas certas através de meios ilícitos, como o suborno. Todavia, iniciativas espontâneas da sociedade civil indiana, como o site www.ipaidabribe.com (criado em 2011), que recebe denúncias de corrupção e avalia a honestidade de agentes do governo, tem demonstrada que o governo já não é mais o único protagonista no combate e na limitação à prática da corrupção e suborno na Índia. MATEUS, Sérgio; SILVA, Carlos. **A Índia e a corrupção: da independência aos dias atuais**. Bol. Mus. Int. de Roraima ISSN 2317-5206, V. 14(1): 62-69, 2021, p. 68.

¹⁸ India's growth as a democratic country may be more difficult to manage than China's, which can force conformity when the ruling power deems it necessary (e.g., the one child policy). Nevertheless, India is poised to develop dramatically and, in the next twenty-five years, lift an historic number of people out of extreme poverty and into the middle class. This is contingent, however, upon the country's ability to implement necessary changes in the legal infrastructure and mobilize capital to develop the physical infrastructure. Transparency of the regulatory process and business environment will aid in business creation. What is needed in India is the recasting of legislation to criminalize bribery of foreign public officials as the OECD Convention would require. India needs to ratify the U.N. Convention against Corruption. Further, India needs to strengthen its national commitment to creating a transparent business climate that abhors the payment of bribes domestically as well. Foreign companies going to India need to appreciate the legal risk they face if they bribe within India's borders. EARLE, Beverley; CAVA, Anita. **Are Anti-Corruption Efforts Paying Off - International and National Measures in the Asia-Pacific Region and Their Impact on India and Multinational Corporations**. University of Hawai'i Law Review, vol. 31, no. 1, Winter 2008, p. 59-86, p. 81/82.

¹⁹ The EU can be said to be the purest embodiment of Enlightenment legal values: based on law, developed through law, and elaborate in its checks and balances. One of the most shocking developments of recent years is that at least parts of the EU have apparently succumbed to the simultaneous spread of financial corruption and neo-fascism.¹³³ Within the EU itself, Hungary, Poland, Malta, and Cyprus have to some extent "gone rogue" regarding the values upon which the EU was built. DILLON, Sara A. **Global Corruption: International Law's Counterrevolution**, 45 N.C. J. INT'L L. 111 (2020).

Embora a União Europeia tenha celebrado Convenção²⁰ específica direcionada ao combate à corrupção, em vigor desde 28 de setembro de 2005, esse pacto não foi capaz de combater de forma eficiente a corrupção nesse sistema continental, e, por isso, até os dias atuais, a corrupção continua sendo considerada como responsável por impedir o crescimento econômico dos países europeus, ameaçar a democracia, violar os princípios da boa administração, equidade e justiça, além enfraquecer o estado de direito e minar a legitimidade das instituições desse continente.²¹

A corrupção é um obstáculo também enfrentado pelos Estados Unidos da América. A professora Khadija Lalani reforça que a corrupção na administração pública continua sendo uma ameaça ao funcionamento e legitimidade das instituições estadunidenses²² e defende a necessidade da responsabilização adequada dos agentes que cometem atos de corrupção.²³

Ao analisar os impactos sociais do fenômeno da corrupção na sociedade estadunidense, há como destaque os prejuízos governamentais e ambientais, a desigualdade social, a instabilidade política, além dos incontáveis custos econômicos e

²⁰ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:I33027>

²¹ He corruption phenomenon has a negative impact both regarding the accession of a state to European Union and the sustainability of full integration in its structures, especially in case of states which do not manage to implement efficient anti-corruption strategies and which do not align their domestic legislation with the community legislation. The corruption remains a major problem, not only in the developing countries, but it is a problem which prevents economic growth, weakens the state of law and undermines the legitimacy of institutions. NEDELICU, Dragos-Andrei. **The Impact of Corruption in Europe**. Law Annals from Titu Maiorescu University, 2020, 2020, pp. 175-182. HeinOnline.

²² Public corruption is not a new phenomenon in American politics, but it remains one that poses a fundamental threat to our institutions and way of life.' Widespread corruption degrades public office and can erode public faith in institution. LALANI, Khadija. **McConnell v. United States: Legalized Corruption and the Need for Statutory Reform**. Northwestern University Law Review Online, 113, 2018-2019, pp. 29-51. HeinOnline.

²³ In tension with the criminalization critique is an interest that places a higher premium on accountability. Proponents of prioritizing public accountability emphasize that, while the criminalization critique carries considerable force, virtually all exchanges in our system of transactional politics will be immunized from liability unless courts draw common law lines delineating rigorous ethical duties owed by public officials. In other words, in a world where the fear of criminalizing politics prevails over public accountability, the "everybody does it" defense⁸³ can always cleanse a corrupt arrangement. Problematically, this defense rests on the notion that any corrupt exchange can become a routine political exchange if enough people do it enough times. LALANI, Khadija. **McConnell v. United States: Legalized Corruption and the Need for Statutory Reform**. Northwestern University Law Review Online, 113, 2018-2019, pp. 29-51. HeinOnline.

sociais diretos e indiretos para a população.²⁴ De acordo com Skipper²⁵, ainda que os Estados Unidos tenham liderado muitos dos esforços globais de combate à corrupção, as falhas estruturais do ordenamento anticorrupção dos EUA estão se tornando mais aparentes à medida que escândalos internacionais e investigadores nacionais expõem o papel dos Estados Unidos na corrupção transnacional.

No México, país latino-americano, o problema da corrupção é também um entrave ao desenvolvimento do país. É um problema considerado como enraizado na cultura da sociedade mexicana, presente em quase todas as instituições.²⁶

Portanto, a importância das convenções de caráter global destinadas ao combate à corrupção decorre da compreensão de que este fenômeno não tem um limite social ou cultural para que seja constatado. Os comuns casos de corrupção em países desenvolvidos demonstram que esse fenômeno não se limita aos países pobres e emergentes, ainda em

²⁴ In the modern era, major international corruption scandals grace news networks with alarming frequency, often exposing corrupt actors from the highest levels of government and describing criminal schemes of a staggering scale.' Corruption has become a scourge, one with enormous impacts on government functions, social and environmental outcomes, inequality, and political instability. The annual cost of bribery alone was recently estimated to reach nearly \$2 trillion, or roughly two percent of the global gross domestic product ("GDP"), although the broader costs of all types of corruption likely far exceed that.³ This is not a victimless crime—corruption has incredibly real direct and indirect economic and social costs that impact millions daily. SKIPPER, Arianna Palma. **The Attorney's Facilitation of Transnational Corruption: Shortcomings of the United States Anti-Money Laundering Framework.** Georgetown Journal of Legal Ethics, vol. 33, no. 3, Summer 2020, p. 825-853, p. 826. HeinOnline.

²⁵ One such nation with weak anti-facilitation controls in its anti-corruption framework is the United States. Traditionally, the United States has been a global leader in the criminalization and prosecution of corruption and bribery of foreign public officials, helping spearhead the Organization for Economic Co-operation and Development's landmark international Anti-Bribery Convention and instituting the Foreign Corrupt Practices Act at home." However, the United States continues to lag behind other developed nations in instituting appropriate mitigation controls for behaviors such as money laundering. The World Bank and United Nations have shown that, in addition to being the most popular place for corrupt government officials to create anonymously owned companies, the United States also may be the easiest country in the world to create these companies. In one recent case, the son of the President of Equatorial Guinea, who was also a government minister, moved over \$110,000,000 into the United States with the help of two U.S. lawyers. These lawyers enabled the incorporation of anonymous shell companies in California, which were then used to obtain American bank accounts and luxury property. The weaknesses in the U.S. anti-concealment framework are becoming more apparent as international scandals and domestic investigators expose the United States' role in transnational corruption. SKIPPER, Arianna Palma. **The Attorney's Facilitation of Transnational Corruption: Shortcomings of the United States Anti-Money Laundering Framework.** Georgetown Journal of Legal Ethics, vol. 33, no. 3, Summer 2020, p. 825-853. HeinOnline.

²⁶ Scandals of corruption that involve high-level politicians, daily citizens' experience with bureaucratic corruption, and capture of police by organized crime have progressively darkened Mexico's corruption picture. In addition, mass media has spread the idea that corruption is an uncontrollable "cancer" endangering the nation.^{3 5} Society's bad perception about the topic reflects this darkened picture. Nowadays, corruption is one of the main concerns for Mexicans.^{3 6} It is recognized as a serious and frequent problem, which virtually occurs in almost all institutions. FONSECA, Roberto Carlos. **Mexico's National Anti-Corruption System: Reaching the Finish Line.** University of Miami Inter-American Law Review, vol. 50, no. 2, Spring 2019, pp. 84-121, p. 92/93. HeinOnline.

desenvolvimento.²⁷ A corrupção está presente em todos os países, independentemente da cultura ou dinâmica social, conforme apontado por Sumaiya Khair.²⁸

As recorrentes pesquisas internacionais sobre o tema incentivam o contínuo debate sobre a corrupção na administração pública. Um estudo elaborado no ano de 2013 pela UNODC (escritório das nações únicas sobre drogas e crime) em parceria com a PNUD identificou que a corrupção ainda é o maior obstáculo ao desenvolvimento econômico e social no mundo. Concluiu a pesquisa: “A cada ano, US\$1 trilhão são gastos em subornos, enquanto que cerca de US\$2,6 trilhões são desviados pela corrupção – uma soma equivalente a mais de 5% do PIB mundial”.²⁹

Outra pesquisa elaborada em 2014 pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) concluiu que a quantia de fundos desviados pela corrupção nos países em desenvolvimento é 10 vezes superior ao destinado à assistência oficial para o desenvolvimento.³⁰

Dados estatísticos mais recentes são oriundos de pesquisa elaborada pela entidade empresarial americana *Americas Society/Council of the Americas* (AS/COA) e pela consultora britânica *Control Risks*. O relatório conclusivo, elaborado por essas entidades, criou o Índice de Capacidade de Combate à Corrupção (CCC). Diferente da maioria dos índices, esse não tem como base a percepção da corrupção pela população. O CCC considera 14 (quatorze) variáveis, entre as quais se destacam a independência das instituições jurídicas, a força do jornalismo investigativo e o nível de recursos disponíveis

²⁷ Nor is bribery limited to only developing countries as illustrated by the recent Siemens scandal in Germany in 2007.2 At the same time, Tony Blair, then Prime Minister of Britain, terminated a probe of BAE Systems' alleged payments to the Saudi royal family on the basis of national security. EARLE, Beverley; CAVA, Anita. **Are Anti-Corruption Efforts Paying Off - International and National Measures in the Asia-Pacific Region and Their Impact on India and Multinational Corporations.** University of Hawai'i Law Review, vol. 31, no. 1, Winter 2008, p. 59-86, p. 60. HeinOnline.

²⁸ Corruption is a phenomenon that knows no social or cultural bounds and which occurs more or less in all societies and countries irrespective of their legal, socio-cultural, political and economic dynamics.2 Notwithstanding, corruption is believed to predominate in contexts where public officials enjoy unfettered discretion, where governmental activities lack accountability and transparency and where the private sector and civil society institutions are weak and ineffective. KHAIR, Sumaiya. **UNCAC and Civil Society Activism Against Corruption In Bangladesh.** Asian Yearbook of International Law, Volume 20 (2014), p. 115.

²⁹ PNUD; UNODC. **Corrupção e desenvolvimento.** 2013. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Campanha-2013/CORRUPCAO_E_DESENVOLVIMENTO.pdf. Acesso em: 17 set. 2022.

³⁰ UNODC. **A corrupção ataca todos, até mesmo os corruptos", diz Representante do UNODC em seminário internacional.** Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2014/03/20-a-corrupcao-ataca-todos-ate-mesmo-os-corruptos-diz-representante-do-unodc-em-seminario-internacional-contra-corrupcao.html>. Acesso em: 17 set. 2022.

para combater crimes de colarinho branco. O Brasil pontuou 5,07 e ocupa agora a 6ª posição na América Latina³¹.

O Banco Mundial também demonstra interesse em combater o fenômeno da corrupção. Essa instituição financeira adota fortes diretrizes de prevenção e combate à em projetos financiados com empréstimos do BIRD e Créditos e Doações da IDA. Ao enumerar quais as diretrizes adotadas, o Banco Mundial parte da premissa que a corrupção é responsável por debilitar a capacidade dos governos de reduzir a pobreza, atrair investimentos e garantir a boa governança.³²

Diante do aspecto global do problema da corrupção, entrave social que ainda é uma realidade em quase todos – se não todos - os países do mundo, já existem vários instrumentos jurídicos internacionais que consolidam o apoio entre os Estados nacionais no combate à corrupção.

Em 1999, a União Europeia criou o Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF), com sede em Bruxelas. Trata-se de um organismo que visa prevenir e combater a corrupção de forma independente.³³ Ainda na Europa, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia³⁴ teve como objetivo reforçar a proteção aos direitos fundamentais à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica. No artigo 41 dessa Carta, assegura-se, expressamente, o “direito a uma boa administração”³⁵.

Na região da Ásia em 2014, a APEC (Cooperação Econômica Ásia-Pacífico)³⁶ se comprometeu, perante a comunidade desses países, a combater a corrupção, oportunidade

³¹ **Brasil cai em ranking de combate à corrupção; relatório cita 'nomeações de Bolsonaro' e 'desmantelamento da Lava Jato'**. BBC News. jun. de 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-57481191>. Acesso em: 17 set. 2022

³² A fraude e a corrupção perturbam o desenvolvimento em todas as suas dimensões. O desvio de fundos de projetos de desenvolvimento mediante fraude, corrupção, conluio e coerção ou obstrução (doravante denominados coletivamente “fraude e corrupção”) debilitam a capacidade dos governos, dos doadores e do Banco Mundial de atingir as metas de redução da pobreza, atração de investimentos e incentivo à boa governança. WORD BANK. **Diretrizes anticorrupção**. Disponível em: <https://www.worldbank.org/content/dam/documents/sanctions/other-documents/osd/brazil112907.pdf>. Acesso em 16 de set. de 2022.

³³ ROCHA, Leonino Gomes. FERNANDES, Fernando Andrade. Rede de combate à corrupção na União Europeia: Um estudo do Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF). *Revista da CGU*, v. 12, n. 21, jan-jun.2020.

³⁴ **Carta Dos Direitos Fundamentais Da União Europeia**. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 05 set. 2022.

³⁵ **Carta dos Direitos Fundamentais Da União Europeia**. 2000. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 05 set. 2022.

³⁶ A APEC é um fórum de 21 países-membros localizado no Círculo do Pacífico, que visa promover o livre comércio e a cooperação econômica em toda a região da Ásia-Pacífico.

em que reconheceu esse fenômeno como um empecilho ao desenvolvimento e à sustentabilidade econômica.

Até o momento, o Brasil ratificou 03 (três) tratados internacionais sobre o tema. São eles: (i) A Convenção Interamericana contra a Corrupção; (ii) a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais; (iii) e a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção.³⁷ Uma vez ratificados os tratados internacionais, os Estados ficam obrigados a adotar medidas que visem o cumprimento.

A Convenção Interamericana contra a Corrupção foi o primeiro regramento internacional a tratar o tema da corrupção transnacional³⁸, o que demonstra a preocupação pioneira da região dos Estados Americanos em implementar medidas de combate à corrupção.

Nos subtópicos seguintes, esse estudo pretende analisar as duas principais Convenções de combate à corrupção celebradas pelo Brasil: a Convenção Interamericana de 1996 e a Convenção das Nações Unidas de 2003, relacionadas de forma umbilical com a temática do combate à corrupção no Brasil.

1.2.1. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e a Convenção Interamericana contra a Corrupção

O Brasil é um dos Estados partes celebrantes da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (UNCAC), conhecida como Convenção de Mérida, promulgada pelo Presidente da República mediante o Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

³⁷ A partir do final do século XX, o cenário passou a mudar em razão da atuação de organizações não governamentais, como a Transparência Internacional, e da assinatura de importantes acordos, como a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 1996, e da Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), de 1997. Em seguida, em 2003, foi aprovada a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção. MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinicius Marques de. **Compliance: concorrência e combate à corrupção**. São Paulo: Trevisan, 2017. p. 11-12.

³⁸ A Convenção Interamericana contra a Corrupção, adotada em 1996 no âmbito da OEA, representa o primeiro instrumento internacional a tratar o tema da corrupção transnacional. RAMINA, Larissa. A Convenção Interamericana contra a Corrupção: Uma Breve Análise. UNIBRASIL, **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. ISS 1982-0496, vol. 6, 2009.

É uma Convenção guarnecida de abrangência global e completude temática.³⁹ Além de ser o primeiro, é considerado o principal⁴⁰ instrumento jurídico internacional de luta contra a corrupção na administração pública. É o único instrumento universal⁴¹ e legalmente vinculante⁴². É composta de 04 (quatro) áreas principais de atuação: (i) prevenção; (ii) criminalização e medidas de aplicação da lei; (iii) cooperação internacional; (iv) e recuperação de ativos.⁴³

Ao rastrear o motivo que justificou a elaboração dessa Convenção, verifica-se que decorreu da preocupação dos integrantes “com as ameaças decorrentes da corrupção para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça”.⁴⁴

No decorrer dos dispositivos normativos estipulados, os Estados reconhecem que a corrupção é um “fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias”, cujo combate demanda “enfoque amplo e multidisciplinar para prevenir e combater

³⁹ Marcada pela sua abrangência global e completude temática, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção [...] representa o ápice normativo do combate internacional à corrupção e é fruto de um evolutivo processo de regulamentação da cooperação multilateral em matéria de justiça criminal promovida pela Organização das Nações Unidas ao longo do século passado. Iniciado em 1956, com as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros, passando pela Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988 e chegando à Convenção contra o Crime Organizado Transnacional de 2000. DEMATTÉ, Flávio Rezende. **Responsabilização de pessoas jurídicas por corrupção: a Lei nº 12.846 segundo o direito de intervenção**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 76.

⁴⁰ Desenvolvida como o maior e mais completo instrumento global e juridicamente vinculante contra a corrupção, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção tratou de diversos aspectos do tema, tendo sido fundamentada em quatro tópicos especiais: a) medidas preventivas; b) criminalização e aplicação da lei; c) cooperação internacional; e d) recuperação de ativos. Cada um destes temas será tratado nesta seção. **Cartilha da CGU**. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/29691/24/Cartilha_ONU_2016_CGU.pdf. Acesso em 18 set.2022.

⁴¹ Sandage noted that the United Nations Convention against Corruption ("UNCAC") is the only universal legal anti-corruption instrument but acknowledged that the strength of UNCAC relies on the various state parties who sign on to the Convention to then put in place a comprehensive legal framework "to give practical effect to the relevant provisions" in the Convention. E. BEARE, MARGARET; WILLIAMS, Cynthia; ATKEY, Ron. **Understanding and Taming Public and Private Corruption in the Twenty-First Century**. Osgoode Hall Law Journal, vol. 53, no. 1, 2015, pp. 1-6. HeinOnline.

⁴² A UNCAC é o único instrumento anticorrupção universal legalmente vinculante e é uma ferramenta única para desenvolver uma resposta abrangente a um problema global. A convenção é composta por 71 artigos, divididos em 8 capítulos que tratam de prevenção, penalização, recuperação de ativos e cooperação internacional. São esses capítulos que requerem adaptações legislativas e/ou ações concomitantes à aplicação da convenção a cada país. **UNODC e CGU discutem nova parceria no combate à corrupção**. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2020/08/unodc-e-cgu-discutem-nova-parceria-no-combate-a-corrupcao.html>. Acesso em 18 set.2022.

⁴³ PNUD; UNODC. **Corrupção e desenvolvimento**. 2013. P. 2. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Campanha-2013/CORRUPCAO_E_DESENVOLVIMENTO.pdf. Acesso em 18 set.2022.

⁴⁴ Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. 2007, p.4. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso em: 18 set. 2022.

eficazmente a corrupção”. Além disso, entendem que “a prevenção e a erradicação da corrupção são responsabilidades de todos os Estados e que estes devem cooperar entre si”.⁴⁵

Em virtude da diversidade de situações abarcados pelo fenômeno da corrupção, essa Convenção não define explicitamente o significado desse termo. A ausência de uma definição específica para o termo é um indicador de que esse fenômeno pode ser materializado por diferentes formas. Para compreender o alcance, a Convenção aponta quais os atos que correspondem a corrupção, a exemplo do suborno, peculato, lavagem de dinheiro, ocultação e obstrução da justiça.⁴⁶

O artigo 1º da Convenção estipula a finalidade deste pacto. Na letra a) do artigo 1º, o Brasil assumiu expressamente, enquanto estado parte, o compromisso de promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater de forma mais eficaz e eficiente a corrupção.

Os demais artigos da Convenção tornam evidente que a prioridade dos países deve ser a criação de instrumentos direcionados à prevenção da corrupção – e não apenas à repressão. Essa Convenção adota a premissa que, para o combate à corrupção na administração pública, não são suficientes medidas dissuasoras.⁴⁷ Há a previsão de que cada estado parte deve “estabelecer e fomentar práticas eficazes encaminhadas a prevenir a corrupção”⁴⁸, o que demonstra que estar-se-á a estimular uma cultura da probidade, que

⁴⁵*Ibidem*, p.5 e 6. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso em: 18 set. 2022.

⁴⁶ Interestingly, the UNCAC does not explicitly define corruption but instead refers to specific acts that amount to corruption which include bribery, embezzlement, money laundering, concealment and obstruction of justice.¹⁸ Given the diversity of corruption in terms of acts and contexts, the UNCAC provides a combination of optional and mandatory provisions to enable States Parties to make informed decisions in choosing implementation options. KHAIR, Sumaiya. **UNCAC and Civil Society Activism Against Corruption In Bangladesh**. Asian Yearbook of International Law, Volume 20 (2014), p. 115.

⁴⁷ “Two other comparatively vital provisions of this chapter are 'public procurement and management of public finance' and 'measures to prevent money laundering'. Regarding the extremely vulnerable public procurement sector, Yseult Marique, mentions that tackling corruption in this sector through deterrent measure was not enough; therefore, international Convention having preventive measure against it required (p 39). Apart from other issues, her contribution also explains issues like auditing mechanism, training of vulnerable groups to corruption and situations when States need not be transparent in the disclosure relating to the procurement. In the context of the technology-based contemporary world, the offence of money laundering has particular significance. Badr El Banna has contributed three commentaries involving money laundering in three different chapters of the book. In the 'preventive measures' chapter, his contribution specifically throws light upon connected issues like- customer due diligence, politically exposed persons, and international cooperation relating to money laundering offence”. ROSE, Cecily; KUBICIEL, Michael; LANDWEHR, Oliver. **The United Nations Convention against Corruption - A Commentary**. Liverpool Law Review (2020) 41:395-400, Oxford University Press, UK, p. 396.

⁴⁸ Medidas preventivas. Artigo 5. Políticas e práticas de prevenção da corrupção. 1. Cada Estado Parte, de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, formulará e aplicará ou manterá em vigor políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção que promovam a participação da

não é limitada apenas à esfera penal, mas comprometida com boas práticas políticas e administrativas.

Embora essa Convenção tenha nascente no Direito Internacional, não disciplina apenas medidas a serem adotadas pelos países no âmbito externo. Há a previsão para que os estados partes adotem políticas públicas nacionais de combate preventivo/repressivo à corrupção no contexto jurídico interno. O artigo 5º estipula a obrigação dos Estados a refletir, continuamente, sobre a efetividade das medidas adotadas para combater a corrupção.⁴⁹

O artigo 12⁵⁰ dessa Convenção impõe aos Estados Partes o dever de adotar medidas internas para prevenir a corrupção e de estabelecer sanções civis, administrativas ou penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas em caso de não cumprimento dessas medidas. Para Javier Arciniegas, esse artigo 12 representa o comprometimento formal dos Estados Partes em adotar medidas internas para prevenir a corrupção na administração também no setor privado.⁵¹

No artigo 65, os estados partes se comprometem a adotar todas as medidas necessárias – legislativas e administrativas - para satisfazer os compromissos definidos

sociedade e reflitam os princípios do Estado de Direito, a devida gestão dos assuntos e bens públicos, a integridade, a transparência e a obrigação de render contas. 2. Cada Estado Parte procurará estabelecer e fomentar práticas eficazes encaminhadas a prevenir a corrupção. 3. Cada Estado Parte procurará avaliar periodicamente os instrumentos jurídicos e as medidas administrativas pertinentes a fim de determinar se são adequadas para combater a corrupção. 4. Os Estados Partes, segundo procede e de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, colaborarão entre si e com as organizações internacionais e regionais pertinentes na promoção e formulação das medidas mencionadas no presente Artigo. Essa colaboração poderá compreender a participação em programas e projetos internacionais destinados a prevenir a corrupção. Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso em 18 set.2022.

⁴⁹ A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção também inova ao prever a obrigações dos Estados de continuamente refletir sobre a efetividade das medidas anticorrupção adotadas. Nesse sentido, o Brasil comprometeu-se, por exemplo, a avaliar periodicamente os instrumentos jurídicos a fim de determinar se são adequados para combater a corrupção (art. 5º). ABADE, Denise Neves. Direito internacional anticorrupção no Brasil. **Rev. secr. Trib. perm. revis.** ed. 7, n. 13, p. 214, mar. 2019.

⁵⁰ Artigo 12. 1. Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará medidas para prevenir a corrupção e melhorar as normas contábeis e de auditoria no setor privado, assim como, quando proceder, prever sanções civis, administrativas ou penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas em caso de não cumprimento dessas medidas.

⁵¹ En efecto, en virtud del artículo 12 de ese tratado, los Estados se comprometen formalmente a adoptar medidas para prevenir las actividades de corrupción provenientes del sector privado. Dentro de las estrategias contempladas en la norma internacional se encuentran varias similares a las que habían sido consagradas anteriormente en la legislación estadounidense. Así, la Convención hace referencia a la necesidad de establecer medidas y, si resulta pertinente, imponer sanciones civiles o administrativas proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de las normas anticorrupción por parte de actores económicos privados. SANCLEMENTE-ARCINIEGAS, Javier. **Compliance, Enterprises and Corruption: An International Glance.** Derecho PUCP, 85, 2020, pp. 9-40, p. 19 HeinOnline.

na Convenção. Há a ressalva que as medidas de combate à corrupção não precisam necessariamente ostentar natureza penal. Os Estados podem e devem adotar instrumentos de natureza cível ou administrativa, a exemplo, no caso do Brasil, das ações de improbidade administrativa.

Em resumo, de acordo com a Convenção da ONU, a política anticorrupção dos Estados deve refletir princípios como integridade, transparência, responsabilidade, estado de direito e gestão adequada dos assuntos públicos. Ao estabelecer um manancial comum de obrigações a serem cumpridas por todos os países do globo, a Convenção da ONU representa uma tentativa de criar padrões universais anticorrupção.

Outrossim, a República Federativa do Brasil também assinou a Convenção Interamericana contra a Corrupção, firmada no âmbito dos Países integrantes da OEA (Organização dos Estados Americanos), datada do ano de 1996. A Convenção Interamericana foi ratificada pelo Decreto Legislativo nº 152/2002, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410/2002. É responsável por consagrar padrões éticos mínimos iguais para todos os Estados Partes combater a corrupção, cujo conteúdo abrange um preâmbulo e 28 disposições.⁵²

É este o primeiro instrumento jurídico internacional de combate à corrupção, cujo objetivo central foi fortalecer a legislação nacional dos estados partes, ao determinar a criação de medidas para prevenir, investigar e punir os responsáveis pelo descumprimento das legislações anticorrupção.⁵³

⁵² Ella significa para los Estados parte la consagración de normas mínimas indispensables para combatir la corrupción, y es un esfuerzo innovador por enfrentarla en el plano internacional, lo que contribuye a la prevención, detención, investigación y sanción de este delito. El instrumento consta de un preámbulo y de 28 disposiciones, en las que se recogen B normas de derecho penal sustantivo y disposiciones sobre cooperación penal internacional. Respecto al preámbulo cabe recordar su valor jurídico. FLORES, Maria del Luján. **Algunos aspectos de la lucha contra la corrupción en el ámbito interamericano.** Agenda Internacional, 2005, n. 22, , pp. 131-149, p. 141.

⁵³ La citada Convención es el primer instrumento jurídico internacional que se ocupa de esta problemática. En el párr. 1º del Preámbulo sostiene «...la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos». La corrupción como tal, no está definida en su contenido ya que es una herramienta para la administración de justicia, es decir, señala a los Estados parte cómo prevenir actos corruptos, directamente fortalece la protección y defensa de los derechos humanos, dado que los sujetos a los que se dirige son todos los Estados que la ratificaron. Es un instrumento útil para robustecer la legislación nacional en la práctica, para prevenir, investigar y sancionar a quienes resulten responsables de su incumplimiento. Al aludir a la justicia y al desarrollo integral se visibilizan su relación con la defensa y protección de los derechos humanos, dado que el ser humano necesita la realización de los derechos como: el acceso a la justicia y el derecho al desarrollo, para asegurar su vida con dignidad. DE YNSFRÁN, Doris Ojeda. **Relación de la Convención Interamericana contra la Corrupción y los Derechos Humanos Connection between the Inter-American Convention against Corruption and the Human Rights Convención Interamericana.** Rev. juríd. Investigación en ciencias jurídicas y sociales. 2022; 12.1, p. 86.

No preâmbulo da Convenção da OEA, o primeiro parágrafo correlaciona o fenômeno da corrupção com o prejuízo à legitimidade das instituições públicas: “a corrupção assola a ordem moral e a justiça, bem como atua contra o desenvolvimento integral dos povos”⁵⁴. Os demais parágrafos desse artigo reforçam que a consolidação da democracia perpassa pelo necessário combate aos atos de corrupção. É este combate, segundo a Convenção, que fortalece as instituições democráticas e evita distorções na economia, vícios na gestão pública e deterioração da moral social.⁵⁵

Ao final do preâmbulo, estipula-se a responsabilidade dos Estados de erradicar a impunidade, bem como de agir de forma ativa para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas. Os propósitos delineados desta Convenção são:

1. promover e fortalecer o desenvolvimento, por cada um dos Estados Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção;
2. promover, facilitar e regular a cooperação entre os Estados Partes a fim de assegurar a eficácia das medidas e ações adotadas para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas, bem como os atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício.⁵⁶

Nota-se que um dos propósitos da Convenção é estimular que os estados partes implementem mecanismos de prevenção, investigação, punição e erradicação da corrupção. Assim como a Convenção da ONU, a Convenção Interamericana também estipula o dever de implementar medidas tanto preventivas quanto repressivas e as posiciona em situação de igual relevância como instrumento de combate à corrupção.

Segundo o colombiano Javier Doria Arrieta, a Convenção Interamericana contra a Corrupção foi internalizada na Colômbia como uma resposta ao fenômeno da corrupção, que causa desequilíbrios na estabilidade e segurança da sociedade. Assim como no Brasil, a aprovação da Convenção de Mérida visou o fortalecimento do combate

⁵⁴ BRASIL. CASA CIVIL. **Preâmbulo**. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm. Acesso em: 18 set. 2022.

⁵⁵ Al aludir a la justicia y al desarrollo integral se visibilizan su relación con la defensa y protección de los derechos humanos, dado que el ser humano necesita la realización de los derechos como: el acceso a la justicia y el derecho al desarrollo, para asegurar su vida con dignidad. Considera también en el párr. 3º «...el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social. DE YNSFRÁN, Doris Ojeda. **Relación de la Convención Interamericana contra la Corrupción y los Derechos Humanos Connection between the Inter-American Convention against Corruption and the Human Rights Convención Interamericana**. Rev. juríd. Investigación en ciencias jurídicas y sociales. 2022; 12.1, p. 86.

⁵⁶ BRASIL. CASA CIVIL. **Artigo II – propósitos**. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm. Acesso em: 18 set. 2022.

à corrupção, por meio de uma boa administração, baseada na eficiência, eficácia e transparência na Administração.⁵⁷

Portanto, a partir da análise de ambas as convenções – Convenção da ONU e Convenção da OEA –, o Brasil assumiu o expreso compromisso internacional de fortalecer os mecanismos de combate à corrupção, seja por meio de medidas repressivas ou preventivas.

A criação de pactos internacionais de combate à corrupção evidencia que esse fenômeno não está associado a uma pessoa específica, mas trata-se de uma problema sistemático, cujo combate depende de ação permanente, conforme aponta María del Luján Flores.⁵⁸

Entre diversos benefícios, a importância da Convenções está na constatação de que esses instrumentos tem o enorme potencial de influenciar a adoção de medidas internas pelos Estados Partes. Outrossim, as Convenções também incentivam que os países e a sociedade continuem com os esforços para erradicar a corrupção, investigar e condenar os supostos atores de atos corruptos, com respeito ao devido processo legal e garantias constitucionais.⁵⁹

⁵⁷ Es útil mencionar, para complementar este planteamiento, la Ley 970 de 2005, la cual aprueba la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción 1. Esta se aprueba atendiendo a la problemática generalizada en territorio colombiano en relación con la corrupción, la cual causa desequilibrios en la estabilidad y seguridad en la sociedad, ya que desequilibra las instituciones públicas, así como los propios valores democráticos, la ética y la justicia. De igual modo, la referida reglamentación surge en respuesta a la preocupación generalizada por los nexos entre la corrupción y otras formas de delincuencia organizada, blanqueo de dinero, que desestabilizan la política y el propio progreso nacional corrupción para fortalecer a las instituciones públicas, a través de una buena administración, basada en la eficiencia, eficacia y transparencia en la Administración. Se atiende, de este modo, a una buena administración pública como una vía para brindar a la colectividad un mejor servicio de interés general. ARRIETA, Javier Doria. "**La Adopción de Buenas Prácticas Administrativas en los Sectores Público y Privado como Estrategia de Prevención de Actos de Corrupción.**" Revista Digital de Derecho Administrativo, 21, 2019, pp. 429-451-452. HeinOnline, p. 438.

⁵⁸ Por medio de esta breve reflexión acerca de la reciente evolución producida en el ámbito interamericano en lo que respecta a la lucha contra la corrupción podemos concluir que: 1. El problema de la corrupción há de ja o de ser exclusivamente nacional para transformar se en internacional, y afecta tanto a países desarrollados como en desarrollo. La continua interacción, propia del mundo en que vivimos, así como el proceso de globalización y el avance en los esquemas de integración, han acelerado este hecho. La corrupción debe ser abordada como un problema de sistema, no solo de personas corruptas. Su combate es un proceso de acción permanente. FLORES, María del Luján. **Algunos aspectos de la lucha contra la corrupción en el ámbito interamericano.** Agenda Internacional, 2005, n. 22, , pp. 131-149, p. 149.

⁵⁹ Es innegable, que la Convención es una normativa que mediante su mecanismo denominado – MESICIC–, incentiva tanto a los Estados parte así como a la sociedad para continuar con los esfuerzos de erradicar la corrupción, investigar y condenar a los presuntos responsables, con respeto al debido proceso, las garantías constitucionales y convencionales. Este mecanismo por su particularidad de ser continuo permite la aplicación de sus recomendaciones en la medida de las posibilidades de cada Estado parte. DE YNSFRÁN, Doris Ojeda. **Relación de la Convención Interamericana contra la Corrupción y los Derechos Humanos Connection between the Inter-American Convention against Corruption and the Human Rights Convención Interamericana.** Rev. juríd. Investigación en ciencias jurídicas y sociales. 2022; 12.1, p. 97.

As disposições expostas nas convenções não se tratam de meras normas de observância facultativa. Como aponta Denise Abade, as disposições desses Tratados “criam obrigações concretas para os Estados parte. Assim, os Estados-parte estão obrigados a adotar as medidas legislativas e administrativas previstas nos textos internacionais e os valores, princípios, fins, meios e procedimentos consagrados”.⁶⁰

Portanto, por meio dos tratados internacionais internalizados no ordenamento jurídico como normas de observância obrigatória pelos estados partes, o Brasil assumiu o compromisso de combater a corrupção como uma agenda a ser adotada com absoluta prioridade.

1.2.2. Resoluções aprovadas nas Conferências dos Estados Partes da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos

O artigo 63 da UNCAC (Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção) institui a Conferência dos Estados Partes – COSP. Essa conferência ocorre a cada dois anos e, dentre as funcionalidades, destaca-se a formulação de recomendações feitas pelos países integrantes. Tais recomendações servem como instrumento para melhorar a aplicabilidade prática da Convenção.

A primeira Conferência foi realizada em Amã, capital da Jordânia, entre os dias 10 e 14 de novembro de 2006. Nessa oportunidade, concordou-se com a criação de uma lista, por meio da qual os Estados integrantes deveriam realizar uma autoavaliação a respeito da implementação (ou não) das medidas de combate à corrupção.

A sexta sessão, que ocorreu na cidade de São Petersburgo (Rússia), deve ser também objeto de destaque em virtude da participação ativa do Brasil. Nessa oportunidade, o Brasil apresentou uma proposta de Resolução (Resolução n° 6/4), elaborada em conjunto pela Controladoria Geral da União, pelo Ministério Público Federal, Advocacia Geral da União e Ministério das Relações Exteriores.

O artigo 1° da Resolução n° 6/4 estipula que os Estados partes devem providenciar e fortalecer os mecanismos de combate à corrupção em investigações civis e administrativas. A proposta apresentada pelo Brasil reforçou a necessidade de

⁶⁰ ABADE, Denise. Desafios para o Enfrentamento da corrupção transnacional a partir do enfoque do Direito Internacional da Anticorrupção. **Publicações da Escola da AGU**, Brasília, volume 12, n. 02. p. 74, maio -ago. 2020.

fortalecimento do combate aos atos de corrupção por meio de instrumentos jurídicos não apenas penais, mas também administrativos e civis.

Semelhantes às resoluções da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção são os relatórios elaborados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão atrelado à Convenção da OEA. A esta comissão é atribuída a função de promover a observância e a defesa dos direitos humanos. Durante cada mandato dos membros da Comissão deve ser apresentado um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (artigo 41, g, CADH), com a descrição de recomendações a serem seguidas pelos Estados partes.

No Relatório elaborado no ano de 2019, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos teceu uma profunda reflexão acerca da relação entre o fenômeno da corrupção, as consequências sociais decorrentes deste fenômeno e a violação aos Direitos Humanos.

Nesse Relatório, a Comissão também indicou as recomendações feitas pelos Estados partes ao reforçar a necessidade de criar instrumentos efetivos de combate à corrupção. A Comissão ponderou que a falta de sanções efetivas gera um ambiente de impunidade que fomenta a corrupção⁶¹. Trata-se de um verdadeiro ciclo vicioso. Recomendou-se, também, a criação de investigações eficientes, rápidas e completas das situações da corrupção nos Estados partes.⁶²

Portanto, no decorrer da vigência de ambas as convenções objetos de análise – Convenção da ONU e Convenção Interamericana –, os instrumentos jurídicos (resoluções e relatórios) reforçaram o dever de combate à improbidade na administração pública como um objeto central a ser perseguido pelos países celebrantes desses tratados.

1.2.3. Resolução 1/18 sobre Direitos Humanos e Corrupção

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos já aprovou diversas Resoluções sobre temas relacionados aos direitos humanos. Uma das Resoluções que se relacionam

⁶¹La CIDH advierte que la falta de sanción efectiva genera un ambiente de impunidad que fomenta corrupción. Es necesario que los Estados realicen una respuesta adecuada en la medida en que los actos de corrupción no sólo además de constituir ilícitos penales, tienen un impacto en la situación de los derechos humanos en el Estado de que se trate. Por ello, combatir la impunidad también implica garantizar que estos actos de corrupción, que tienen un grave impacto para el goce y ejercicio de los derechos humanos, no vuelvan a suceder en el futuro. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Corrupción y derechos humanos**. 2019. p. 202.

⁶² Implementar investigaciones eficientes, rápidas y completas de las situaciones de corrupción; garantizar que estas investigaciones sean serias, estén destinadas a obtener resultados y que sean respetuosas de las garantías judiciales al amparo del debido proceso y la amplia defensa, tanto en sede administrativa y judicial. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Corrupción y derechos humanos**. 2019. p. 207.

com a temática da corrupção é a Resolução 1/2018⁶³, aprovada na cidade de Bogotá, Colômbia, no marco de sua 167ª sessão, em 2 de março de 2018.

A OEA qualifica essa Resolução como “uma abordagem detalhada da CIDH sobre o tema”, cujo conteúdo “destacará alguns eixos fundamentais e formula recomendações para lidar com o fenômeno a partir de uma abordagem de direitos humanos”.⁶⁴ A Resolução 1/2018 reafirma a impossibilidade de dissociar corrupção dos direitos humanos⁶⁵ apoia-se na premissa que a corrupção se caracteriza pelo abuso ou desvio de poder e predomina pela busca do interesse público ao invés do benefício privado.⁶⁶

Essa Resolução reafirma a preocupação dos Estados integrantes da Convenção da OEA em combater a corrupção. Em artigo publicado no site da Associação Nacional dos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Contas do Brasil, ao evidenciar a preocupação com a corrupção no plano internacional, os autores mencionam a meta 16.5 na “Agenda 2030” da ONU, o artigo 6º da Convenção de Mérida sobre corrupção e, por último, a Resolução n. 1/18 da CIDH, cujo conteúdo, segundo os autores, reconhece que “a corrupção atinge os direitos humanos em sua integralidade, comprometendo as instituições democráticas e, por via de consequência, a governabilidade, agravando, assim, as desigualdades sociais”.⁶⁷

A importância do debate sobre a corrupção repousa na percepção de que é um fenômeno complexo, cujas consequências afetam vários setores dos direitos humanos, a exemplo dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais. Além de afetar esses ramos dos direitos fundamentais, a Resolução reconhece que a corrupção

⁶³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Resolucion 1/18 – Corrupción y derechos humanos**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-18-es.pdf>. Acesso em: 30 out. 2021.

⁶⁴ Organização dos Estados Americanos. **CIDH publica resolução sobre corrupção e direitos humanos**. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2018/053.asp>. Acesso em: 30 out. 2021.

⁶⁵ SILVA, Marcelo Martins Evaristo. **A Lei 14.230/2021 e o controle repressivo da evolução desproporcional do patrimônio do agente público**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/8/A8F2091738F889_ARTIGOENRIQUECIMENTOILICITOMAR.pdf. Acesso em: 30 out. 2021.

⁶⁶ Habiendo realizado dos reuniones de consulta con operadores de justicia, expertos y sociedad civil, quienes destacaron que la corrupción se caracteriza por el abuso o desviación del poder, que puede ser público o privado, que desplaza el interés público por un beneficio privado (personal o para un tercero), y que debilita las instituciones de control tanto administrativas como judiciales.. Resolución 1/2018.

⁶⁷ Associação Nacional dos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Contas do Brasil. **Os quatro cavaleiros da corrupção**. Disponível em: <https://www.antcbrasil.org.br/comunicacao/artigos/867-artigo-os-quatro-cavaleiros-da-corrupcao>. Acesso em: 05 set. 2022.

enfraquece as instituições democráticas, fomenta a impunidade, mina o Estado de direito e exacerba a desigualdade.⁶⁸

A complexidade da corrupção decorre das múltiplas origens que podem resultar nesse fenômeno e da diversidade de atores que participam do desenvolvimento, que normalmente envolve a participação de pessoas físicas e jurídicas, bem como de entidade públicas e privadas.⁶⁹

A Resolução enfatiza que, desde a Carta Democrática Interamericana, os Estados partes já haviam se comprometido em adotar medidas legislativas e administrativas para garantir o exercício dos direitos humanos frente às violações e restrições produzidas pelo fenômeno da corrupção. A Carta Interamericana elencou como princípios fundamentais: (i) a transparência das atividades governamentais; (ii) a probidade; (iii) a responsabilidade dos governos na gestão pública; (iv) e o respeito aos direitos sociais e à liberdade de expressão e de imprensa.⁷⁰

O primeiro tópico dessa Resolução versa sobre a “*Independencia, imparcialidad, autonomía y capacidad de los sistemas de justicia*”. Nesse capítulo, elencam-se as garantias necessárias para que o sistema de justiça atue de forma independente e imparcial. Uma das recomendações é o necessário fortalecimento das instituições de controles não apenas judiciais, mas também administrativos.

O segundo tópico da Resolução aborda a “*Transparencia, acceso a la información y libertad de expresión*”. Nesse tópico, a Resolução evidencia a importância da transparência das informações públicas como uma das principais ferramentas no combate à corrupção. Alicerçada nessa condição, recomenda-se que os Estados partes

⁶⁸ Considerando que la corrupción es un complejo fenómeno que afecta a los derechos humanos en su integralidad –civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales–, así como al derecho al desarrollo; debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, fomenta la impunidad, socava el Estado de Derecho y exacerba la desigualdad. Resolución 1/18 – **Corrupción y derechos humanos**. Disponible em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-18-es.pdf>. Acceso em: 30 out. 2021.

⁶⁹ Enfatizando que la corrupción tiene múltiples causas y consecuencias y en su desarrollo participan numerosos actores, tanto estatales como entidades privadas y empresas y por ello se requiere el establecimiento de mecanismos efectivos para erradicarla con el fin de garantizar los derechos humanos. Resolución 1/18. **Corrupción y derechos humanos**. Disponible em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-18-es.pdf>. Acceso em: 30 out. 2021.

⁷⁰ Considerando que la Carta Democrática Interamericana reafirma que son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho y que establece como principios fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa. Resolución 1/18. **Corrupción y derechos humanos**. Disponible em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-18-es.pdf>. Acceso em: 30 out. 2021.

reforcem os instrumentos de transparência das informações, em especial aquelas relacionadas a gastos e investimentos em infraestrutura, financiamento de campanhas eleitorais, transparência no funcionamento dos partidos políticos.

A Resolução recomenda que sejam fortalecidos os órgãos de fiscalização da autonomia e independência. Também reconhece que devem ser oferecidas condições jurídicas e culturais para que os cidadãos e funcionários públicos sejam capazes de controlar o funcionamento dos gastos estatais. Recomenda-se que seja criado um ambiente favorável e que estimule a denúncia de atos de corrupção. Esse ambiente pode ser desenvolvido por meio da segurança dos jornalistas, dos defensores de direitos humanos e ativistas que investigam e denunciam a corrupção.

O terceiro tópico da Resolução aborda os “*Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*”. Pressupõe-se que a corrupção na gestão dos recursos públicos compromete a capacidade dos governos de cumprir suas obrigações de direitos sociais - saúde, educação, água, transporte ou saneamento.

Diante da violação aos direitos econômicos, sociais e culturais pela corrupção, recomenda-se que os Estados partes: (i) adotem políticas públicas decisivas e mecanismos eficazes para erradicar a corrupção, que devem ser elaboradas em respeito aos direitos humanos; (ii) fortaleçam as políticas sociais de transparência e acesso a informações adequadas; (iii) criem mecanismos jurídicos capazes de identificar o impacto das diferentes formas de corrupção; (iv) fortaleçam os mecanismos de avaliação dos programas sociais, com ênfase nas áreas em que os atos de corrupção são mais frequentes, mecanismos estes que devem ser transparentes independente das estruturas de controle das empresas e de qualquer tipo de influência; (v) e adotem medidas que impeçam a perseguição a lideranças ou outras pessoas envolvidas nos processos de defesa dos direitos das comunidades.

O quarto tópico desenvolve recomendações sobre a temática da “*Cooperación internacional*”. Enfatiza-se que o combate à corrupção deve partir de uma abordagem ampla e multidisciplinar. Entre as medidas de combate, ressalta-se a importância da cooperação entre os Estados partes, inclusive assistência técnica para que os Estados estejam em melhor posição para prevenir e combater eficazmente a corrupção. Como exemplo da cooperação, menciona-se o acordo da OEA com o Estado de Honduras para a criação da Missão de Apoio contra a Corrupção e a Impunidade em Honduras. A cooperação entre organizações regionais e universais de direitos humanos também é uma das recomendações da Resolução.

A importância da cooperação entre os Estados é ainda mais relevante nos casos em que a corrupção é transnacional. Nesse caso a cooperação pode ser efetivada por meio do intercâmbio de informações, da criação de unidades multilaterais de investigação, que possam promover uma unidade de provas e uma política coordenada, e da identificação de fluxos de ativos destinados à corrupção e recuperação de ativos.

Portanto, a Resolução 1/2018 da CIDH, além de reconhecer a corrupção como um fenômeno umbilicalmente associado aos direitos humanos, elaborou recomendações práticas que devem ser adotadas pelos Estados partes (entre eles, o Brasil) no combate à corrupção.

Como reflexo, restou fortalecida a teoria de que o direito a uma boa administração integra o rol dos denominados “direitos humanos”. Como corolário desse direito, deve ser garantido aos cidadãos a possibilidade de se envolver de forma ativa e livre no desenvolvimento dos processos de governança pública, além de auxiliar a consolidar a percepção de que as pessoas tem direito a exigir mudanças e justiça social.⁷¹

Outros organismos internacionais também concordam com a associação entre os direitos humanos e o combate à corrupção. Em manifestação pública, o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos reconheceu que a corrupção impede que os recursos públicos disponíveis sejam utilizados para a realização dos direitos humanos, definidos no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.⁷²

Um estudo empírico realizado em 2018 confirmou a relação estatística entre a corrupção e os direitos humanos. Demonstrou-se que, à medida que a corrupção é

⁷¹ Inclusion and participation within a human rights framework implies an active, free and meaningful engagement of citizens in development initiatives and/or governance processes. It is said that rights-based participation is about “shifting the frame from assessing the needs of beneficiaries [sic] to foster citizens to recognise and claim their rights and obligation- holders to honour their responsibilities.”¹²⁷ Indeed, participation is often viewed as both a measure to secure sustainable results and a goal in itself, which makes people aware that “they have the right to demand change and social justice.”¹²⁸ This is particularly relevant for contexts where the poor and the marginalised are hard to reach or are excluded due to structural impediments and their lack of knowledge. KHAIR, Sumaiya. **UNCAC and Civil Society Activism Against Corruption In Bangladesh**. Asian Yearbook of International Law, Volume 20 (2014), p. 115.

⁷² Every year \$1 trillion is paid in bribes while an estimated \$2.6 trillion are stolen through corruption – a sum equivalent to more than 5 per cent of the global GDP. In developing countries, according to the United Nations Development Programme, funds lost to corruption are estimated at 10 times the amount of official development assistance. Corruption is a serious crime that can undermine social and economic development in all societies. No country, region or community is immune. The United Nations is fighting this global scourge through initiatives like the global campaign launched jointly by the UN Development Programme (UNDP) and the UN Office on Drugs and Crime (UNODC). The United Nations Convention against Corruption, adopted in 2003, exists as the only legally-binding, universal anti-corruption instrument. United Nations Human Rights. Office of the high commissioner. **About good governance and human rights**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/good-governance>

reduzida, o índice de integridade pessoal (CIRI) aumenta. Ou seja, existe uma correlação positiva entre o indicador de integridade pessoal e corrupção (quando um melhora, o outro também). Esse estudo também aponta que, em um país com pouca corrupção, há uma maior probabilidade de um gozo mais amplo dos direitos políticos, em até 87%.⁷³

Ao analisar os impactos que a corrupção causa na efetivação dos direitos humanos, o doutrinador Claudio Nash elabora quatro níveis de impactos: efeitos diretos da corrupção sobre os direitos humanos; atos de corrupção como antecedentes de violações de direitos humanos; obrigações gerais do Estado e sua relação como parte da resposta à corrupção e os contextos de violação de direitos humanos e sua interação com o fenômeno da corrupção.⁷⁴

Sobre esse tema, Sumaiya Kahir aponta que a corrupção impede a consolidação dos direitos humanos ao minar a igualdade de tratamento pela lei e o acesso à justiça.⁷⁵ A relação entre a corrupção na administração pública e os direitos sociais decorre da

⁷³ 1) An empirically proven connection exists between corruption and human rights. This study has shown that, as corruption is reduced, the CIRI personal integrity index increases, along with a greater probability of a more widespread enjoyment of political rights, up to 87 percent. In fact, a 10-point improvement in the TI's corruption index can make a .8 gain in the FH political rights index. 2) In some statistical tests, there is a very high explanatory possibility, higher than 80 percent, for this relation and for the control variables. 3) There is now greater clarity about the four causal mechanisms that explain the connection between the decrease of corruption and the increased enjoyment of human rights. Future research that uses case studies can strengthen the empirical analysis of those mechanisms. CARDONA, Luz Angela, et al. **Corruption and Human Rights: Possible Relations**. Human Rights Quarterly, vol. 40, no. 2, May 2018, p. 317-341, p. 340. HeinOnline.

⁷⁴ Este artículo se inserta dentro de la discusión sobre la relación entre la protección de los derechos humanos (DDHH) y la lucha contra la corrupción. A partir de los procesos de construcción o consolidación democrática, surge la necesidad de explorar los elementos institucionales que impiden la construcción de democracias sólidamente fundadas en los derechos humanos, y uno de estos obstáculos es el fenómeno de la corrupción. Si los derechos humanos implican la adopción de medidas eficaces para su plena vigencia, las políticas públicas en materia de corrupción también deberían tener una perspectiva de derechos humanos. Para que estas políticas sean eficaces es necesario comprender, integralmente, los alcances de la corrupción y las formas en que esta puede afectar los derechos humanos. El objetivo de este estudio es explorar las distintas dimensiones que conforman la relación entre corrupción y derechos humanos, cuestión relevante a la hora de diseñar, implementar y controlar las políticas públicas, legislativas y de otro carácter (incluidas judiciales) destinadas prevenir y reprimir la corrupción como parte de la plena garantía de los derechos humanos en una sociedad democrática. La hipótesis que se pretende demostrar es que la relación entre corrupción y derechos humanos es multidimensional, es decir, que ambos fenómenos están vinculados en distintas formas y grados, generando interacciones de diverso orden, como los vínculos conceptuales, sustantivos, estratégicos y de legitimidad, sobre los que se deben desarrollar políticas públicas anticorrupción con perspectiva de derechos humanos. A los objetivos de este estudio, los vínculos conceptuales están dados por un espacio común de estas temáticas en el ámbito de la ética política democrática. Los vínculos sustantivos están dados por el impacto directo e indirecto de la corrupción y los derechos humanos que se analizan en el texto en cuatro niveles (afectaciones directas de la corrupción en los derechos humanos; actos de corrupción como antecedentes de violaciones de derechos humanos; las obligaciones generales. NASH, Claudio. **Derechos Humanos y Corrupción. Un enfoque multidimensional**. Estudios de Derecho, N.º 165 ene-jun 2018, ISSN 0120-1867. p. 139.

⁷⁵ Corruption impedes human rights and justice by undermining equal treatment by the law and access to justice. KHAIR, Sumaiya. **UNCAC and Civil Society Activism Against Corruption In Bangladesh**. Asian Yearbook of International Law, Volume 20 (2014), p. 138.

compreensão de que a corrupção afeta qualidade e a composição do investimento público e, por consequência, restringe o acesso da população a bens e serviços, prejudica os esforços para erradicação da pobreza e impede o desenvolvimento econômico e institucional.⁷⁶

Ou seja, a corrupção desvia recursos públicos que seriam aplicados para o financiamento da saúde e da educação, ambos relacionados diretamente à concretização dos direitos humanos. Por isso, a efetividade da leis que combatem a corrupção ajuda a garantir que os recursos públicos sejam utilizados em prol da sociedade.⁷⁷

Nesse cenário, defende-se que o reconhecimento da relação umbilical entre os direitos humanos e a corrupção é importante para que a concretização das políticas públicas de combate à corrupção na administração pública seja considerada como uma das formas de garantia o pleno desenvolvimento dos direitos humanos.⁷⁸

Portanto, o direito a uma boa administração pública reflete o dever estatal de direcionar a atividade pública para que responda adequadamente as demandas sociais, sob a observância dos princípios da eficiência, imparcialidade e igualdade e desprovida. Por outra via, o cidadão tem o direito de exigir da administração o cumprimento de parâmetros mínimos para o funcionamento do Estado.⁷⁹

⁷⁶ Corruption affects the quality and composition of public investment, thereby restricting access to essential goods, services, assets, and opportunities and ultimately undermining efforts at poverty reduction and human development. EAR-DUPUY, Haidy; SERRAT, Olivier. **Fighting Corruption with ICT: Strengthening Civil Society's Role**. Asian Development Bank, 2014, p. 4. Disponível em: Disponível em: https://ecommons.cornell.edu/bitstream/handle/1813/87172/ADB_Fighting_Corruption_with_ICT_Strengthening_Civil_Society_s_Role.pdf?sequence=1. Acesso em: 15 set. 2022.

⁷⁷ El deber de efectividad en el marco del derecho internacional de los derechos humanos obliga a los Estados a tomar medidas positivas para facilitar el goce de los derechos humanos. Para hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales, por ejemplo, se requiere hacer el máximo uso posible de los recursos disponibles para fines como la financiación de las escuelas públicas y los sistemas de atención de la salud²⁸. Investigaciones realizadas por economistas especializados en el desarrollo ponen de manifiesto que existe una correlación entre la corrupción y la desviación de recursos públicos, que dejan de dirigirse a la realización de los derechos humanos, por ejemplo mediante el financiamiento de los servicios de educación y de atención de la salud²⁹. Las leyes de lucha contra la corrupción y contra el blanqueo de dinero tienen como objetivo impedir esas desviaciones de fondos públicos y contribuir a lograr que los recursos gubernamentales se dediquen a la realización de los derechos humanos. Naciones Unidas Derechos Humanos. Oficina Del Alto Comisionado. **Principios Recomendados del ACNUDH sobre los Derechos Humanos y la Recuperación de Activos**. p.11

⁷⁸ Clarificar esta relación multidimensional es relevante para que los Estados, organismos internacionales y movimientos ciudadanos, diseñen, implemente y controlen, las políticas públicas, legislativas y de otro carácter (incluidas judiciales) destinadas prevenir y reprimir la corrupción como parte de la plena garantía de los derechos humanos en una sociedad democrática. NASH, Claudio. **Derechos Humanos y Corrupción. Um enfoque multidimensional**. Estudios de Derecho, N.º 165 ene-jun 2018, ISSN 0120-1867. p. 159.

⁷⁹ Desde esta óptica, la buena administración, definida como aquella que establece un control efectivo, flexibles a los cambios que acontecen en el ambiente, que regule y facilite la óptima actuación de los diversos elementos que forman parte de la organización⁶, tanto en la práctica privada, como en la pública, tiene virtualidad jurídica. En efecto, ella pretende la aplicación del derecho en las relaciones jurídicas, que

Essa conjuntura, que permeia o direito a uma boa administração, tem capacidade de garantir um aumento da efetivação dos direitos humanos e, por isso, há uma recente premissa, cada vez mais aceita, de que a relação entre corrupção e direitos humanos é indissociável.

1.3 O direito fundamental à probidade administrativa

O tópico acima demonstra a relação indissociável entre a corrupção na administração pública e a concretização dos direitos humanos. O aprofundamento dos estudos sobre essa relação provocou a tese amplamente aceita que o direito a probidade administrativa integra o rol dos “direitos humanos”.

Além de ser considerado um dos componentes dos direitos humanos, o direito à probidade administrativa também é hoje considerado, no Brasil, um direito de caráter fundamental, o que será abordado nesse tópico.

A par das convenções internacionais exploradas nesse estudo, o Brasil assumiu o compromisso internacional de combater o fenômeno da corrupção. Os tratados internacionais geraram a obrigação de criar medidas internas tanto para prevenir quanto para punir a corrupção.⁸⁰

conduzca a la observancia de los principios y normativas, inherentes al deber ser de la buena administración, como son los principios de interdicción de la arbitrariedad, economía y eficiencia, objetividad, coordinación y eficacia, que inciden en el desarrollo de la función administrativa. Es allí donde radica la pertinencia del presente análisis, sustentado en la revisión de la literatura científica que aborda el tema. En tal sentido, se plantea la necesidad de recuperación de una ética, orientada al servicio a la ciudadanía, propia de la Administración pública". Esto es, la posibilidad de direccionar la actividad de la Administración pública en respuesta a las demandas sociales y económicas que conduzcan a que el Estado se posicione bajo los principios de eficiencia, eficacia y servicio objetivo e imparcial sin influencia de sesgo, prejuicios o tratos diferenciados. De esta forma, la buena administración pública se concibe como un derecho fundamental de la ciudadanía (principios de igualdad, eficacia, celeridad, imparcialidad y moralidad)¹⁶; al mismo tiempo, se debe convertir en un principio de actuación administrativa; dado que los ciudadanos tienen el derecho a exigir ciertos parámetros en el funcionamiento de la administración, ella, a su vez, está obligada, a diferenciarse en su desempeño diario, por su servicio objetivo al interés general, como se constata en cualquier sistema democrático. ARRIETA, Javier Doria. **La Adopción de Buenas Prácticas Administrativas en los Sectores Público y Privado como Estrategia de Prevención de Actos de Corrupción**. Revista Digital de Derecho Administrativo, 21, 2019, pp. 429-451-452. HeinOnline, p. 432.

⁸⁰ A la luz del ordenamiento jurídico internacional, puede entenderse que se ha generado para los Estados la obligación de luchar contra la corrupción, ya que se han aprobado una serie de tratados que, a pesar de la distinta naturaleza de sus cláusulas, contienen claras obligaciones al respecto. En el presente estudio se analizan los principales instrumentos internacionales ratificados por el Estado español que, a consecuencia de su integración en el Derecho interno ex art. 96.1 CE, han generado la obligación de establecer medidas tanto para prevenir como para castigar la corrupción. El análisis formal de los instrumentos internacionales así como de sus mecanismos de evaluación de la aplicación permite identificar los perfiles de las obligaciones asumidas y el grado de cumplimiento observado, de lo que pueden extraerse orientaciones para futuras reformas del ordenamiento interno. VILLAGRASA, Oscar Capdeferro. **La obligación jurídica internacional de luchar contra la corrupción y su cumplimiento por el Estado Español**. Eunomia: Revista en cultura de la legalidad. n. 13, octubre 2017 – marzo 2018, pp. 114-147.

Ao abordar os tratados internacionais assumidos pelo Brasil, Denise Abade discorre sobre “o direito internacional anticorrupção” no Brasil; aponta a existência de uma dupla natureza do combate à corrupção: decorre da obrigação estatal de proteger e implementar direitos e é medida necessária para preservar o direito à probidade administrativa.⁸¹

Além dos tratados internacionais que fazem parte do ordenamento jurídico interno, o Brasil assumiu como diretriz da atual Constituição o dever de combater a corrupção, o que está simbolizado mediante diversos artigos. O §9º do artigo 14 estipula que deve ser elaborada lei complementar para que se estabeleça outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, “a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato”. O artigo 15 estipula que é possível a grave pena de suspensão dos direitos políticos em caso de “improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º”.

O artigo 85 da Constituição Federal tipifica como crime de responsabilidade “(...) os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...) V - a probidade na administração; (...)”. O §4º do art. 37 dispõe que “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”.

Diante dos dispositivos constitucionais apontados, denota-se que a assembleia constituinte, ao elaborar a Carta Política de 1988, tornou ostensivo à sociedade que o Estado brasileiro, a partir da nova Constituição – à época -, assumia a promessa constitucional de combater a corrupção na administração pública, fenômeno identificado pelos atos ilegais, ineficientes e imorais.

O combate à corrupção é não apenas uma diretriz extraída da interpretação da Carta Política e dos tratados internacionais celebrados pelo Brasil; a probidade administrativa é hoje reconhecida como um direito de caráter fundamental.

⁸¹ Há uma dupla natureza do combate à corrupção: (i) é fruto do dever do Estado de proteger e implementar direitos, em especial os direitos sociais e (ii) é medida de preservação do direito à boa governança, também denominado direito a uma administração íntegra. Consolida-se o “direito internacional anticorrupção”, que abarca diplomas convencionais de diversos quilates (no plano global e regional), bem como normas de soft law, como declarações e resoluções não vinculantes. ABADE, Denise Neves. Direito internacional anticorrupção no Brasil. **Rev. secr. Trib. perm. revis. ed.** 7, n. 13, pa. 214, mar. 2019.

Um dos motivos que justifica essa qualificação decorre da compreensão fática de que não há como concretizar os objetos fundamentais⁸² da Constituição brasileira enquanto a corrupção e os efeitos deletérios decorrentes ainda forem uma realidade tão presente. No que se refere à relação entre corrupção e os objetivos fundamentais da Carta Magna, destaca-se a reflexão de Bertoncini:

O enfrentamento da corrupção segundo se pode inferir, constitui-se em ideologia constitucional e em necessidade imprescindível do Estado e da sociedade brasileira, para que se possa construir, gradativamente, uma sociedade livre, justa e solidária – proba, em última análise –, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos (art. 3º da CF). Não há dúvidas de que esses objetivos constitucionais são incompatíveis com os deletérios efeitos causados pela corrupção.⁸³

A probidade administrativa é alcançada por meio de uma boa gestão, proba e eficiente. A probidade representa o direito que todo cidadão dispõe de estar submetido a um governo honesto. Um preciso conceito de probidade administrativa foi elaborado por Juarez Freitas:

trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas⁸⁴.

A possibilidade de reconhecer como fundamentais direitos não exaustivamente elencados como tal na Carta Política decorre do artigo 5º, §2º da Constituição, que assentou a não exaustividade do rol de direitos fundamentais. De acordo com esse dispositivo: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Em sua obra, Ingo Sarlet reforça a não taxatividade dos direitos fundamentais:

O que se conclui do exposto é que o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pelo art. 5º, § 2º, da nossa Constituição é de uma amplitude ímpar, encerrando expressamente, ao mesmo tempo, a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos (no sentido de não expressamente positivados), bem

⁸² Art. 3º - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁸³ BERTONCINI, Mateus. **Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 141.

⁸⁴ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 22.

como de direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais.⁸⁵

Ingo Sarlet elucida que existem dois tipos de direitos fundamentais. O primeiro abrange os direitos expressamente positivados, seja na Constituição ou em tratados internacionais. O segundo tipo decorre “do regime e dos princípios ou direitos implícitos, aqui compreendidos, em sentido amplo, como todos aqueles direitos e garantias não diretamente (explicitamente) positivados”.⁸⁶

Desse modo, com fundamento no artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, o direito à probidade administrativa é qualificado como fundamental⁸⁷. Embora ainda não tenha um conceito objetivo, pode-se afirmar que o direito a uma administração proba consiste na possibilidade de exigir que as atividades desenvolvidas pelo poder público visem, como finalidade, o atendimento pleno dos direitos fundamentais e dos princípios e objetivos do Estado Democrático de Direito⁸⁸

Ao analisar a essencialidade do direito à probidade, Kohls e Lea⁸⁹ apontam que o princípio da probidade administrativa, também conhecido como o princípio da “boa

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 86-87.

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Comentário ao art. 5º, § 2º**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 517.

⁸⁷ Com efeito, de uma leitura apurada do arcabouço constitucional pode-se extrair, com segurança, que, de fato, o direito à boa administração, implicitamente, se encontra presente no ordenamento jurídico brasileiro. Os princípios estruturantes da cidadania (art. 1º, inciso II) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), previstos na Carta de 1988, espraiam seus efeitos ao longo de todos os dispositivos constitucionais e irradiam-se para os demais diplomas legislativos. Não por outra razão que, com o fito de bem atender tais bases estruturantes, tem-se o extenso rol de direitos fundamentais do art. 5º, que, aliás, conta com a valiosa previsão do §2º a chamada “cláusula de abertura”, permitindo que se alcem ao patamar da jusfundamentalidade outros direitos que não estejam expressamente previstos no texto. RECK, Janriê Rodrigues; BEVILACQUA, Maritana Mello. **O direito fundamental à boa administração pública como linha interpretativa para a Lei de Improbidade Administrativa**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 187-206, jan./mar. 2020. DOI: 10.21056/aec.v20i79.1194, p. 194.

⁸⁸ De todo o conjunto de elementos expostos, pode-se afirmar, baseado na abertura propiciada pelo art. 5º, §2º, da Constituição Federal, que o direito à boa administração é um direito fundamental, ainda que não expresso nas exatas palavras dentro do texto constitucional. E seu conceito, embora possa soar abrangente e fluido, consiste em certificar que as atividades desenvolvidas pela administração pública tenham sempre por finalidade o atendimento pleno dos direitos fundamentais, de forma que o agir seja sempre comedido pelos princípios e objetivos do Estado Democrático de Direito, conceito do qual retira seu fundamento axiológico. RECK, Janriê Rodrigues; BEVILACQUA, Maritana Mello. **O direito fundamental à boa administração pública como linha interpretativa para a Lei de Improbidade Administrativa**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 187-206, jan./mar. 2020. DOI: 10.21056/aec.v20i79.1194, p. 195.

⁸⁹ KOHLS, Cleize Carmelinda; LEAL, Mônica Clarissa Hennig Leal. **Boa administração pública e fundamentos constitucionais das políticas públicas na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), v. 7, n. 2, p. 188-196, maio/ago. 2015, p. 190.

administração”, pode ser extraído a partir do resultado provocado pela diluição normativa “de outros princípios e diretrizes estabelecidas, que conduzem a uma administração pública proba, eficiente, transparente e capaz de assegurar e de desenvolver ações voltadas à concretização dos direitos fundamentais”.⁹⁰

Portanto, ainda que a probidade administrativa não esteja inserida expressamente como um direito fundamental, a simbiose entre a probidade administrativa, o Estado Democrático de Direito, e os direitos fundamentais, da qual se extrai que uma administração ímproba impede a legitimidade do Estado e o alcance dos objetivos e diretrizes definidas na Carta Política, impõe o reconhecimento do direito fundamental à probidade administrativa.⁹¹

A importância de reconhecer o direito à probidade administrativa como fundamental não decorre de justificativas perfunctórias. Há um reflexo prático e proficiente: determinado direito, quando reconhecido como fundamental, é capaz de irradiar reflexos na dinâmica da sociedade, à vista de que a atuação estatal deve ser direcionada pelos direitos fundamentais. O direito fundamental à probidade administrativa “conduz à sua necessária proteção, o que resulta, necessariamente, no aperfeiçoamento da Administração Pública e na vinculação imediata do Poder Público”⁹².

Uma vez qualificado como fundamental, o direito à probidade administrativa se torna capaz de ser fundamento legítimo e suficiente para justificar a execução de políticas públicas pelo Poder Executivo, a elaboração de normas pelo Poder Legislativo, assim como pode ser utilizado como fundamento moral, ético e legítimo de decisões judiciais.

No tocante à capacidade de orientar a atuação do Poder Legislativo, destaca-se que o direito fundamental à probidade também provoca uma obrigação negativa aos integrantes do Congresso Nacional, consistente na impossibilidade de deliberar “sobre

⁹⁰*Ibidem*

⁹¹ Como antes afirmado, há uma simbiose inescusável entre o Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais. Daí decorre o mesmo entrelaçamento concernente à probidade administrativa, na medida em que uma administração ímproba inequivocamente acarretará a ausência de legitimidade do Estado Democrático de Direito, afrontando, desse modo, seus fundamentos, objetivos e o próprio princípio republicano, até porque “se a probidade administrativa é da essência da democracia, é natural que a Constituição, ao organizar o Estado, tenha se preocupado em estabelecer meios de controle dos atos e das condutas dos seus agente. REMÉDIO, José Antônio; LOPES, Thiago Henrique Teles. **A probidade administrativa como direito fundamental difuso**. Revista Paradigma, Ribeirão Preto-SP, a. XXIV, v. 28, n. 2, p. 154-176, mai/ago2019, p. 171.

⁹² PARISE, Elaine Martins. **A importância do reconhecimento do direito fundamental ao governo probo para a consolidação da democracia brasileira**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. 2016. p. 117.

matérias que eventualmente enfraqueçam o combate à corrupção e o Poder Judiciário a priorizar o julgamento das ações relativas à improbidade administrativa”⁹³.

Carlos Romero Neto elucida o dever dirigido ao legislador para densificar e concretizar, normativamente, as políticas e os programas direcionados à proteção de direitos fundamentais:

Com efeito, a maioria dos direitos fundamentais sociais que exigem a implementação de políticas públicas e programas, não os tem suficientemente definidos no próprio texto constitucional que os contempla, de modo que a vinculação do Poder executivo, nestas hipóteses, é, ordinariamente, mediata, exigindo-se – mas também habilitando –, primariamente, então, do Poder legislativo que densifique e concretiza normativamente tais políticas e programas, definindo, entre outros, critérios quantitativos e qualitativos de fornecimento e recebimento das prestações fáticas envolvidas.⁹⁴

A pesquisadora Elaine Martins elaborou uma tese cujo tema discute a possibilidade de reconhecer o direito à probidade administrativa como fundamental. A jurista parte das características do direito fundamental, feita por José Adércio Leite Sampaio, na sua obra “Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais”: a natureza básica ou essencial; a universalidade objetiva e subjetiva; a indisponibilidade; a interdependência e indivisibilidade; a presunção de igualdade hierárquica dos direitos fundamentais; e a expansividade.⁹⁵

Ao examinar de forma detalhada cada uma dessas características, Martins confirma a possibilidade de reconhecimento do direito à probidade administrativa: “o direito ao governo probo como direito fundamental, o que redundará em sua integral proteção e vinculação dos Poderes constituídos”.⁹⁶

Segundo Hélio Ramos, o direito probidade na administração pública é não só um direito considerado como fundamental, mas que integra o núcleo dos direitos fundamentais universais, essencial para a consolidação do constitucionalismo do futuro, que depende de uma postura ética dos administradores públicos.⁹⁷ A não observância ao

⁹³ *Ibidem*. P. 119.

⁹⁴ PAULO NETO, Carlos Romero Lauria. Concretização dos direitos fundamentais sociais: funções objetiva e subjetiva e problemas de aplicabilidade e justiciabilidade. **Revista Direito e Desenvolvimento**, v. 1, n. 1, p. 237-269, jun. 2010, p. 246-247

⁹⁵ *Apud* Parise, 2016, p. 120.

⁹⁶ PARISE, Elaine Martins. **A importância do reconhecimento do direito fundamental ao governo probo para a consolidação da democracia brasileira**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. 2016. p. 122.

⁹⁷ A efetiva consagração do neoconstitucionalismo no País exige que haja uma postura ética e comprometida da Administração Pública e de seus agentes públicos com o respeito aos direitos

princípio da moralidade administrativa acarreta o não cumprimento, ou até mesmo a violação, de garantias e direitos positivados e assegurados aos cidadãos pela própria Constituição.

O reconhecimento do caráter fundamental do direito a uma boa administração tem ocorrido em outros países do mundo. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz aponta que a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais elencou expressamente o direito fundamental dos cidadãos europeus à boa administração pública⁹⁸. Segundo Muñoz, a identificação do direito fundamental à boa administração funciona como um lembrete permanente às administrações públicas de que as suas ações devem ser realizadas de acordo com o direito dos cidadãos a uma gestão pública honesta e eficiente.⁹⁹

A fundamentalidade do direito à probidade administrativa também é declarada em decisões judiciais emanadas pelo Supremo Tribunal Federal. No Inquérito 3.983 do Distrito Federal, o Ministro Celso de Mello retoma o mesmo raciocínio por ele utilizado no caso do Mensalão - AP 470/MG –, quando acentua: “o ato de corrupção constitui um gesto de perversão da ética do poder e da ordem jurídica”. Em seguida, o Ministro reconhece “o dever de probidade administrativa imposto a todos os cidadãos¹⁰⁰”.

Portanto, o reconhecimento do direito à probidade administrativa como fundamental é o posicionamento adotado por grande parte da doutrina brasileira. Essa premissa jurídica é essencial para que possam ser adotados os efeitos práticos decorrentes.

fundamentais e sociais; isso revela uma conexão inevitável com a moralidade administrativa a tal ponto que se conclui que tal princípio é erigido à categoria de integrante do núcleo dos direitos fundamentais, desvelado pelos ideais do governo eletrônico e valores do neoconstitucionalismo. RAMOS, Hélio Santiago Jr. **Moralidade Administrativa Como Direito Fundamental a Boa Administração Eletrônica e a Relação do Governo Eletrônico Com os Valores do Neoconstitucionalismo**. Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense, 21, 2012, pp. 113-128. HeinOnline, pg. 116.

⁹⁸ La centralidad de los ciudadanos en el sistema del Derecho Administrativo ha permitido que en otras latitudes como la Unión Europea, la Carta Europea de los Derechos Fundamentales haya reconocido el derecho fundamental de los ciudadanos europeos a la buena Administración pública, concretado en una determinada manera de administrar lo público caracterizada por la equidad, la objetividad y los plazos razonables. MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **El derecho fundamental a la buena administración y el Derecho Administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance. n. 19. ano 5. p. 299-325. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2021.

⁹⁹ En fin, el reconocimiento a nivel europeo del derecho fundamental a la buena administración constituye, además, un permanente recordatorio a las Administraciones pública, de que su actuación ha de realizarse con arreglo a unos determinados cánones o estándares que tienen como elemento medular la posición central del ciudadano. Posición central del ciudadano que ayudará a ir eliminando de la praxis administrativa toda esa panoplia de vicios y disfunciones que conforman la llamada mala administración. MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **El derecho fundamental a la buena administración y el Derecho Administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance. n. 19. ano 5. p. 299-325. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2021.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Brasília. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10940248>. Acesso em: 07 set. 2022.

Tais efeitos ocorrem em todos os “três poderes”, seja na possibilidade de utilizar a probidade como fundamento para políticas públicas pelo Poder Executivo, assim como, por exemplo, na possibilidade de reconhecimento, pelo Poder Judiciário, da inconstitucionalidade de uma norma que enfraqueça o combate à corrupção.

1.4. O direito fundamental à probidade administrativa, a Lei nº 8.429 e as alterações promovidas pela Lei nº 14.230

O direito fundamental à probidade administrativa e a diretriz constitucional de combater a corrupção deu origem à Lei de Improbidade Administrativa, legislação que visa punir os atos que violem os princípios norteadores da administração pública: princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Após a promulgação da Constituição de 1988, a Lei de Improbidade Administrativa, sancionada em 1992, tornou-se o primeiro diploma normativo cível de controle preventivo e repressivo à prática de atos contrários à probidade administrativa, popularmente conhecidos como “corrupção”.

Na exposição de motivos da Lei nº 8.429, ficou registrado o objetivo visado por essa Lei: “reprimir uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o país, que é a prática desenfreada e impune de atos de corrupção no trato com os dinheiros públicos”¹⁰¹.

Com a criação desse instrumento jurídico cível, a ação de improbidade foi intensamente utilizada nos últimos anos, em especial pelos órgãos de persecução. Luís Fonseca e Vitor Marques mencionam que, em 2011, o Conselho Nacional de Justiça (CNN) relatou a existência de 43.773 ações de improbidade em curso e ressalvam: “os dados empíricos não deixam dúvidas com relação ao status conquistado pela LIA no sentido de tornar-se a principal ferramenta para controle e sancionamento dos gestores públicos, superando, inclusive, as ações penais em assuntos conexos”.¹⁰²

Não obstante a inegável importância para o cenário jurídico e social, a Lei de Improbidade foi alvo de severas críticas ao longo das últimas décadas. Algumas críticas estão relacionadas às cláusulas abertas estipuladas nos artigos que tipificam os atos de improbidade.

¹⁰¹ BRASIL. Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992. Exposição de motivo. **Diário do Congresso Nacional**: seção1, Brasília, DF. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-exposicaodemotivos-149644-pl.html>. Acesso em: 07 set. 2022.

¹⁰² PIRES, Luis Manuel Fonseca Pires; MARQUES, Vitor. **O reencontro da improbidade administrativa com o propósito da Constituição Federal de 1988**. 2022.

Fábio Medina Osório critica a redação original da Lei de Improbidade Administrativa, em especial no tocante às cláusulas abertas e os reflexos dessa escolha legislativa. Primeiramente, ele reconhece que a existência de normas semanticamente vagas e imprecisas permite que a legislação consiga se adaptar ao dinamismo da sociedade, o que é importante ao se notar, por exemplo, que os agentes corruptivos, não raras vezes, atualizam suas manobras para se afastar da órbita da Lei.¹⁰³ Por outro lado, os conceitos abertos permitem que as ações de improbidade administrativa sejam manejadas de forma arbitrária e abusiva, baseadas apenas no principialismo jurídico.¹⁰⁴

As críticas à LIA também estão relacionadas ao longo tempo de duração das ações judiciais de improbidade administrativa. Uma Pesquisa divulgada pela ABJ – Associação Brasileira de Jurimetria -, elaborada a partir dos dados disponíveis no banco de condenados por improbidade administrativa, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), concluiu que os tribunais brasileiros levam mais de seis anos, em média, para julgar ações de improbidade administrativa¹⁰⁵.

Outro estudo elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com a Universidade de Itaúna identificou diversas falhas no funcionamento procedimental da Lei de Improbidade Administrativa, notadamente no que se refere à dificuldade em garantir o ressarcimento ao erário público. De acordo com as conclusões desse estudo, desenvolvido a partir de dados empíricos, o grau de ressarcimento dos danos causados ao erário público, perseguidos por meio das ações de improbidade, correspondeu ao percentual ínfimo de 4% (quatro por cento). Confere-se excerto extraído desse estudo:

¹⁰³As vantagens desse ambiente semanticamente vago são notáveis e têm sido exploradas, em alguma medida, pelos operadores jurídicos competentes, a saber: (i) permite-se ao intérprete grande mobilidade, atualizando os textos legais diante dos fatos e dos velozes acontecimentos e mutações sociais, dentro das exigências técnicas de fundamentação e aplicação de normas aos casos concretos; (ii) outorga-se flexibilidade normativa aos mecanismos punitivos, de tal modo a coibir manobras formalistas conducentes à impunidade, com o que se reduz o campo da impunidade e das decisões absolutórias injustas, um dos grandes obstáculos ao combate à corrupção; (iii) acompanha-se a dinâmica da corrupção e dos fenômenos de má gestão pública, os quais não podem ser cristalizados em textos legais, considerando suas estruturas, de tal sorte que os fatos ilícitos podem ser melhor tutelados pelas entidades fiscalizadoras. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. Revista dos Tribunais, 8º Edição, 2022. Livro digital, paginação irregular.

¹⁰⁴Ocorre que houve muitos abusos no manejo de ações repressivas baseadas no principialismo jurídico, sem atentar ao caráter das normas sancionadoras em branco e à necessidade de complementação normativa subjacente dos tipos que veiculavam supostas proibições de condutas violadoras de princípios jurídicos. *Ibidem*

¹⁰⁵COSTA, Flávio. **Brasil leva 6 anos para julgar improbidade; demora dificulta recuperação de dinheiro público**. São Paulo: UOL, 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/08/29/brasil-leva-6-anos-para-julgar-improbidade-demora-dificulta-recuperacao-de-dinheiro-publico.htm?cmpid>> Acesso em: 07 set. 2022.

O ressarcimento dos danos causados, ou seja, de natureza patrimonial e de forma total, foi observado em 4,00% e o de natureza parcial ocorreu em 6,40% dos processos. Neste ponto, o que se verificou, em termos de identificação da influência de aspectos processuais na permanência de situações de impunidade, foi que não há uma atuação mais precisa e incisiva na fase de execução dos julgados. O ressarcimento dos prejuízos causados não tem recebido a mesma prioridade que o ajuizamento do processo de conhecimento.¹⁰⁶

Portanto, os aspectos acima delineados são algumas das críticas que incentivaram o início das discussões acerca da necessidade de reformar a Lei de Improbidade Administrativa.¹⁰⁷

Nesse cenário, em 22/02/2018, o Presidente da Câmara dos Deputados na época, Rodrigo Maia, designou uma comissão de juristas responsáveis pela confecção de um anteprojeto para uma nova Lei de Improbidade Administrativa. Na elaboração da exposição de motivos desta comissão, restou assentado como justificativa o fato de que “o processo natural de releitura, reinterpretação e reconstrução semântico-jurídica despertou a necessidade de sistematizar e aperfeiçoar a legislação vigente”.¹⁰⁸

Como resultado do anteprojeto Projeto de Lei nº 10887/18 elaborado pela Comissão de Juristas, emergiu a Lei nº 14.230, sancionada ao final de 2021. Essa nova Lei implementou profundas mudanças no sistema legal da improbidade administrativa: alterou a legitimidade do agente que ocupa o polo ativo, a tipicidade subjetiva e objetiva, bem como as regras prescricionais.

Há quem afirme que as mudanças implementadas foram tão substanciais que a despeito de, formalmente, a Lei nº 14.230/21 ter apenas provocado modificações à Lei 8.429/92, estamos quase a tratar de um novo regime, tanto sob o aspecto material quanto sob o aspecto processual”.¹⁰⁹ Não é exagero afirmar que a atual Lei de Improbidade Administrativa é um novo estatuto, completamente diferente do original.

¹⁰⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Lei de Improbidade Administrativa: Obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade.** In: Série Justiça Pesquisa, 1 ed. 2015, p. 69.

¹⁰⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador.** Revista dos Tribunais, 8º Edição, 2022. Livro digital, paginação irregular.

¹⁰⁸ BRASÍLIA. **Ato do Presidente de 22 de fevereiro de 2018.** A respeito da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Brasília: Diário da Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/int/atopr/sn/2018/atodopresidente-57776-22-fevereiro-2018-786200-publicacaooriginal-154915-cd-presi.html>. Acesso em: 09 set. 2022.

¹⁰⁹ JÚNIOR, Ricardo Duarte. **Lei de Improbidade Administrativa: Os ‘novos’ tipos de improbidade previstos pela Lei 14.230/21.** Jota, julho de 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/os-novos-tipos-de-improbidade-previstos-pela-lei-14-230-21-22072022>. Acesso em: 09 set. 2022.

No entanto, a despeito do cenário nacional, as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21, que serão abordadas no próximo capítulo, não trouxeram melhorias no combate à improbidade administrativa, o que normalmente se espera de uma atualização legislativa.

Nos últimos anos, foram trazidos à tona diversos casos de corrupção na administração pública no âmbito estadual, municipal e nacional (a exemplo do Mensalão, da Lava Jato, entre outros). Como reflexo dos casos de corrupção, escancarados pelas instituições públicas (Judiciário e Ministério Público) e pelo jornalismo nacional, a tendência lógica é que as eventuais alterações legislativas deveriam ter sido implementadas para prevenir novos casos de corrupção, assim como combatê-los de forma eficiente.

No entanto, as mudanças implementadas pela Lei nº 14.230/21 na redação original se limitaram a flexibilizar o sistema de punição da improbidade administrativa. De uma forma genérica, as alterações tornaram mais difícil que determinada conduta seja qualificada e punida como improbidade administrativa, ainda que viole os princípios da administração pública.

Diante dessa conjuntura, as alterações legislativas são incompatíveis com o cenário de corrupção nacional, que demanda medidas que fortaleçam o combate à corrupção na administração pública, uma realidade ainda recorrente no cenário social brasileiro. A nova Lei de Improbidade, ao enfraquecer o sistema de combate à improbidade administrativa, diminuiu o núcleo de proteção da probidade de administração pública, embora seja este qualificado como um direito de ordem fundamental.

2. A Lei nº 14.230: as alterações no sistema de combate à improbidade administrativa sob a ótica do direito fundamental à probidade administrativa

A Lei nº 14.230 implementou profundas alterações na Lei de Improbidade Administrativa (LIA). Este diploma normativo é o principal instrumento de combate à corrupção na administração pública e o seu fundamento de validade decorre diretamente da Constituição Federal. Nesse capítulo, as principais mudanças na LIA são analisadas à luz do direito fundamental à probidade administrativa e dos princípios da vedação à proteção deficiente e da proibição de retrocesso.

2.1 As principais mudanças implementadas pela nova Lei de Improbidade Administrativa

Uma das principais alterações promovidas pela nova Legislação - Lei nº 14.230/21 - consiste na alteração do prazo prescricional da pretensão sancionadora do Estado (artigo 23). A redação promulgada unificou este prazo, bem como o termo inicial. Atualmente, o prazo prescricional é de 08 (oito) anos a contar da data do fato, com aplicação equivalente para todos os agentes submetidos à órbita dessa Legislação.

Uma novidade foi a previsão da prescrição interfases (também chamada de intercorrente). O parágrafo 4º do artigo 23 relata que a prescrição estatal é interrompida com o ajuizamento da ação judicial pelo sujeito ativo, assim como pela publicação de decisão ou acórdão de Tribunal de Justiça, Tribunal Regional, STJ e STF, que confirme sentença condenatória ou reforme sentença de improcedência.

Em seguida, o parágrafo 5º do artigo 23 preconiza que, se a prescrição for interrompida pelas circunstâncias predispostas no parágrafo 4º, o prazo prescricional interrompido retorna a partir do início, porém reduzido pela metade, contados a partir da sua interrupção.

Em termos práticos, a prescrição interfases criou um lapso temporal máximo para que sejam julgadas as ações de improbidade administrativa; é um suposto reflexo normativo do princípio constitucional da duração razoável do processo. Esse instituto pode ser considerado como uma reação legislativa a uma das principais críticas apontadas durante a vigência da redação original da Lei de Improbidade Administrativa: o excessivo tempo de duração das ações de improbidade administrativa submetidas ao crivo do Judiciário.

Com relação à prescrição interfases, porém a partir de um raciocínio inverso, o Ministério Público Federal, na nota técnica nº 01/2021, elaborada pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção Comissão de Assessoramento Permanente em Leniência e Colaboração Premiada, manifesta-se no sentido da inconstitucionalidade dessa previsão¹¹⁰. O MPF argumenta que se o tempo médio de

¹¹⁰ O prazo de prescrição intercorrente, de apenas 4 (quatro) anos, previsto no novo artigo 23, §5º da LIA, inserido pela Lei no 14.230/2021, para a realização de toda a instrução processual/probatória e o exame de mérito, com condenação, nas ações por ato de improbidade administrativa, contraria drasticamente o princípio da proporcionalidade e do devido processo legal substantivo, na dimensão de proibição de proteção insuficiente dos bens jurídicos (art. 5º inciso LIV, CF), e da duração razoável do processo, sob a perspectiva da necessidade de assegurar tempo razoável para a resposta estatal em demandas dessa natureza. (art. 5º, LXXVIII, CF), vez que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, através de seu Departamento de Pesquisas Judiciárias – DPJ, em 2015, na Série Justiça Pesquisa, concluiu que, em média,

duração das ações de improbidade são 06 anos, não é razoável que se estabeleça um prazo prescricional inferior ao tempo usual de duração dessas ações que, em tese, corresponde ao tempo que o Estado necessita para que julgue tais ações.

A *novel* Lei também alterou a redação original do artigo 10, que tipifica os atos de improbidade que causam danos ao erário público. Originalmente, o artigo 10 categorizava como improbidade administrativa os atos que causavam danos ao erário público, sejam culposos ou dolosos. Com a redação atual, os atos de improbidades causadores de dano ao erário só se configuram como tal se houver o elemento volitivo dolo (vontade consciente de praticar o ato ímprobo).

O agente que atua de maneira negligente, imprudente ou imperita, ainda que seu ato resulte dano ao erário público, não deve ser responsabilizado sob a órbita da Lei de Improbidade. Em outras palavras: atos causadores de dano ao erário, porém decorrentes de, por exemplo, desorganização ou despreparo do agente público, devem ser punidos em outra esfera. A Lei atual extinguiu, definitivamente, a modalidade culposa da improbidade administrativa.

A redação primitiva do artigo 11 da Lei de Improbidade também foi alterada, em especial no que se refere à tipicidade formal. A Lei de 2021 extinguiu a tradicional “cláusula aberta” original desse dispositivo. Atualmente, a violação aos princípios da administração pública depende da existência de previsão específica prévia em alguns dos incisos desse artigo.

Os atuais incisos do artigo 11 abarcam um rol taxativo de condutas ímprobas (e não mais exemplificativo). Ainda que determinada conduta seja capaz de violar os princípios da administração pública consagrados na Carta Magna de 1988, para que seja considerada improbidade administrativa, deve estar prevista em um dos incisos do artigo 11.

Essa alteração legislativa foi alvo de duras críticas por parte da doutrina. Juristas argumentam que “o estabelecimento de hipóteses taxativas irá impedir que condutas

foi observado que o tempo entre a data do ajuizamento do processo e a data do trânsito em julgado, em ações de improbidade administrativa que constavam da base de dados até dezembro de 2013 foi de 1.855,83 dias (61,86 meses ou 5,15 anos), revelando objetivamente os vícios de inconstitucionalidade material referidos. **Nota Técnica n. 01/2021 – 5a CCR do Ministério Público Federal**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgj/documentos/NTOrientao12.2021.pdf>. Acesso em: 09 set. 2022.

igualmente ímprobos e passíveis de uma caracterização objetiva acerca da violação de um princípio administrativo sejam punidas como ato de improbidade administrativa”¹¹¹.

Além das alterações na redação dos artigos 10 e 11, o artigo 1º da nova Legislação, *caput* e seus parágrafos, inova no regramento legislativo da improbidade administrativa. Em suas disposições, preocupa-se em definir as premissas básicas que devem ser utilizadas para verificar se determinado ato é considerado uma improbidade administrativa.

O §1º do artigo 1º estipula que se considerem atos de improbidade administrativa apenas as condutas tipificadas nos artigos 9º, 10 e 11 desta Lei que sejam praticadas de forma dolosa. Para complementar a inteligência deste artigo 1º, o §2º prescreve que o dolo é a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito, não bastando a voluntariedade do agente. Pairando qualquer dúvida, o §3º estatui a regra de que o mero exercício da função pública, sem a comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

É nítida a intenção do legislador ordinário de consagrar o entendimento jurídico que, para que determinada conduta seja considerada ímproba, cabe ao órgão acusatório demonstrar a intenção do agente de praticar o ato ilícito e de alcançar o resultado ilícito; não é suficiente que se demonstre apenas o agir voluntário do agente. Luiz Manoel Gomes Junior e Rogerio Favreto apontam que a diretriz normativa não impede outras formas de responsabilização do agente, mas apenas rechaça a possibilidade de que haja uma identidade exata entre a irregularidade e a improbidade.¹¹²

Portanto, diante das modificações demonstradas, denota-se que as alterações implementadas pela nova Lei de Improbidade Administrativa dificultaram a punição com apoio nessa legislação. Desse modo, as principais alterações responsáveis por diminuir o núcleo protetivo da LIA serão analisadas nos tópicos seguintes, quais sejam: a previsão do dolo genérico como elemento do ato de improbidade e a taxatividade do artigo 11 da LIA.

2.1.1. O dolo específico como requisito para tipificação de todos os atos de Improbidade Administrativa

¹¹¹ DE SÁ, Acácia Regina Soares. **As alterações no art. 11 da lei 8.429/92: o ponto de equilíbrio**. Migalhas, agosto de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/350313/as-alteracoes-no-art-11-da-lei-8-429-92-o-ponto-de-equilibrio>. Acesso em: 09 set. 2022.

¹¹² JUNIOR, Luiz Manoel Gomes Junior; FAVRETO, Rogerio. **Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa**. 5ª Edição. Revista dos Tribunais, 2021, p. 119.

A nova Lei de Improbidade prescreve que o ato de improbidade administrativa, para que seja caracterizado como tal, deve ser praticado de forma dolosa. O dolo consiste na vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos artigos 9º, 10º e 11º da LIA Lei (ou seja, em qualquer das hipóteses legais de improbidade administrativa).¹¹³ O artigo 11, §2º, esclarece que a exigência de dolo específico se aplica inclusive para os atos de improbidade administrativa previstos em legislações extravagantes.

Atualmente, não é suficiente a demonstração de que o agente atuou de forma voluntária (dolo genérico). Ao contrário do dolo genérico, que é a vontade de praticar a conduta típica independente da finalidade, o dolo específico é a vontade de praticar a conduta típica, porém com uma especial finalidade.¹¹⁴

Com a nova legislação, o dolo específico tornou-se elementar do tipo da improbidade administrativa. Por isso, o órgão acusatório (ou outro sujeito ativo do processo) deve demonstrar que a conduta do agente foi livre e consciente e que teve como finalidade específica alcançar o resultado ilícito, ainda que o resultado não tenha sido efetivamente alcançado.

O atual regramento da Lei de Improbidade vai ao encontro ao posicionamento adotado pela maior parte dos integrantes do Superior Tribunal de Justiça. Em diversas decisões prolatadas nos últimos anos, a Corte Superior concebeu que os atos de improbidade descritos nos artigos 9º, 10º e 11º eram punidos a título de dolo genérico –

¹¹³ A lei sob comento consagrou a principiologia constitucional do direito administrativo sancionador e fixou que configuram atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei no 8.429/92. Dispôs, expressamente, que se aplica a teoria da tipicidade à matéria em estudo e que são puníveis exclusivamente as condutas dolosas praticadas por uma pessoa ou em concurso de pessoas (art. 2º e art. 1º, § 1º, Lei 8.429/92; art. 2º e art. 3º da Lei 8.429/92). Além disso, definiu dolo: “vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11”, não bastando a “voluntariedade do agente” (art. 2º e art. 1º, § 2º da Lei nº 8.429/92). Elucidou que o “mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa” (art. 2º e art. 1º, § º, Lei no 8.429/92). Está a exigir o dolo específico (praticar a ação, em sentido amplo, para “auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida”, nos termos da reforma (art. 2º e art. 9º, *caput*, Lei no 8.429/92, v. g.).²⁵ Além dos elementos normativos dos tipos de ato de improbidade administrativa elencados (“facilitar” para a indevida incorporação – art. 2º e art. 10, inc. I, Lei no 8.429/92). PENTEADO, Jaques de Camargo. **Improbidade Administrativa e a Lei n. 14.230/21: Brevíssimas e Atualizadas Notas**. Revista LEX de Direito Administrativo - Ano II - no 4 - jan./abr. 2022.

¹¹⁴ O dolo genérico, que foi reputado essencial para a configuração de ato de improbidade pelos ministros do STJ, no âmbito penal é definido como a vontade de praticar a conduta típica, sem qualquer finalidade especial. Contrapondo-se ao dolo específico, que seria vontade de praticar a conduta típica, adicionada de uma especial finalidade. Por exemplo, nos crimes contra a honra, não bastaria ao agente divulgar fato ofensivo à reputação de alguém para se configurar a difamação, sendo indispensável que agisse com dolo específico, ou seja, a especial intenção de difamar, de conspurcar a reputação da vítima. NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 190.

e não de dolo específico. Para demonstrar essa compreensão, colaciona-se fragmento do Recurso Especial nº 1512085/SP:

Cumprir destacar, ainda, que o dolo que se exige para a configuração da improbidade administrativa é a simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica - ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria -, sendo despidendo perquirir acerca de finalidades específicas.¹¹⁵

Essa posição jurídica foi objeto da edição nº 40 do “Jurisprudência em Teses”¹¹⁶, elaborada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que tratou, nesta edição nº 40, a respeito de temas relevantes na seara da improbidade administrativa. Ao definir o enunciado do entendimento nº 9, a Corte Superior de Justiça firmou a seguinte tese:

O ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei nº 8.429/92 não requer a demonstração de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito, mas exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico.¹¹⁷

Não obstante a nova lei tenha instaurado a necessidade de comprovação do dolo específico para a adequada comprovação do ato ímprobo¹¹⁸, Fábio Medina Osório, doutrinador cujos ensinamentos se direcionam ao viés garantista, não concorda com a opção do legislador ordinário e pondera que essa escolha vai de encontro à tendência do

¹¹⁵ REsp 1512085/SP, Rel. Min. Hermann Benjamin, j. em 02.08.2016, DJe 10.10.2016

¹¹⁶ Publicação periódica que apresenta um conjunto de teses sobre determinada matéria, com os julgados mais recentes do Tribunal sobre a questão, selecionados até a data especificada. Além disso, ao clicar no texto da tese, obtém-se o resultado de pesquisa feita pela Secretaria de Jurisprudência em tempo real. São disponibilizados também links para o acesso a outros produtos relacionados às teses estudadas. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jt/>

¹¹⁷ STJ, Jurisprudência em Teses, Edição nº 40: Improbidade Administrativa – II, entendimento nº 9.

¹¹⁸ Analisando o texto legal da Lei nº 14.230/2021, percebe-se que o legislador deu ênfase ao elemento psicológico do ato ímprobo, pois previu de forma expressa a necessidade de uma intenção ilícita (artigo 1º, §2º e 3º), de um fim de obter proveito ou benefício indevido (artigo 11, §1º), somada à retirada da figura culposa e a determinação de que a voluntariedade é insuficiente para configurar o dolo em sede de improbidade (estudada acima). Tais ordenamentos normativos conduzem à presunção de que o desejo do legislador foi de estabelecer um dolo na visão psicológica, pois, do contrário, bastaria determinar a necessidade do dolo para configurar o ato ímprobo. A inexistência de definição legal de dolo na improbidade administrativa (antes da Lei n. 14.230/21) acarretou interessantes debates doutrinários e jurisprudenciais, com posições antagônicas que foram da desnecessidade do elemento subjetivo para a configuração do ato ímprobo, até a necessidade de um dolo específico (aparentemente a posição adotada pela mencionada lei) (CASTILHO, 2021, p. 8). Dessa forma, tudo indica que a mudança legislativa proposta visa resolver a discussão ora levantada, posicionando-se no sentido da necessidade da presença da má-fé para caracterizar o ato de improbidade administrativa, uma vez que deixa expresso que não basta a voluntariedade do agente para a configuração do dolo. LAUSS, Fernando; MALDONADO, Hélio Deivid Amorim. **A prova do dolo nas ações por ato de improbidade administrativa**. Conjecturas, ISSN: 1657-5830, Vol. 22, n. 6, p. 904.

Direito Administrativo Sancionador (DAS). Medina esclarece que a doutrina jurídica e legislativa do Direito Administrativo Sancionador é formada por conceitos jurídicos indeterminados, fatores estes que não são compatíveis com a necessidade de que se comprove o dolo específico¹¹⁹.

Outrossim, há quem aponte que a exigência de comprovação da intenção ilícita do agente que comete ato de improbidade está em desacordo com o artigo 28 da Convenção de Mérida (Decreto nº 5.687/2006), segundo o qual: “o conhecimento, a intenção ou o propósito que se requerem como elementos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção poderão inferir-se de circunstâncias”.

Em sentido semelhante à crítica feita por Medina, membros do Ministério Público Estadual e Federal também se posicionaram de forma contrária à necessidade de comprovar o dolo específico¹²⁰. Hugo Nigro Mazzilli adverte que as alterações feitas pela nova Lei tornaram difícil ou até mesmo impossível a condenação do gestor ímprobo¹²¹.

¹¹⁹ O dolo, para efeitos de ser reconhecido no Direito Administrativo Sancionador, é genérico, o mais amplo possível, raramente específico, mas a Lei de improbidade optou pelo dolo específico. Cabe dizer que até mesmo no Direito Penal se rejeita, hoje, como regra geral, o dolo específico. Mais ainda se rejeita tal hipótese no Direito Administrativo Sancionador como regra geral. No entanto, essa foi a opção legítima do Legislador ao tipificar os atos de improbidade administrativa e, nesse passo, deve tal escolha ter efeitos retroativos, pois impacta de modo mais benéfico os acusados em geral. O dolo, no Direito Administrativo Sancionador, como regra geral (com exceção da improbidade), merece uma ampla conexão com os tipos sancionadores, que, por seu turno, são compostos por conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais, fatores que resultam incompatíveis com a tese do “dolo específico”. Deve-se respeitar, não obstante, opções pontuais do Legislador quanto à descrição do dolo. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. Revista dos Tribunais, 8ª Edição, 2022. Livro digital, paginação irregular.

¹²⁰ No entendimento do procurador de Justiça Mateus Bertoncini, membro da Procuradoria de Justiça que representa o MPPR nas ações de improbidade administrativa junto ao Tribunal de Justiça, “a defesa da probidade administrativa prevista na Constituição de 1988 não é o objetivo do Projeto de Lei 10.887/2018, e as pretendidas alterações induzem a essa conclusão. A comprovação do dolo específico para a configuração de qualquer modalidade de ato de improbidade administrativa, por exemplo, corresponde à chamada ‘prova diabólica’, impossível de ser realizada, pois não há meio que permita a demonstração da intenção do réu no momento em que ele comete o ilícito”. Outro exemplo citado pelo procurador de Justiça são os atos de improbidade administrativa praticados por partidos políticos e seus dirigentes, que, de acordo com a proposta em curso, não mais seriam puníveis. “Conforme previsão do art. 23-C do PL, os partidos políticos responderão exclusivamente com base na Lei 9.096/1995, a chamada Lei dos Partidos Políticos, que somente prevê a devolução dos recursos desviados do Fundo Partidário pela agremiação política, acrescida de multa de até 20% (art. 37)”, explica. Segundo essa Lei, especificamente a partir do que diz o § 2º do art. 37, são isentos de responsabilidade os dirigentes envolvidos. Boletim do MPGO. **Mudanças na Lei de Improbidade podem dificultar combate à corrupção**. 2021. Disponível em: http://www.mpggo.mp.br/boletimdompggo/2021/08-ago/cao/patrimonio_publico_terceiro_setor/noticias/Mudancas-na-Lei-de-Improbidade-podem-dificultar-combate-a-corrupcao.html. Acesso em: 09 set. 2022.

¹²¹ E mais ainda. O Congresso Nacional também dá sua contribuição para esse troco. Alguns anos depois de promulgada, a Constituição foi efetivamente reformada para instituir um controle externo sobre o Poder Judiciário e sobre o Ministério Público, respectivamente pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Nacional do Ministério Público (EC 45/2004 (LGL\2004\2637)). Quero deixar claro que não sou contra controles externos; ao contrário: quanto mais poderes tenha um órgão ou instituição, mais controle precisa receber. Só que, na EC 45/2004 (LGL\2004\2637), esses controles não foram instituídos por uma razão técnica ou teórica, mas, sim, foram feitos exata e especialmente como mais uma tentativa de enquadrar o Ministério Público. Tivemos, também, a já aludida e infrutífera PEC 37/2011. No ano passado, sem maior

À vista do exposto acima, denota-se que a prova do dolo se tornou mais complexa com a alteração legislativa feita pela Lei nº 14.230/2021. Sob a égide da redação original da LIA, a inicial de improbidade administrativa precisava demonstrar o dolo normativo, que consiste basicamente na demonstração de que foi violado o tipo normativo.

Na atual vigência da nova Lei, é indispensável que se demonstre não apenas a existência do ato ilícito, mas a intenção dolosa do agente de praticar o ato ímprobo. Em virtude dessa alteração, eventuais condutas, ainda que violem o direito fundamental à probidade na gestão pública, não poderão ser objeto de uma ação de improbidade caso não se tenha prova da vontade específica de praticar o resultado ilícito.

Portanto, a inclusão do dolo específico diminuiu o núcleo de proteção das condutas protegido pelo diploma normativo que versa sobre a improbidade administrativa e retrocedeu na luta do combate à improbidade administrativa.

2.1.2. O atual rol taxativo do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa

A Lei nº 14.230/2021 alterou o artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, que disciplina as condutas que violam os princípios da administração pública. A redação original desse artigo continha a expressão “e notadamente”, responsável por indicar a ausência de um rol exaustivo das condutas elencadas como ímprobas e, por consequência, essa cláusula aberta permitia que esse artigo fosse capaz de se adequar ao dinamismo da sociedade.

Com a alteração legislativa, a expressão “e notadamente” foi excluída desse artigo. Em virtude dessa supressão, o rol das condutas que atentam contra os princípios da administração pública é atualmente taxativo e, assim, limita-se a elencar como ímproba apenas as poucas condutas previamente consideradas como tal pelo legislador ordinário.

Nesse cenário, eventual conduta, ainda que seja capaz de violar gravemente os princípios da administração pública, não será enquadrada no artigo 11 da LIA se não estiver elencada como típica nos incisos desse artigo. A conduta que não se enquadra nos

pejo, o Congresso afrouxou a Lei 8.429/92 (LGL\1992\19) (Lei de Improbidade Administrativa), editando a Lei 14.230/21 (LGL\2021\14476) – sancionada sem vetos pelo Presidente da República – Lei esta que alterou de tal forma a legislação então vigente, que ficou profundamente difícil e às vezes até mesmo impossível condenar o administrador ímprobo. O Congresso tem ainda em andamento um projeto de novo Código de Processo Penal, bem como projetos de alteração da Lei da Ação Civil Pública que, sem dúvida, irão criar mais dificuldades e embaraços à atuação do Ministério Público... E isso sem nos esquecermos da recente PEC 5/2021, que visava alterar a composição e a própria destinação do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Esta última proposta só não foi aprovada por poucos votos, e seu principal escopo era dar ao CNMP o controle administrativo dos atos da atividade-fim do Ministério Público. MAZZILLI, Hugo Nigro. **Ministério Público Brasileiro: Desafios e Perspectivas**. Revista dos Tribunais, vol. 1041. ano 111. p. 155-165. São Paulo: Ed. RT, julho 2022.

incisos é destituída de tipicidade. Sobre essa alteração, Guilherme Pupe conclui que a nova Lei afastou da órbita da improbidade administrativa as condutas que, embora violem os princípios da administração pública, estejam dissociadas de enriquecimento ilícito e/ou lesão ao erário¹²².

A alteração diminuiu o núcleo de condutas protegidas pela Lei de Improbidade Administrativa ao permitir que ações, ainda que reprovadas pela Constituição e capazes de violar os princípios da administração pública, não mais possam ser considerados como atos de improbidade.

A escolha legislativa não está respaldada em nenhuma justificativa razoável. De acordo com Oliveira e Grotti, a restrição injustificada desse artigo, ao estabelecer um rol tímido de hipóteses que atentam contra a honestidade, a legalidade, a imparcialidade e a lealdade institucional, retrocedeu no enfrentamento das “práticas nefastas de patrimonialismo, clientelismo, nepotismo, favoritismo e outras mazelas ético-jurídicas gravíssimas que vicejam no aparelho do Estado”.¹²³

Ao analisar a alteração promovida no artigo 11 da Lei nº 14.230/2021, que estabeleceu a taxatividade dos atos ímprobos que violam os princípios da administração pública, José Carlos Fernandes argumenta que esta mudança é irrazoável e desproporcional, haja vista permitir que “uma série de condutas dolosas, previstas como crimes e também praticadas por agentes públicos no exercício de suas funções, simplesmente sejam ignoradas pelo Direito Administrativo Sancionador”¹²⁴.

Renato Castro também repreende a taxatividade dos comportamentos violares aos princípios da administração pública, sob o argumento de não ser razoável que o legislador “deixe de fora de seu espectro legal infindáveis outras condutas, que, tanto quanto aquelas expressamente contempladas na lei, podem macular bens jurídicos passíveis de proteção.”¹²⁵

¹²² MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; DA NÓBREGA, Guilherme Pupe. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. Lumen Iures, 2022. P. 167.

¹²³ OLIVEIRA, J. R. P; Grotti, D. A. M. **Panorama crítico da Lei de Improbidade Administrativa, com as alterações da Lei 14.230/2021**. Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance. n. 20. ano 6. p. 97-141. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2022.

¹²⁴ FERNANDES, José Carlos. **Considerações sobre a retroatividade da lei mais benéfica no âmbito da Proteção à Probidade Administrativa: impactos da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, no rol do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, à luz da Constituição da República**. Conamp, 2021.

¹²⁵ CASTRO, Renato de Lima. **Atos de improbidade administrativa que violam os princípios da administração pública: as alterações da Lei no 14.230/21 e sua incompatibilidade com a Constituição Federal**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro no 83, jan./mar. 2022. p. 137.

A concepção negativa a respeito do atual artigo 11 da LIA é reforçada com a demonstração que a redação original do artigo 11 era responsável pela maior parte das punições no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa. Prova disso é um estudo coordenado por Rafael Araripe Carneiro, que examinou 800 julgados do Superior Tribunal de Justiça e, a partir dessa análise, concluiu que 50% das ações de improbidade tiveram, no todo em parte, fundamento no dispositivo original do artigo 11.¹²⁶

Desse modo, a alteração promovida pela nova Lei tem sido objeto de questionamento e crítica no universo jurídico, em especial, porque diminuiu o núcleo de condutas consideradas ímprias, de acordo com a Lei de Improbidade Administrativa, sem que exista uma justificativa jurídica ou social que legitime democraticamente essa alteração normativa.

2.1.3. A flexibilização do sistema de combate à improbidade administrativa sob a ótica dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil

Por meio dos tratados internacionais internalizados no ordenamento jurídico pátrio, a República Federativa Brasileira se comprometeu a fortalecer o combate à corrupção, o que foi abordado no primeiro capítulo desse estudo. Por esse motivo, a tendência almejada pela sociedade (internacional e nacional) era que, em virtude dos compromissos internacionais assumidos, os instrumentos internos de combate à corrupção seriam fortalecidos.

Nesse capítulo, é pertinente retomar alguns dispositivos dos compromissos internacionais que integram o ordenamento jurídico brasileiro. No preâmbulo da Convenção Interamericana contra a Corrupção da O.E.A (Organização dos Estados Americanos)¹²⁷, registra-se que a corrupção enfraquece a sociedade, a ordem moral e a justiça¹²⁸ e que os Estados partes estão decididos a se esforçar para prevenir e erradicar a corrupção no âmbito público¹²⁹. O artigo II estabelece os propósitos da Convenção e,

¹²⁶ COELHO, Gabriela. **Pesquisas mostram que sanções por improbidade são muito amplas e geram insegurança.** [S.l]: Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-20/pesquisa-mostra-sancoes-improbidade-sao-amplas>. Acesso em: 09 set. 2022.

¹²⁷ O texto da Convenção Interamericana contra a Corrupção pode ser encontrado na versão em português no endereço eletrônico da O.E.A.: www.oas.org.

¹²⁸ Preâmbulo: “Os Estados Membros da Organização dos Estados Americanos, convencidos de que a corrupção solapa a legitimidade das instituições públicas e atenta contra a sociedade, a ordem moral e a justiça, bem como contra o desenvolvimento integral dos povos”.

¹²⁹ “Decididos a envidar todos os esforços para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas e nos atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício”.

segunda essa norma, os Estados devem implementar mecanismos de prevenção, investigação, punição e erradicação da corrupção.

Na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC), instrumento jurídico de caráter mundial, que vincula os Estados partes perante a liga das nações, parte-se da premissa de que a corrupção ameaça o Estado Democrático de Direito e enfraquece as instituições¹³⁰. A Convenção estipula como finalidade, entre outras, garantir que os Estados partes criem instrumentos para prevenir e criminalizar os atos corruptivos.¹³¹

A Convenção também permite que os Estados partes adotem medidas legislativas ou administrativas para garantir o cumprimento de suas obrigações, nos termos que estabelece a Convenção, bem como estipula, no artigo 65, que, para prevenir e combater a corrupção os Estados podem adotar medidas mais severas do que as previstas no pacto.¹³²

Ao analisar a redação do artigo 65, a Convenção reconhece que os Estados partes podem adotar medidas mais severas, sem qualquer menção, todavia, quanto à possibilidade de o Estado flexibilizar as normas de combate à corrupção. Esse dispositivo evidencia a adesão ao princípio da proibição ao retrocesso em matéria de combate à corrupção.

Diante dos dispositivos das Convenções mencionados, demonstra-se que os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil direcionam os Estados partes a implementarem ou fortalecerem o combate à corrupção no âmbito interno de cada país. Categoricamente, por meio desses compromissos, o Brasil assumiu a incumbência de

¹³⁰ “Os Estados Partes da presente convenção, preocupados com a gravidade dos problemas e com as ameaças decorrentes da corrupção, para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito; Preocupados, também, pelos vínculos entre a corrupção e outras formas de delinquência, em particular o crime organizado e a corrupção econômica, incluindo a lavagem de dinheiro; Preocupados, ainda, pelos casos de corrupção que penetram diversos setores da sociedade, os quais podem comprometer uma proporção importante dos recursos dos Estados e que ameaçam a estabilidade política e o desenvolvimento sustentável dos mesmos; Convencidos de que a corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias, faz-se necessária a cooperação internacional para preveni-la e lutar contra ela; Convencidos, também, de que se requer um enfoque amplo e multidisciplinar para prevenir e combater eficazmente a corrupção”.

¹³¹ “A finalidade da presente Convenção é: a) Promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; b) Promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos; c) Promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos”.

¹³² Artigo 65. Aplicação da Convenção 1. Cada Estado Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, as medidas que sejam necessárias, incluídas medidas legislativas e administrativas, para garantir o cumprimento de suas obrigações de acordo com a presente Convenção. 2. Cada Estado Parte poderá adotar medidas mais estritas ou severas que as previstas na presente Convenção a fim de prevenir e combater a corrupção.

criar institutos e mecanismos destinados a prevenir os atos de corrupção, bem como combatê-los.

Sem embargo, a partir das alterações explanadas nos tópicos acima, é inevitável reconhecer que a nova Lei de Improbidade flexibilizou o sistema de combate à improbidade administrativa. As mudanças acarretaram uma maior dificuldade para que determinado ato, ainda que cause prejuízos à administração pública ou violem os princípios que permeiam à moralidade administrativa, sejam efetivamente punidos sob a órbita da improbidade administrativa.

A flexibilização do sistema de combate à improbidade administrativa prejudica a consolidação do neoconstitucionalismo (doutrina que coloca a Constituição no centro do ordenamento jurídico e que interpreta o direito a partir dos direitos fundamentais). A impunidade, inevitavelmente ocasionada pela nova legislação, desconsidera o dever de observância aos princípios constitucionais da moralidade e da probidade administrativa ao diminuir o âmbito de proteção dessas metanormas e viola a atual concepção de que os princípios jurídicos denotam verdadeiro caráter normativa e cogente.¹³³

Portanto, a atual Lei de Improbidade Administrativa foi de encontro ao conteúdo dos tratados e compromissos internacionais de combate à corrupção assumidos pelo Brasil nas últimas décadas. A partir desses compromissos e diante dos casos de corrupção que ainda permeiam o cenário social brasileiro, a postura coerente a ser adotada seria o fortalecimento dos mecanismos legislativos ou até mesmo o aperfeiçoamento da legislação, sem que esse aperfeiçoamento, no entanto, servisse como mecanismo para enfraquecer o combate à corrupção.

¹³³ Assim, a relação da moralidade administrativa com o neoconstitucionalismo é inevitável, pois os atos lesivos aos princípios constitucionais da Administração Pública não podem ficar impunes como se tais princípios não tivessem nenhum valor jurídico, sendo importante repensar esse princípio e sua aplicação no âmbito do governo eletrônico à luz dos valores fundamentais do neoconstitucionalismo. Já se passou a época em que as regras tinham mais importância do que os princípios, assim como também está ultrapassada a norma contida no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que dispõe que, havendo omissão legislativa, os princípios gerais de direito só seriam aplicáveis em último caso, ou seja, após a aplicação da analogia e dos costumes. As transformações ocorridas tanto no âmbito do Direito Civil, no Administrativo, e, principalmente, no Constitucional, apontam para a mudança de paradigma, no qual os princípios passam a ser considerados não apenas a partir de sua visão meramente informativa, mas dotado de verdadeiro caráter normativo e cogente. Isso se aplica, evidentemente, também ao princípio da moralidade administrativa e ao reconhecimento do direito fundamental à boa administração, inclusive no tocante à administração eletrônica e às novas exigências da cidadania. RAMOS, Hélio Santiago Jr. **Moralidade Administrativa Como Direito Fundamental a Boa Administração Eletrônica e a Relação do Governo Eletrônico Com os Valores do Neoconstitucionalismo**. Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense, 21, 2012, pp. 113-128. HeinOnline, pg. 118

2.2. As vertentes do princípio da proporcionalidade: o princípio da vedação à proteção deficiente

As alterações na Lei de Improbidade Administrativa, ao enfraquecer o combate à improbidade na administração pública, devem ser analisadas sob a ótica do princípio da proporcionalidade.

Além de ser uma técnica de ponderação em caso de conflito entre normas, a proporcionalidade também é considerada um princípio de caráter constitucional. Enquanto princípio, ela é subdividida em duas vertentes finalísticas: funciona como critério para proteger os direitos fundamentais contra os excessos estatais e proíbe que o Estado proteja esses direitos de forma deficiente.¹³⁴

No que se refere à dupla face do princípio da proporcionalidade, os ensinamentos de Lenio Streck são esclarecedores:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.¹³⁵

À vista da existência da dupla vertente do princípio da proporcionalidade, decorre a concepção de que os atos do poder público, inclusive do legislador, ficam vinculados aos direitos fundamentais e, por isso, estão submetidos a uma redução do espaço de conformação¹³⁶.

Em virtude dessa submissão, embora o legislador ordinário esteja munido da possibilidade de adaptar os mandamentos da constituição, essa liberdade encontra limites

¹³⁴ Do ponto de vista jurídico, discordamos da aplicação da proporcionalidade como simples juízo de ponderação que permite ao Judiciário proferir decisões discricionárias. A proporcionalidade na perspectiva por nós analisada não deve ser reduzida à ponderação de Alexy, tornando-a método para resolução de colisão de direitos fundamentais. Pelo contrário, entendemos que a proporcionalidade aplica-se a partir de uma bipartição: proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) e proibição de excesso (*Übermassverbot*). CLÉVE, Clémerson Merlin. **Direito Constitucional Brasileiro: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Revista dos Tribunais, 2019, Ed. P. pag. irregular.

¹³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso ("übermassverbot") à proibição de proteção deficiente ("untermassverbot") ou como não há blindagem contra normas inconstitucionais**. Revista da Ajuris, ano XXXII, n. 97, 2005. p. 180.

¹³⁶ GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. **A proibição de proteção deficiente**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 61, maio/2008. P. 102.

no princípio da proporcionalidade, tendo em vista que os poderes estatais não podem violar ou vulnerar direitos fundamentais constitucionais. As vertentes do princípio da proporcionalidade encerram uma “verdadeira ferramenta de medição do dever de prestação legislativa e de identificação do mínimo exigível a título de imperativo de tutela”.¹³⁷

Da vertente da proibição da proteção excessiva se depreende que o legislador não pode limitar a liberdade de um indivíduo além do necessário para a proteção do direito fundamental. Por outro lado, como corolário da vertente da proibição da proteção deficiente (*üntermassverbot*), compreende-se que, quando uma Constituição protege determinado direito como fundamental, o Estado tem a obrigação de orientar suas medidas de modo a concretizar esses direitos de forma eficiente; caso contrário, incorrerá em omissão inconstitucional.

O princípio da proibição deficiente será analisado de forma mais específica nesse tópico, já que está intrinsecamente relacionado com as alterações promovidas na Lei de Improbidade Administrativa, objeto desse estudo.

A concepção que defende a proibição à proteção deficiente dos direitos fundamentais surgiu em uma decisão do Tribunal Constitucional da Alemanha, quando essa Corte, em 1974, decidiu que era inconstitucional a lei ordinária que permitia o aborto do feto, a pedido da gestante, durante as primeiras doze semanas de gestação. Nessa decisão, ao afastar a legalidade da permissão do aborto pelo legislador, a Corte Alemã firmou a compreensão que “o legislador tinha a obrigação constitucional de proteger o direito à vida do feto e não poderia, portanto, descriminalizar o aborto, já que estaria desprotegido o feto na sua vida ultraterina”.¹³⁸

A partir desse precedente alemão, desenvolveu-se o raciocínio jurídico de que os direitos fundamentais não apenas devem ser entendidos e protegidos em uma dimensão subjetiva negativa que proíbe a violação, mas também devem ser interpretados em sua dimensão objetiva, a partir da qual se firma a posição que os bens jurídicos fundamentais devem ser protegidos de forma eficiente pelos Estados¹³⁹.

¹³⁷ *Ibidem*

¹³⁸ SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e constituição**. Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 240: 43-82, Abr./Jun. 2005. P. 52.

¹³⁹ No cenário contemporâneo, sabe-se que os poderes públicos tem funções positivas importantes para a proteção e a promoção dos direitos e a garantia do bem-estar coletivo. (...) A ideia de proporcionalidade como proibição de proteção deficiente desenvolveu-se no direito constitucional germânico a partir da concepção de que os direitos fundamentais não são meros direitos subjetivos negativos, mas possuem também uma dimensão objetiva, na medida em que tutelam certos bens jurídicos e valores que devem ser

Transportado para o direito brasileiro por diversos juristas, o direito à proteção eficiente do direito fundamental já foi utilizado como fundamento jurídico pelo Supremo Tribunal Federal. No Recurso Extraordinário 418.376-MS, a Suprema Corte entendeu como inconstitucional o artigo 107 do Código Penal (hoje revogado) que extinguiu a punibilidade do crime de estupro, em caso de vítima vulnerável e incapaz, quando houvesse posterior convívio entre o autor do estupro e a vítima. O STF entendeu que esse artigo violava o princípio da proporcionalidade, na vertente da proteção deficiente, eis que deixava desprotegido relevante bem jurídico penal.¹⁴⁰

Em outra hipótese, na ADI 598.212, o Supremo Tribunal Federal ordenou a criação da Defensoria Pública no Estado do Paraná, ao compreender que a omissão do Poder Público, que ainda não havia criado essa instituição, essencial ao cumprimento dos fundamentos da República Brasileira, ofendia o princípio da vedação à proteção insuficiente. No inteiro teor da decisão, o Relator pondera que a possibilidade de limitar os direitos fundamentais deve ser submetida a uma interpretação restritiva, sob pena de violar os princípios de índole constitucional fundados “na proibição de retrocesso social, na proteção ao mínimo existencial (que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana), na vedação da proteção insuficiente e, também, na proibição de excesso”¹⁴¹.

No *Habeas Corpus* nº 102.087/MG, de Relatoria do Ministro Celso de Melo, o Supremo Tribunal Federal aproveita o princípio da proibição da proteção deficiente como fundamento para reconhecer a inconstitucionalidade por omissão quando o legislador ordinário não criminaliza determinado ato que a Constituição Federal determina que seja considerado crime, conhecidos como “mandados de criminalização”.¹⁴²

promovidos e protegidos diante de riscos e ameaças originários de terceiros. SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Direito Constitucional**, p. 482.

¹⁴⁰ STF, Pleno, RE 418376-MS, rel. p/ ac. Min. Joaquim Barbosa, j. 9.2.2006, m.v, DJU 23.3.2007, p. 72.

¹⁴¹ STF, Segunda Turma, AI 598.212, rel. Min. Celso De Mello, j. 25.03.2014, p. 14.

¹⁴² CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIAS. 1.1. Mandatos constitucionais de criminalização: A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5o, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7o, X; art. 227, § 4o). Em todas essas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e com proibição de proteção insuficiente. STF, HC 102.087/MG, Rel. Celso de Mello (28.02.2012).

As decisões judiciais do STF, acima mencionadas, demonstram a profundidade e a grandiosidade que a aplicação do princípio da proteção deficiente é capaz de alcançar. Essa dimensão do princípio da proporcionalidade serviu de fundamento jurídico para o reconhecimento de diferentes casos de omissão e excessos praticados pelos Poderes do Estado. Todos os ramos do ordenamento jurídico devem ser orientados pelas vertentes do princípio da proporcionalidade.¹⁴³

Diante do exposto, denota-se que o princípio da proibição deficiente foi transportado ao direito brasileiro como um instrumento que orienta o dever, confiado ao Estado, de proteger os direitos fundamentais consagrados na Constituição, ao permitir a identificação de “um padrão mínimo de medidas estatais com vistas a deveres existentes de tutela”¹⁴⁴.

Atribui-se ao Estado o dever (e não apenas o poder) de proteger os direitos fundamentais de forma eficiente e adequada, o que é assinalado por Hassemer: “*una comprensión modificada de la protección de bienes jurídicos no sólo sirve para hacer ofertas al legislador, sino también para presionarle normativamente.*”¹⁴⁵

Portanto, a vertente do princípio da proporcionalidade que proíbe a proteção deficiente logrou êxito em romper com a visão tradicional de que o legislador tem como obrigação apenas agir de forma negativa (não violar os direitos fundamentais). Cabe ao Poder Legislativo atuar de forma positiva, a fim de não permitir que os direitos tidos fundamentais não sejam adequadamente protegidos.

2.2.1. O princípio da vedação à proteção deficiente sob a perspectiva da nova Lei de Improbidade Administrativa

¹⁴³ O dever de proteção do Estado é abrangente. Ele não só proíbe - evidentemente - intervenções diretas do Estado na vida em desenvolvimento, como também ordena ao Estado posicionar-se de maneira protetora e incentivadora diante dessa vida, isto é, antes de tudo, protegê-la de intervenções ilícitas provenientes de terceiros [particulares]. Cada ramo do ordenamento jurídico deve orientar-se por esse mandamento, conforme sua respectiva definição de tarefas. O cumprimento do dever de proteção do Estado deve ser tão mais consequentemente perseguido quanto mais elevado for o grau hierárquico do bem jurídico em questão dentro da ordem axiológica da *Grundgesetz*. Dispensando maiores fundamentações, a vida humana representa um valor supremo dentro da ordem da *Grundgesetz*; é a base vital da dignidade humana e o pressuposto de todos os demais direitos fundamentais. MARTINS, Leonardo (Org). **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. p. 269.

¹⁴⁴ STRECK, Maria Luiza Schafer. **O direito penal e o princípio da proibição da proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. 2008. p. 93.

¹⁴⁵ HASSEMER, Winfried. **¿Puede Haber Delitos que no Afecten a un Bien Jurídico Penal?**, p. 98 (p. 95-104).

O direito brasileiro – doutrina e jurisprudência - reconhece o caráter fundamental do direito à probidade administrativa, o que foi abordado no primeiro capítulo desse estudo. O Estado Brasileiro, por meio do pacto constitucional de 1988, assumiu o compromisso político e jurídico-constitucional de combater a imoralidade administrativa.

O §4º do artigo 37 da Constituição Federal é considerado um mandado de penalização na esfera cível. É uma ordem emanada pelo Constituinte para que o legislador ordinário elabore leis que protejam o direito fundamental à probidade administrativa. Porém, não basta a existência de uma legislação que combata à improbidade na administração pública. A proteção do direito à probidade administrativa deve ser eficiente.

Como decorrência da segunda vertente do princípio da proporcionalidade, há uma expressa proibição que o legislador edite normas que não protejam de forma satisfatória o direito fundamental à probidade administrativa. Ao analisar essa relação, Juarez Freitas elucida que a medida implementada pelo Poder Público deve ser feita conforme os fins almejados e, também, deve ser apta a, de fato, realizar esses fins, pois a insuficiência de normas protetivas também é uma violação jurídica.¹⁴⁶

Portanto, a vedação à proteção deficiente é utilizada como um critério constitucional para controlar “o grau de concretização mínimo dos direitos fundamentais em face da omissão estatal ou, ainda, em face de suas ações erosivas ao “núcleo eficaz mínimo de um determinado direito fundamental”¹⁴⁷

Diante do desenvolvimento teórico sobre o princípio da proibição da proteção deficiente elaborada no tópico acima, o tópico atual demonstra a relação entre esse princípio e a nova Lei de Improbidade Administrativa.

A Lei de Improbidade Administrativa foi alvo de diversas alterações legislativas. A consequência prática foi a flexibilização no sistema de combate à corrupção administrativa. Diversos atos ainda considerados imorais, antes objeto de punição pela

¹⁴⁶ Guardando parcial simetria com o princípio da proibição de excesso (*Übermassverbotes*), a medida implementada pelo Poder Público precisa se evidenciar não apenas conforme os fins almejados (*Zielkonformität*), mas, também, apta a realizá-los (*Zwecktauglichkeit*). Igualmente se mostra inadequada a insuficiência ou a omissão antijurídica causadora de danos. FREITAS, J. A. **Responsabilidade Extracontratual do Estado e o Princípio da Proporcionalidade: Vedação de Excesso e de Omissão**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 241. Jul/set de 2005, p. 27

¹⁴⁷ BAPTISTA, Bruno de S. M.; AMORIM, Fernando S. T. Direito Fundamental à Probidade Administrativa e a Vedação da Proteção Deficiente: Uma análise das repercussões jurídicas da lei nº 14.230/2021. **Revista RIOS**, ano 17 n. 34. junho 2022. P. 153.

Lei de Improbidade Administrativa, não mais serão perseguidos no campo desse diploma normativo.

A nova Lei não se preocupou em implementar mudanças destinadas a encrudescer o sistema punitivo da improbidade administrativa. Tais alterações poderiam ter sido feitas na tentativa de buscar um equilíbrio com as alterações que tornaram menos rígido o estatuto da improbidade administrativa.

Nesse cenário, Igor Pinheiro e Henrique Ziesemer afirmam que a nova Legislação violou o princípio da vedação à proteção deficiente. De acordo com os autores, a lei atual dificultou o ônus probatório para comprovação do dolo (agora específico) e, por outro lado, não utilizou de ferramentas legais já existentes para, por exemplo, auxiliar o órgão acusatório na comprovação da má-fé, a exemplo da interceptação telefônica, quebra de sigilo telemático, colaboração premiada, entres outros.¹⁴⁸

Como as alterações materializadas foram exclusivamente direcionadas a tornar menos rígido o sistema de punição pela prática de ato de improbidade, a nova Lei, ao diminuir o núcleo de proteção à probidade administrativa, flexibilizou o sistema de combate à improbidade e administrativa e, por consequência, violou a vertente do princípio da proporcionalidade que impede a proteção deficiente de direitos fundamentais.

Diversos doutrinadores brasileiros defendem a inconstitucionalidade das alterações promovidas na Lei de Improbidade Administrativa, responsáveis por flexibilizar o sistema de combate à improbidade administrativa. Nesse sentido, Bruno Amorim defende a inconstitucionalidade da *novel* legislação: “padecem de evidente inconstitucionalidade as alterações legislativas que modificam de maneira substancial o procedimento para tutela judicial da probidade administrativa e as hipóteses de configuração dos atos de improbidade”.¹⁴⁹

Em posicionamento similar ao de Amorim, José Fernandes ao elaborar detalhado artigo científico que analisa as alterações da nova Lei, também defende que as modificações feitas são inconstitucionais, porque protegem de forma deficiente o patrimônio público.¹⁵⁰

¹⁴⁸ PEREIRA, Igor Pinheiro; Ziesemer, Henrique da Rosa. **Nova Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. Editora Mizuno. 2022, p. 219.

¹⁴⁹ BAPTISTA, Bruno de S. M.; AMORIM, Fernando S. T. Direito Fundamental à Probidade Administrativa e à Vedação da Proteção Deficiente: Uma análise das repercussões jurídicas da lei nº 14.230/2021. **Revista RIOS**, ano 17 n. 34. junho 2022. P. 150.

¹⁵⁰ A Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, no que diz respeito à nova tipologia do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, é inconstitucional quando torna taxativo o rol que outrora era exemplificativo

Renato Castro também argumenta que a nova Lei de Improbidade Administrativa ofende diretamente a Constituição Federal “por não se resguardar de forma adequada a probidade administrativa amalgamada no Estado Democrático de Direito brasileiro”.¹⁵¹ Fabiana do Prado elabora assevera: “as alterações introduzidas, pela Lei 14.230/2021 à Lei 8.429/92, reduzem desproporcionalmente a proteção ao direito fundamental à probidade na Administração Pública.”¹⁵²

Diante do exposto, o princípio da violação à proteção deficiente tem sido invocado como fundamento para arguir a inconstitucionalidade da nova Lei de Improbidade Administrativa, com base na justificativa de que a Lei 14.230/2021 diminuiu o núcleo de proteção da probidade administrativa. Esse conclusão parte da premissa de que o princípio da violação à proteção deficiente é responsável por reduzir o grau de discricionariedade do legislador, que é obrigado a, em tese, garantir um patamar mínimo de proteção dos direitos fundamentais.¹⁵³

2.3. O princípio da vedação ao retrocesso sob a ótica da nova Lei de Improbidade Administrativa

Além da possível violação ao princípio da proibição à proteção ineficiente, derivado do princípio da proporcionalidade, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em diversos julgados, a nova Lei de Improbidade Administrativa também deve ser analisada sob a ótica do princípio da vedação ao retrocesso.

dos atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública. A inconstitucionalidade é aferida ante a violação dos postulados da razoabilidade (uma vez que ofende o dever de congruência e o dever de equivalência) e da proporcionalidade (já que é desproporcional em sentido estrito por proteger, de forma deficiente, o patrimônio público e o direito a gestão pública proba). Fernandes, José Carlos. **Considerações sobre a retroatividade da lei mais benéfica no âmbito da Proteção à Probidade Administrativa: impactos da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, no rol do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, à luz da Constituição da República**. Conamp, 2021.

¹⁵¹ CASTRO, Renato de Lima. **Atos de improbidade administrativa que violam os princípios da administração pública: as alterações da Lei nº 14.230/21 e sua incompatibilidade com a Constituição Federal**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, no 83, jan./mar. 2022. P. 137

¹⁵² PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa. **A Irretroatividade da Nova Lei De Improbidade Administrativa**. 2022. Disponível em: http://www.mpgp.mp.br/portal/arquivos/2021/11/29/13_43_19_209_A_IRRETROATIVIDADE_DA_NOVA_LEI_DE_IMPROBIDADE_ADMINISTRATIVA_1_.pdf. Acesso em: 09 set. 2022.

¹⁵³ Em relação ao princípio da proteção deficiente, verifica-se que este pode ser invocado quando o Estado, por ação ou omissão, viola o seu dever de proteção dos direitos fundamentais, tornando tal (in)ação inconstitucional. Em outras palavras, esta inconstitucionalidade em virtude de uma conduta comissiva ou omissiva que ocasione uma proteção deficiente de um determinado direito fundamental implica diretamente a ideia de uma “redução constitucionalmente adequada” do grau de discricionariedade legislativa ou executiva, já que os direitos fundamentais devem possuir um patamar mínimo de proteção. BAPTISTA, Bruno de S. M.; AMORIM, Fernando S. T. Direito Fundamental à Probidade Administrativa e a Vedação da Proteção Deficiente: Uma análise das repercussões jurídicas da lei no 14.230/2021. **Revista RIOS**, ano 17, n. 34. junho 2022. P. 152

O princípio da vedação ao retrocesso é implicitamente extraído da Constituição Federal e decorre da confluência entre os princípios da segurança jurídica e da confiança. O objetivo central é “blindar” as conquistas legislativas¹⁵⁴ ao impedir retrocessos sociais também oriundos de medidas do Poder Legislativo. Sobre esse princípio, Ingo Sarlet esclarece de forma didática:

A proibição de retrocesso, nesse cenário, revela-se como uma garantia de proteção dos direitos fundamentais (e da própria dignidade da pessoa humana) contra a atuação do legislador, tanto no âmbito constitucional quanto – e de modo especial – infraconstitucional frente a medidas legislativas que impliquem supressão ou restrição nos níveis ou patamares de tutela dos direitos já existentes. A mesma proteção também se aplica em face da atuação da administração pública. A proibição de retrocesso, de acordo com o entendimento consolidado na doutrina, consiste em um princípio constitucional implícito, tendo como fundamento constitucional, entre outros, o princípio do Estado (Democrático, Social e Ecológico) de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, o princípio da segurança jurídica e seus desdobramentos, o dever de progressividade em matéria de direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais (DESCA), apenas para citar os mais relevantes fundamentos jurídico-constitucionais invocados¹⁵⁵

Além de ser extraído da Carta Política, o princípio da proibição de retrocesso também pode ser depreendido do artigo 65 da Convenção de Mérida, incorporada ao Direito Brasileiro pelo Decreto nº 5687, segundo o qual “Cada Estado Parte poderá adotar medidas mais estritas ou severas que as previstas na presente Convenção a fim de prevenir e combater a corrupção”.

¹⁵⁴ Outra questão relevante, especialmente diante do atual cenário político-jurídico de “flexibilizações” da legislação ambiental diz respeito ao princípio constitucional da proibição de retrocesso (ou regressividade) ecológico, que, assim como verificado no caso da proibição de retrocesso social, apresenta-se como uma garantia constitucional implícita, com base, entre outros, nos princípios da segurança jurídica e da confiança, objetivando “blindar” as conquistas legislativas – e também as administrativas – no âmbito dos direitos fundamentais ecológicos contra retrocessos que venham a comprometer o seu gozo e exercício. Tal garantia evidencia o processo evolutivo e cumulativo que subjaz ao reconhecimento dos direitos fundamentais ao longo da trajetória histórico-constitucional, de modo a implicar uma cada vez mais ampla e intensa tutela da dignidade da pessoa humana, incluindo uma blindagem (sempre relativa) contra qualquer retrocesso que possa comprometer os direitos fundamentais, aqui com destaque para os direitos ecológicos, de modo especial no que diz com a salvaguarda de seu núcleo essencial, inclusive naquilo em que tenham sido objeto de concretização na esfera infraconstitucional. Recentemente, como já referido em passagem anterior, merece destaque o Acordo de Escazú (2018), o qual inovou e consagrou, expressamente no seu artigo 3, “c”, tanto o “princípio de vedação do retrocesso” quanto o “princípio de progressividade” em matéria ambiental. De tal sorte, não há como negligenciar (e aqui se poderia falar de uma espécie de dupla face normativa da garantia constitucional em questão) que em matéria de realização (eficácia social) dos direitos ecológicos se registra um dever de progressividade, ou seja, a adoção de medidas legislativas – e administrativas – que busquem sempre uma melhoria ou aprimoramento do seu regime jurídico constitucional e infraconstitucional de proteção, aspectos que serão analisados de modo mais detido no Capítulo 5. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ecológico**. Revista dos Tribunais. 7 ed, 2019. Livro digital, paginação irregular.

¹⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ecológico**. Revista dos Tribunais. 7 ed, 2019. Livro digital, paginação irregular.

O princípio em análise também pode ser extraído do artigo 29 do Pacto São José da Costa Rica (ou Convenção Americana sobre Direitos Humanos)¹⁵⁶, internalizado no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo esse artigo, não se admite que seja suprimido ou limitado os direitos já reconhecidos nesse tratado.

É um princípio que serve como instrumento/fundamento jurídico para impedir que o legislador ordinário esvazie ou diminua o núcleo essencial de determinado direito tido como fundamental, sob pena de ofensa ao Estado Democrático de Direito. Diante da importância e relevância, em especial por ser capaz de assegurar e manter a efetividade dos direitos fundamentais, há quem o considere um “superprincípio”, que “busca o constante progresso e impulsão da Constituição na persecução da justiça social”.¹⁵⁷

Em sua obra, Luís Roberto Barroso esclarece que, por força desse princípio, “entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido”.¹⁵⁸

Portanto, como decorrência desse princípio, não se permite que o legislador ordinário elabore leis que retirem da proteção jurídica conquistas fundamentais já consolidadas. É o que a doutrina denomina de “Efeito Cliquet”¹⁵⁹. O princípio da vedação

¹⁵⁶ Artigo 29 - Normas de Interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

¹⁵⁷ FILHO, José Wilson Reis; ALVES, Fernando de Brito. **Princípio da Vedação do Retrocesso Social: Uma Interpretação Ampliada.** p. 2. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5e6eda66654df2e1>. Acesso em: 09 set. 2022.

¹⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas.** 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

¹⁵⁹ A expressão ‘efeito cliquet’ é utilizada pelos alpinistas e define um movimento que só permite ao alpinista ir para cima, ou seja, subir. A origem da nomenclatura, em âmbito jurídico, é francesa. A jurisprudência do Conselho Constitucional reconhece que o princípio da vedação de retrocesso (chamado de ‘*effet cliquet*’) se aplica inclusive em relação aos direitos de liberdade, no sentido de que não é possível a revogação de uma lei que protege as liberdades fundamentais sem a substituir por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente. (...) Pensa-se, contudo, que apenas no caso de retrocesso social, em que o Estado brasileiro abriria mão de conquistas sociais já atingidas, é que a justificativa da reserva do possível não prosperaria. As conquistas sociais têm efeito de catraca (Efeito Cliquet), não podendo retroceder, conforme defendeu o português Canotilho na primeira edição de sua obra. No julgamento da ADI n. 1.946/DF, o STF entendeu que o direito ao salário-maternidade seria uma cláusula pétrea; houve uma aplicação, ainda que não tão evidente, do chamado princípio do não retrocesso. (...) a jurisprudência do Conselho Constitucional reconhece que o princípio da vedação de retrocesso (por ele chamado de ‘*effet cliquet*’) se aplica inclusive em relação aos direitos de liberdade, no sentido de que não é possível a revogação total de uma lei que protege as liberdades fundamentais sem a substituir por outra que ofereça

ao retrocesso social impõe rédeas à ação legiferante “de modo que ao legislador é vedado qualquer tipo de retrocesso que iniba ou suprima o nível de concretização já alcançado por determinado direito fundamental”¹⁶⁰.

Esse princípio serve como garantia constitucional do cidadão e da coletividade contra a ação do legislador. Permitir o desrespeito a esse princípio significa a admissão que os órgãos legislativos dispõem de liberdade de violar a vontade do Constituinte. Ingo Sarlet ressalta que embora este princípio tenha iniciado sua função para impedir o retrocesso dos direitos sociais, prevalece o entendimento de que tem natureza de “princípio geral aplicado a todas as dimensões ou gerações de direitos fundamentais (liberais, sociais ou ecológicos)”¹⁶¹.

Esse princípio é também reconhecido no campo do Poder Judiciário brasileiro. Tem sido utilizado como fundamento jurídico - por vezes o principal dos argumentos - em diversas decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Na ADI n. 1.407/MC, o Supremo Tribunal Federal, nas palavras do Ministério Celso de Melo, reconheceu a impossibilidade de o Estado legislar de forma abusiva e enfatizou: “a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constituiu atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador”¹⁶².

garantias com eficácia equivalente. LEITE *apud* GARCIA, Sergio Renato Tejada. **O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria - análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização.** p. 05. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/sergio_tejada.html. Acesso em: 09 set. 2022.

¹⁶⁰ FILHO, José Wilson Reis; ALVES, Fernando de Brito. **Princípio da Vedação do Retrocesso Social: Uma Interpretação Ampliada.** p. 27. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5e6eda66654df2e1>. Acesso em: 09 set. 2022.

¹⁶¹ A proibição de retrocesso atua, portanto, em termos gerais, como uma garantia constitucional do cidadão e da coletividade contra a ação do legislador (mas também em face da Administração Pública), no intuito de salvaguardar os seus direitos fundamentais consagrados pela Constituição e cristalizados no ordenamento jurídico de um modo geral, tanto no plano constitucional quanto infraconstitucional. Outro aspecto importante diz respeito aos deveres de proteção do Estado que estabelecem a vinculação dos poderes públicos a garantir a máxima eficácia aos direitos fundamentais, resguardando-os contra qualquer violação (e retrocesso). Negar reconhecimento ao princípio da proibição de retrocesso significa, em última instância, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de um modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte, ainda mais onde existe um dever de proteção e/ou um dever de atuação constitucionalmente estabelecido, como, em matéria ambiental, resulta expresso na norma do art. 225 da CF/1988. Ainda que a gênese do princípio da proibição de retrocesso esteja associada aos direitos sociais, como direitos a prestação em sentido estrito segundo a classificação de Alexy, nos parece correto sustentar, com base no “estado da arte” da Teoria dos Direitos Fundamentais, que tal princípio ostenta hoje a natureza de um princípio geral aplicado a todas as dimensões ou gerações de direitos fundamentais (liberais, sociais ou ecológicos). SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ecológico.** Revista dos Tribunais. 7 ed, 2019. Livro digital, paginação irregular.

¹⁶² STF, ADI n. 1.407-MC, Relator o Ministro Celso de Mello, Plenário, De 24.11.2000.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.547/DF, de 22/09/2020, o Relator Ministro Edson Fachin discorre sobre a função do princípio da vedação ao retrocesso: “protege a confiança do cidadão na ordem jurídica e na estabilidade e segurança das regras pelo ordenamento definidas, garantindo a subsistência das normas protetivas”.

Ao relacionar o princípio da vedação ao retrocesso e o direito fundamental à probidade administrativa, percebe-se que a partir do momento em que a Constituição Federal determinou a proteção à moralidade administrativa e impôs ao legislador o dever de legislar, uma vez cumprido por meio da Lei de Improbidade Administrativa, surge então o dever decorrente de não eliminar os direitos instituídos pela Lei sem dar-lhe alternativas ou compensações¹⁶³.

Nesse cenário jurídico, a nova Lei de Improbidade Administrativa tem sido acusada de inconstitucionalidade por violação ao princípio da vedação ao retrocesso. Argumenta-se que as normas implementadas flexibilizaram o combate à imoralidade na administração pública quando comparada com a redação original da Lei de Improbidade Administrativa.

Em recente obra jurídica que analisa a nova Lei de Improbidade Administrativa, Igor Pinheiro assevera que o princípio da vedação ao retrocesso provoca a concepção de que só se admite o reforço legislativo para combater a corrupção, mas nunca um afrouxamento voltado a excluir ou flexibilizar as normas anticorrupção que sejam decorrentes diretamente de imposições constitucionais ou convencionais¹⁶⁴.

De fato, não é necessário esforço para notar que a nova Lei de Improbidade violou o princípio da vedação ao retrocesso ao colidir expressamente com o compromisso assumido pelo Brasil na Convenção de Mérida.¹⁶⁵ Nesse sentido, seguem os apontamentos de Renato Castro:

¹⁶³ FILHO, Vladimir Brega. **Proibição do retrocesso social: o estado da arte em Portugal e no Brasil.** Revista argumenta - -ENP, Jacarezinha, n/ 19, p. 103-123, 2013.

¹⁶⁴ PEREIRA, Igor Pinheiro; Ziesemer, Henrique da Rosa. **Nova Lei de Improbidade Administrativa Comentada.** Editora Mizuno. 2022, p. 33.

¹⁶⁵ Em suas disposições finais, no artigo 65, o Brasil, na condição de um dos signatários da convenção, comprometeu-se a adotar medidas necessárias, administrativas e legislativas, para garantir o cumprimento das obrigações em consonância com a aludida convenção. Ao se analisar as alterações promovidas pela Lei n.º 14.320/2021, não é preciso maior esforço interpretativo para se observar que colidem frontal e categoricamente com o compromisso assumido pelo Brasil na Convenção de Mérida, que deveria pautar as ações administrativas e legislativas em sentido oposto, ou seja, na promoção, endurecimento e recrudescimento do combate à corrupção pública. CASTRO, Renato de Lima. **Atos de improbidade administrativa que violam os princípios da administração pública: as alterações da Lei nº 14.230/21**

“Não há dúvidas de que os comandos normativos da nova Lei n. 14.230/2021 geram insegurança jurídica, assim como consubstanciam inegáveis retrocessos à legislação até então vigente de combate à corrupção pública, consoante mandamentos constitucionais e compromissos assumidos pelo Brasil na comunidade jurídica internacional. Contudo, a força normativa da Constituição, assim como os princípios da segurança jurídica e vedação ao retrocesso não podem se transformar em mera proposição simbólica, sendo imperioso que os órgãos jurisdicionais exerçam os controles, concentrado e difuso, da incompatibilidade de várias disposições contidas na Lei n.o 14.230/21 com a Constituição Federal. Em igual medida, as disposições contidas na Lei nova frente ao conteúdo normativo existente na revogada legislação (n. 8429/92) repercutem, como será demonstrado na próxima seção, na proteção deficiente e desproporcional ao bem jurídico constitucionalmente resguardado, correspondente ao direito público fundamental social que se confere ao cidadão a uma gestão pública proba e honesta.”¹⁶⁶

A violação ao princípio da vedação ao retrocesso pela nova Lei de Improbidade Administrativa é a posição adotada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Essa associação defende que a incompatibilidade da legislação interna com o princípio da vedação de retrocesso, extraível do sistema de direitos fundamentais e do disposto no artigo 65, item 2, da Convenção de Mérida, é capaz de gerar a ineficácia da norma, o que permite, por consequência, o controle difuso e abstrato de constitucionalidade, bem como o controle difuso de convencionalidade.¹⁶⁷

Entre diversos dispositivos que sustentam essa tese, a inconstitucionalidade da nova Lei de Improbidade Administrativa fundamenta-se na alteração promovida no artigo 11 da legislação original, que restringiu a hipótese dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública. A partir da modificação implementada, as condutas dolosas praticadas por agentes públicos, ainda que continuem previstas como crimes no campo do Direito Penal, deixaram de ser abarcadas, sem justificativa, pelo Direito Administrativo Sancionador.

A nova Lei não encontra amparo jurídico ou social legítimo para não reconhecer como condutas dolosas, que violam os princípios essenciais da administração pública, apenas porque não se enquadram nas hipóteses taxativas da nova Lei. A restrição taxativa

e sua incompatibilidade com a Constituição Federal. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 83, jan./mar. 2022. p. 134.

¹⁶⁶ CASTRO, Renato de Lima. **Atos de improbidade administrativa que violam os princípios da administração pública: as alterações da Lei nº 14.230/21 e sua incompatibilidade com a Constituição Federal.** Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 83, jan./mar. 2022. p. 137.

¹⁶⁷ PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. A continuidade normativa típica do artigo 11 da Lei 8.429/92 após as alterações introduzidas pela lei 14.230/2021. **CONAMP (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público)**, dez. 2021. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/publicacoes/artigos-juridicos/8641-a-continuidade-normativa-tipica-do-artigo-11-da-lei-8-429-92-apos-as-alteracoes-introduzidas-pela-lei-14-230-2021.html>. Acesso em: 09 set. 2022.

do artigo 11 da LIA é inconstitucional por violar o postulado da razoabilidade e também o da proporcionalidade, especialmente sob o viés da proibição de proteção deficiente (derivado da doutrina constitucional alemã “*untermassverbot*”).¹⁶⁸

A Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) ingressou com ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) no Supremo Tribunal Federal em face da nova Lei de Improbidade Administrativa. A ADI argui a inconstitucionalidade do artigo 11 sob a justificativa de que a nova lei, ao restringir as hipóteses de improbidade por violação aos princípios da administração pública, reduziu “o âmbito da proteção à probidade administrativa proporcionada pelo texto em vigor anteriormente a 2021 (Lei n. 8.429/92)”¹⁶⁹

Alguns juristas e doutrinadores – a minoria, aparentemente – especialmente aqueles integrantes dos órgãos acusatórios, defendem ser inaceitável que a Lei Posterior, que alterou a redação original da Lei de Improbidade, viole a diretriz constitucional e internacional que o Brasil assumiu junto ao seu povo e à comunidade internacional de fortalecer o combate à corrupção.¹⁷⁰

Ainda que minoritários, os argumentos que justificam a inconstitucionalidade da Lei de Improbidade atual têm se fortalecido, em especial por meio das manifestações públicas proveniente das instituições acusatórias (órgãos do Ministério Público). A arguição de inconstitucionalidade da nova lei será analisada no bojo das ações

¹⁶⁸ Se os agentes públicos que desenvolvem condutas como aquelas, no exercício de suas funções públicas, submetem-se ao *ius puniendi* estatal na esfera penal, não há razões que justifiquem a não sujeição também às sanções pertinentes ao artigo 11 da LIA, previstas no artigo art. 12 daquele mesmo dispositivo. Logo, não há razoabilidade, porque ofendido o dever de congruência. A medida adotada não é equivalente ao critério que a dimensiona. Ora, se a causa nuclear reside no cometimento de condutas dolosas por agente público que atentam contra os princípios da administração pública, violando os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade (critério), a sujeição de outras, que não aquelas elencadas nos incisos do art. 11, desde que se enquadrem ao disposto no *caput*, às sanções trazidas pela LIA (medida) se justifica, pois o mesmo interesse público que permite a primeira também se aplica *in casu*. Destarte, conclui-se que a admissão do rol do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa como taxativo não é razoável, porque vitupera o dever de equivalência. Nessa linha de intelecção, tem-se que, à luz da Constituição da República de 1988, a alteração legislativa promovida no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa é inconstitucional, por violar o postulado da razoabilidade e também o da proporcionalidade, especialmente sob o viés da proibição de proteção deficiente (derivado da doutrina constitucional alemã “*untermassverbot*”). FERNANDES JUNIOR, José Carlos. **Considerações sobre a retroatividade da lei mais benéfica no âmbito da Proteção à Probidade Administrativa: impactos da Lei no 14.230, de 25 de outubro de 2021, no rol do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, à luz da Constituição da República**. Anais do XI Conbradec, 2021, vol. 1, p. 10 e 11.

¹⁶⁹ ANPR (Associação Nacional dos Procuradores da República). **ANPR questiona no STF constitucionalidade da nova lei de improbidade**. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.anpr.org.br/imprensa/noticias/26851-anpr-questiona-no-stf-constitucionalidade-da-nova-lei-de-improbidade>. Acesso em: 09 set. 2022.

¹⁷⁰ PEREIRA, Igor Pinheiro; Ziesemer, Henrique da Rosa. **Nova Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. Editora Mizuno. 2022, p. 37.

constitucionais que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal e, portanto, essa discussão será objeto de análise perante o Poder Judiciário.

3. Incidência do princípio da retroatividade da lei mais benéfica no âmbito do Direito Administrativo Sancionador: breve análise de decisões dos tribunais pátrios

Com a vigência da nova Lei de Improbidade Administrativa, cujas disposições implementam regras mais benéficas aos condenados/investigados por atos de improbidade, emergiu no plano jurídico a discussão se essa nova norma deveria ou não retroagir para alcançar os fatos praticados antes da sua promulgação.

A resposta a essa discussão não é encontrada de forma consensual na doutrina jurídica ou na jurisprudência pátria. Isso se deve a fato de que, nos últimos anos, não foram muitas as vezes em que os Tribunais Pátrios foram instados a decidir sobre a aplicação (ou não) do princípio da retroatividade da lei mais benéfica no campo do Direito Administrativo Sancionador, princípio este com matriz constitucional e próprio do Direito Penal. De acordo com o artigo 5º, inciso XL da Carta Magna, “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

A incerteza quanto à aplicação desse princípio, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, doutrina hoje autônoma e independente, perpassa por alguns questionamentos de ordem dogmática.

O principal questionamento a ser respondido repousa na dúvida quanto à existência ou não de uma proximidade ontológica entre o sistema de punição por atos de improbidade administrativa e o sistema penal. A partir dessa resposta, caso se confirme essa proximidade, o questionamento seguinte repousa na extensão ou não das garantias constitucionais, atreladas originalmente ao Direito Penal, ao Direito Administrativo Sancionador.

Antes de analisar o posicionamento doutrinário sobre o tema, algumas decisões sobre a incidência do princípio constitucional da retroatividade da lei mais benéfica serão analisadas neste tópico, com o objetivo de compreender o posicionamento do Poder Judiciário brasileiro ao se deparar com esse conflito jurídico.

3.1. O princípio da retroatividade da lei mais benéfica

O ordenamento jurídico brasileiro adota como regra geral a irretroatividade das leis, defluência do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Esse dispositivo dispõe que a lei nova não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa

julgada; é este um corolário do princípio da segurança jurídica.¹⁷¹ Portanto, com a promulgação de uma nova legislação, dotada de caráter prospectivo, deve ser ela aplicada apenas aos fatos praticados após a sua vigência.

A irretroatividade é a regra geral, mas não absoluta. Sem embargos, o ordenamento jurídico permite a retroatividade das leis. Há hipóteses expressamente estipuladas. Na seara constitucional, a Carta Magna permite a retroatividade da lei penal quando for mais benéfica ao acusado. No plano normativo inferior, o Código Tributário Nacional permite a retroatividade da lei quando interpretativa ou quando mais benéfica ao administrado/contribuinte (artigo 106 do CTN).

Desse modo, nota-se que a regra geral da irretroatividade das leis é excepcionada quando a norma penal ou a norma tributária (ambas manifestações do poder estatal) posterior for mais benéfica ao agente. Portanto, nesses casos, o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, patrocina o entendimento de que a lei nova deve retroagir e alcançar fatos pretéritos quando for mais benéfica ao administrado. É esse o princípio analisado nas decisões a seguir analisadas.

3.2. Da decisão do Supremo Tribunal Federal na RCL 41.557

Na Reclamação nº 41.557 do Estado de São Paulo, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência da simbiótica relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador.

Nessa Reclamação, a Corte Suprema analisou se as decisões proferidas na jurisdição penal, que reconhecem a negativa de autoria, deveriam ser consideradas para fins de análise da responsabilidade administrativa. No decorrer do julgado, os Ministros apresentaram relevantes posicionamentos sobre essa temática, que repercutem no problema objeto desta pesquisa.

Inicialmente, o Ministro Relator reconhece a independência mitigada entre ambos os sistemas (penal e administrativo sancionador). Ao desenvolver esse raciocínio, registra

¹⁷¹ O postulado da segurança jurídica, enquanto expressão do Estado Democrático de Direito, mostra-se impregnado de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público (RTJ 191/922), em ordem a viabilizar a incidência desse mesmo princípio sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado, para que se preservem, desse modo, sem prejuízo ou surpresa para o administrado, situações já consolidadas no passado. A essencialidade do postulado da segurança jurídica e a necessidade de se respeitarem situações consolidadas no tempo, especialmente quando amparadas pela boa-fé do cidadão, representam fatores a que o Poder Judiciário não pode ficar alheio. STF, RE 646.313 AgR, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 10.12.2014.

posicionamento a favor da aplicação dos princípios penais à esfera jurídica do Direito Administrativo Sancionador, acompanhado pelos demais ministros da Corte.¹⁷²

Para justificar essa posição, menciona-se decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) no caso paradigmático Oztürk, julgado em 1984, em que a Corte Europeia concebeu que o Direito Administrativo Sancionador é um subsistema da ordem jurídico-penal. Com base nesse raciocínio, sucedeu o entendimento de que os princípios jurídicos-penais deveriam ser expandidos para o âmbito do DAS, que pertenceria ao sistema penal em sentido *lato*.¹⁷³

Na decisão do STF, menciona-se também passagem da tese de mestrado de Ana Carolina Oliveira¹⁷⁴, em que a jurista defende a unidade do poder punitivo estatal: “A unidade do *jus puniendi* do Estado obriga a transposição de garantias constitucionais e penais para o direito administrativo sancionador”. A Tese mencionada analisa, entre outros aspectos, a relação de intersecção entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador.

Na *ratio decidendi* da Reclamação, concluiu-se como necessária a limitação do poder punitivo estatal em virtude “(1) da proximidade entre as diferentes esferas normativas e (2) da extensão de garantias individuais tipicamente penais para o espaço do direito administrativo sancionador”¹⁷⁵.

Ao analisar o teor dessa decisão, um artigo publicado no sítio eletrônico do IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais) destaca que a decisão reconhece

¹⁷² Tal independência, contudo, é complexa e deve ser interpretada como uma independência mitigada, sem ignorar a máxima do *ne bis in idem*. Explica-se: o subsistema do direito penal comina, de modo geral, sanções mais graves do que o do direito administrativo sancionador. Isso significa que mesmo que se venha a aplicar princípios penais no âmbito do direito administrativo sancionador – premissa com a qual estamos totalmente de acordo, o escrutínio do processo penal será sempre mais rigoroso. A consequência disso é que a compreensão acerca de fatos fixada definitivamente pelo Poder Judiciário no espaço do subsistema do direito penal não pode ser revista no âmbito do subsistema do direito administrativo sancionador. Todavia, a construção reversa da equação não é verdadeira, já que a compreensão acerca de fatos fixada definitivamente pelo Poder Judiciário no espaço do subsistema do direito administrativo sancionador pode e deve ser revista pelo subsistema do direito penal – este é ponto da independência mitigada. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Reclamação Constitucional 4557*. Relator: Min. Gilmar Mendes. 15 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345865921&ext=.pdf>. Acesso em: 09 set. 2022.

¹⁷³ Nessa linha, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) estabelece, a partir do paradigmático caso Oztürk, em 1984, um conceito amplo de direito penal, que reconhece o direito administrativo sancionador como um “autêntico subsistema” da ordem jurídico-penal. A partir disso, determinados princípios jurídico-penais se estenderiam para o âmbito do direito administrativo sancionador, que pertenceria ao sistema penal em sentido lato. OLIVEIRA, Ana Carolina. **Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador**. 2012. p. 128.

¹⁷⁴ OLIVEIRA, Ana Carolina. **Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador**. 2012. p. 241

¹⁷⁵ STF, RCL 41.557. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 15/12/2020.

“a proximidade entre as esferas normativas em questão e, conseqüentemente, estende as garantias individuais tipicamente penais para o espaço do Direito Administrativo Sancionador”.¹⁷⁶

3.3. Da evolução do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

Ao longo dos anos, o Superior Tribunal de Justiça também se manifestou, em decisões espaçadas no tempo, sobre a relação entre o sistema penal e o sistema administrativo sancionador. Ao contrário da Corte Suprema, a Corte Superior teve a oportunidade de se posicionar de forma mais profunda sobre essa matéria, o que será abordado nos subtópicos a seguir.

3.3.1. Recurso Especial nº 885.836/MG

No Recurso Especial nº 885.836/MG, julgado no ano de 2007, sob a Relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Superior Tribunal de Justiça reconhece a possibilidade de aplicação analógica das normas do Direito Penal ao sistema regulado pela Lei de Improbidade Administrativa. No caso em específico, o julgado analisa a ausência de norma na Lei de Improbidade capaz de definir os critérios que devem ser utilizados pelo julgador na fixação da pena por ato de improbidade.

A Corte Superior reconheceu o caráter não penal da Lei de Improbidade Administrativa. Por outro lado, apontou que, quando necessário, é possível utilizar, por meio da analogia, as regras e os princípios norteadores do Direito Penal ao Direito Administrativo, já que ambos os sistemas defluem de uma origem em comum, que é o poder sancionador do Estado¹⁷⁷.

¹⁷⁶ A VEDAÇÃO do Bis *In Idem* na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador e o princípio da independência mitigada. **IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais)**, março/2021. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/8454>. Acesso em: 09 set. 2022.

¹⁷⁷ Ora, essas circunstâncias, por si só, evidenciam a indispensabilidade da individualização das penas. E tudo o que a Lei estabelece a respeito do tema está no parágrafo único do art. 12: “Na fixação das penas previstas nesta Lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”. A evidente insuficiência dessa disposição normativa, atrelada apenas às conseqüências materiais da infração, torna inevitável a busca de soluções analógicas, especialmente no direito penal. Embora reconhecendo a natureza não-penal das sanções estabelecidas na Lei de Improbidade, tem-se enfatizado que sua aplicação “não raro, haverá de ser direcionada pelos princípios básicos norteadores do direito penal, o qual sempre assumirá uma posição subsidiária no exercício do poder sancionador do Estado, já que este, como visto, deflui de uma origem comum, e as normas penais, em razão de sua maior severidade, outorgam garantias mais amplas ao cidadão. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_885836_MG_1271729169980.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA067SMCVA&Expires=1661213941&Signature=95DjSSnlftoRvkh5gGiO2sti wY%3D

Em passagem desse julgado, a partir da constatação de que “o objeto próprio da ação de improbidade é a aplicação de penalidades ao infrator”, também se reconhece que tais penalidades “são substancialmente semelhantes à das infrações penais”, motivo pelo qual ambos os sistemas devem ser submetidos aos mesmos princípios constitucionais¹⁷⁸. Confere-se a passagem:

Ora, todos os sistemas punitivos estão sujeitos a princípios constitucionais semelhantes, e isso tem reflexos diretos no regime processual. É evidente, assim – a exemplo do que ocorre, no plano material, entre a Lei de Improbidade e o direito penal –, a atração, pela ação de improbidade, de princípios típicos do processo penal.¹⁷⁹

Portanto, o Superior Tribunal de Justiça, em suas primeiras manifestações sobre o tema, reconheceu a existência de uma íntima relação entre o sistema penal e o sistema de combate à improbidade administrativa e, por consequência, a possibilidade de aplicação ao Direito Administrativo Sancionador, por analogia, dos princípios de origem penal.

3.3.2. Recurso Especial nº 1153083/MT

No julgamento do Recurso Especial nº 1153083/MT, em novembro de 2014, a Corte Superior de Justiça, a partir do voto vencedor da Ministra Regina Helena Costa, entendeu que seria possível aplicar leis posteriores mais benéficas para diminuir o valor da multa administrativa.

O voto vencedor afastou a tese de que essa possibilidade estaria salvaguardada pelo artigo 106¹⁸⁰ do Código Tribunal Nacional, o que havia sido decidido pelas instâncias inferiores. Segundo esse dispositivo, a lei tributária mais benéfica deve retroagir para ser aplicada ao fato pretérito quando sua aplicação for mais benéfica ao agente tributado (seja porque deixa de definir determinado fato como infração ou porque deixa de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, ou ainda

¹⁷⁸ Recurso Especial nº 885.836/MG, julgado no ano de 2007, sob a Relatoria do Ministro Teori Zavascki.

¹⁷⁹ Recurso Especial nº 885.836/MG, julgado no ano de 2007, sob a Relatoria do Ministro Teori Zavascki.

¹⁸⁰ Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados; II - tratando-se de ato não definitivamente julgado: a) quando deixe de defini-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

porque lhe comina penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática).

A despeito da redação benéfica desse dispositivo, a Corte de Justiça assentou o entendimento de que a lei posterior deveria retroagir, para diminuir o valor de multa administrativa fixada pelo Estado, com fundamento no princípio constitucional da retroatividade da lei mais benéfica, aplicável também ao Direito Administrativo Sancionador, que envolve a relação entre o Estado e o Administrado. Nesse sentido, afirma a Ministra Regina Helena:

Entendo que deva aplicar a lei mais benéfica, não com base na aplicação analógica do art. 106 do Código Tributário Nacional, mas com fundamento no princípio implícito da retroatividade da lei mais benéfica, extraído do art. 5º, XL, da Constituição da República, pertinente ao Direito Sancionatório¹⁸¹.

No início da fundamentação, o voto vencedor enfatiza: “a retroação da lei mais benéfica é um princípio geral do Direito Sancionador, e não apenas do Direito Penal”¹⁸². O acórdão vai além e argumenta que faz mais sentido esse princípio ser aplicado na esfera do Direito Administrativo Sancionador do que no campo do Direito Penal, já que este ramo regula crimes e infrações socialmente mais graves e reprováveis (ao menos em tese) do que em qualquer outro âmbito do direito. Desse modo, vale colacionar esclarecedor fragmento do julgado em análise:

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, entendo que tal norma deva retroagir para beneficiar o infrator. Constatado, portanto, ser possível extrair do art. 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.¹⁸³

Portanto, esse julgado consolidou, em precedente de natureza persuasiva (em que pese não vinculante), que o artigo 5º, XL, da Constituição da República não é apenas um

¹⁸¹ REsp 1153083/MT. Relator ministro Sérgio Kukina, Relatora p/acórdão ministra Regina Helena Costa, 1ª Turma, julgado em 6/11/2014, DJe 19/11/2014.

¹⁸² REsp 1153083/MT. Relator ministro Sérgio Kukina, Relatora p/acórdão ministra Regina Helena Costa, 1ª Turma, julgado em 6/11/2014, DJe 19/11/2014.

¹⁸³ REsp 1153083/MT. Relator ministro Sérgio Kukina, Relatora p/acórdão ministra Regina Helena Costa, 1ª Turma, julgado em 6/11/2014, DJe 19/11/2014.

princípio próprio do Direito Penal, mas um princípio implícito do Direito Sancionador (em sentido genérico).

3.3.3. Recurso em Mandado de Segurança nº 37031/SP

No julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, julgado no ano de 2018, sob a Relatoria da Ministra Regina Helena Costa, a Corte Superior, ao contrário dos demais julgados, que abordaram a relação entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador como questão de plano fundo, analisou especificamente a aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benéfica no âmbito do Direito Administrativo Sancionador.

No caso concreto desse julgado, o réu havia sido condenado em processo administrativo disciplinar, e a pena aplicada teve como base a lei que estava em vigor na data do ilícito, mas que já havia sido revogada/alterada ao tempo da condenação. Em outras palavras, ao tempo da sentença, havia sido promulgada uma lei que atenuava a pena do réu e que, todavia, não foi considerada pelo julgador singular no momento da aplicação da pena, ainda que mais benéfica ao administrado.

A Corte Superior reconheceu que a lei em vigor na data da sentença, não aplicada pelo juiz de primeiro grau e pelo tribunal estadual, tratava-se de uma diploma mais benéfica ao acusado e, por esse motivo, deveria ter sido aplicada na espécie, haja vista que, nas exatas palavras sedimentadas no acórdão: “o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República, deve também alcançar as leis que disciplinam o processo administrativo disciplinar”¹⁸⁴.

Para fundamentar a decisão, o julgado em análise utilizou como referência jurídica outra decisão da Corte Superior, datada do ano de 2004, sob a Relatoria de Paulo Medina, com a seguinte ementa:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR. DEVOLUTIVO. DISCIPLINAR. SUCESSÃO DE LEIS. LEGALIDADE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. PÚBLICO. PROCESSUAL. EFEITO PROCESSO ADMINISTRATIVO PENALIDADE DE SUSPENSÃO. O efeito devolutivo do recurso ordinário não alcança questão de mérito estranha aos autos, que não foi apreciada pela decisão recorrida nem alegada na inicial. Constitui regra a aplicação da norma vigente à época dos fatos que regula. A retroatividade da lei que prevê penalidades só tem lugar quando beneficia, necessariamente, a condição do acusado. No caso, a lei nova que prevê pena máxima de trinta dias de suspensão à exemplo da lei revogada

¹⁸⁴ STJ – RMS: 37031 SP 2012/0016741-5, Relator: Ministra REGINA HELENA COSTA, Data de Julgamento: 08/02/2018, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/02/2018

e pena mínima mais elevada que a norma antiga. Recurso a que se nega provimento. (RMS 12.539/TO, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2004, DJ 01/07/2004, p. 278)

Em seguida, a decisão também abordou o posicionamento doutrinário de Celso Antônio Bandeira de Melo, com destaque para o seguinte excerto:

Reconhece-se a natureza administrativa de uma infração pela natureza da sanção que lhe corresponde, e se reconhece a natureza da sanção pela autoridade competente para impô-la. Não há, pois, cogitar de qualquer distinção substancial entre infrações e sanções administrativas e infrações e sanções penais. O que as aparta é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção, conforme correto e claríssimo ensinamento, que boamente sufragamos, de Heraldo Garcia Vitta¹⁸⁵.

Portanto, em julgado simples, com decisão objetiva e sem maiores esforços interpretativos, a Corte Superior de Justiça decidiu que deveria ser aplicado o princípio da retroatividade da lei mais benéfica no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, ainda que esse princípio seja, originalmente, próprio do Direito Penal.

3.3.4. Recurso em Mandado de Segurança nº 65.486/RO

Para finalizar a análise das decisões da Corte Superior de Justiça (STJ), menciona-se também a decisão emanada no final do ano de 2021, sob a Relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques.

No interior teor dessa decisão, o Relator realça, inicialmente, a decisão proferida no RMS 37.031/SP acima analisada, com destaque para o fato de que esse julgado - RMS 37.031/SP - declarou expressamente que o princípio da retroatividade mais benéfica deve ser aplicado também no âmbito dos processos administrativos disciplinares. A partir dessa referência, a decisão concluiu que: “O processo administrativo disciplinar é uma espécie de direito sancionador”.¹⁸⁶

Desse modo, a partir dos julgados examinados, é possível reconhecer que a Corte Superior de Justiça engendrou, ao menos precipuamente, as seguintes teses: 1) existe uma íntima relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador; 2) essa

¹⁸⁵ DE MELO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**, 32ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2015, p. 871. *In*: RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA, n. 37.031 – SP. 2018, STJ. Min. Rel. Regina Helena Costa.

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Mandado de Segurança. 65.486 - RO*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, 17 de agosto de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=133760799®istro_numero=202100127718&peticao_numero=202100248996&publicacao_data=20210826&formato=PDF. Acesso em: 10 set. 2022.

relação próxima decorre do fato de que ambos os sistemas decorrem da mesma origem (direito punitivo estatal); 3) as percepções do item 1) e 2) levaram ao entendimento de que os princípios típicos do Direito Penal, especialmente quando se tratam de garantias previstas na Constituição Federal, devem ser estendidos para o Direito Administrativo Sancionatório, a exemplo do princípio da retroatividade da lei mais benéfica.

3.4. As decisões dos tribunais regionais federais e dos tribunais estaduais

Além das decisões emanadas pela pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, é também pertinente analisar algumas poucas decisões judiciais emanadas por Tribunais Federais Regionais e Tribunais Estaduais quanto à temática abordada neste capítulo.

Em um julgamento proferido pelo Tribunal Regional Federal da terceira região na Apelação 00170373920094036100/SP, a Corte Federal analisou a aplicação retroativa de lei posterior ao fato que diminuía o valor da multa aplicada ao administrado, que havia descumprido Resolução da ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica)¹⁸⁷.

O Tribunal Federal aplicou, de forma retroativa, a lei mais benéfica ao administrado. Para subsidiar esse entendimento, lastrou-se no Recurso Especial nº 1153083 do STJ, mencionado acima, bem como também citou o seguinte extrato da obra de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Reconhece-se a natureza administrativa de uma infração pela natureza da sanção que lhe corresponde, e se reconhece a natureza da sanção pela autoridade competente para impô-la. Não há, pois, cogitar de qualquer distinção substancial entre infrações e sanções administrativas e infrações e sanções penais. O que as aparta é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção, conforme correto e claríssimo ensinamento, que boamente sufragamos, de Heraldo Garcia Vitta.¹⁸⁸

Ao final do julgado, a decisão da Corte Federal Regional encerrou o entendimento de que, “o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Carta Maior, alcança as leis que disciplinam o direito administrativo sancionador”¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Apelação 00170373920094036100/SP, em 12 de agosto de 2020, sob a relatoria do Desembargador Federal Antônio Carlos Cedenho.

¹⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**, 32ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2015, p. 871. In: TRF-3. Ap 00170373920094036100/SP. Rel. Antônio Carlos Cedenho. 12 de agosto de 20120.

¹⁸⁹ Apelação 00170373920094036100/SP, em 12 de agosto de 2020, sob a relatoria do Desembargador Federal Antônio Carlos Cedenho.

Outrossim, menciona-se julgado¹⁹⁰ do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em caso concreto que se estava a discutir retroatividade ou não de alteração benéfica no Código de Trânsito Brasileiro. Essa alteração foi promulgada posteriormente ao fato praticado pelo agente réu do processo em análise.

A Corte Estadual se aprofunda sobre o tema e admite a existência de divergência doutrinária sobre a temática em debate. Inicialmente, a decisão menciona os doutrinadores que não concordam com a retroatividade da lei administrativa mais benéfica, o que se extrai da seguinte passagem do julgado:

Conquanto haja relativo consenso no que diz respeito à influência que as garantias originariamente inerentes ao processo ao direito penal desempenham no âmbito do direito administrativo sancionador, entende parte da doutrina, (Fabio Medina Osório, Rafael Munhoz de Mello, dentre outros) e mesmo da jurisprudência (RMS 33.484/RS, relator ministro. Herman Benjamin), que o caráter dinâmico do direito administrativo e a inexistência de pena grave, tal qual a de prisão, obstam a retroatividade da lei mais benigna.¹⁹¹

Não obstante a honestidade intelectual ao citar a doutrina contrária ao posicionamento ao final adotado, a Corte Estadual de Minas Gerais entendeu que o posicionamento jurídico mais coerente se orienta pela retroatividade da lei administrativa mais benéfica, por ser esse um princípio geral do Direito Sancionador (e não apenas do Direito Penal). Em arremate, ao analisar a evolução do direito por meio das leis, o Tribunal ementou:

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. Diante dos subsídios teóricos, legais e jurisprudenciais, deve ser confirmada a sentença que reconheceu a necessidade de observância da legislação superveniente, ficando, pois, obstada a imposição das sanções veiculadas pela Portaria 2.256, de 2008.¹⁹²

Por fim, analisa-se a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁹³. O objeto do caso era um auto de infração e a respectiva multa administrativa. A Lei nova havia revogado a infração que era objeto do auto de infração. O ato cometido pelo agente era

¹⁹⁰ TJ/MG. AC 10024121280424002 MG, Relator: Marcelo Rodrigues, Data de Julgamento: 04/08/2015

¹⁹¹ TJ/MG. AC 10024121280424002 MG, Relator: Marcelo Rodrigues, Data de Julgamento: 04/08/2015.

¹⁹² TJ/MG. AC 10024121280424002 MG, Relator: Marcelo Rodrigues, Data de Julgamento: 04/08/2015.

¹⁹³ AC 10456582420188260576, julgado em 21/09/2020, sob a Relatoria do Desembargador Henrique Harris Júnior

contrário à Lei 11.262/12, vigente na época do fato, mas que já havia sido revogada pela superveniência da Lei 11.795/15. Ao fim, a decisão aplicou o princípio da retroatividade da lei para julgar improcedente a ação.

No início do julgado, parte-se da premissa que embora o direito penal e o Direito Administrativo Sancionador tutem bens jurídicos diferentes, com condutas e graus de reprovabilidade igualmente distintos, o fato é que seja a multa penal ou administrativa, ela tem natureza sancionatória. Nesse raciocínio, ressaltam os desembargadores que o direito sancionador funciona como um limitador ao poder do estado e, por esse motivo, “não é concebível submeter o particular aos efeitos de uma sanção imposta pela Administração em razão de conduta que não mais seja repreensível ou contrária à ordem jurídica”¹⁹⁴.

Em busca de outro fundamento como alicerce jurídico, a decisão alude ao artigo 106 do Código Tributário Nacional. Ao buscar uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, a Corte Estadual salienta que o artigo 106 do CTN deve ser aplicado às demais situações que se amoldem ao campo do direito administrativo, haja vista que a regra desse artigo serve para regular, de forma geral, a relação entre administração e administrado, não apenas quando a relação estiver no campo do tributário.

A decisão utiliza a interpretação analógica, ferramenta expressamente admitida por diversos diplomas normativos, a exemplo do artigo 4º da LINDB, também citado na decisão. Esse artigo, ao enumerar os meios de integração em ordem de preferência, propõe a predileção à analogia em relação aos princípios gerais. Nesse raciocínio, a decisão argumenta:

A correlação é tão inerente às atividades que o exercício do poder de polícia (conceituado na lei tributária) pode ser fato gerador do tributo (taxa). Numa visão macro, vê-se, em ambos os casos, a Administração Pública na atribuição de suas competências constitucionais e objetivando o interesse público, com divisão unicamente para fins de organização administrativa só destacada a função tributária no texto da CF/88 devido à essencialidade ao funcionamento do Estado, mas que não deixa de ser administrativa. Se a violação de uma legislação tributária (que inclui normas administrativas) acarreta multa e deixa de ser aplicada com a sua revogação, por que não o seria com a legislação administrativa, se as duas representam sanção por ato ilícito = descumprimento de lei municipal? Pertinentes as regras de hermenêutica contidas nos brocardos jurídicos “*ubi eadem ratio ibi eadem jus*” (onde há a mesma razão, incide o mesmo direito) e “*ubi eadem legis ratio ibi (...)*” O raciocínio lógico que envolve esses ramos do direito público é similar, tanto um quanto o outro, por meio de normas cogentes e através do Poder Público municipal, prescrevem padrões de condutas obrigatórias a serem cumpridas pelos munícipes, na

¹⁹⁴ *Ibidem*

execução do interesse público (restringir direitos ou arrecadar receitas), cominando a respectiva pena.¹⁹⁵

Diante da análise das decisões acima, é importante mencionar que não há como, nesta breve tese, explorar decisões de todos os tribunais brasileiros regionais e federais brasileiros. No entanto, as três decisões examinadas, ainda que de forma resumida, refletem como decide a maioria dos tribunais brasileiros quando enfrentam a temática da retroatividade ou não da norma administrativa mais benéfica.

3.5. A convergência das decisões emanadas pelos tribunais pátrios: influência do garantismo no ordenamento jurídico brasileiro

As decisões colacionadas do Superior Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais demonstram que, até o momento, o Poder Judiciário não se posicionou de forma decisiva sobre a aplicabilidade (ou não) do princípio da retroatividade da lei mais benéfica no âmbito do Direito Administrativo Sancionador.

Ainda que não tenha se manifestado de forma definitiva, nota-se que existe uma posição majoritária adotada pelos Tribunais Pátrios, que na maior parte das decisões concebe como caminho adequado a retroatividade da norma mais benéfica sancionatória administrativa.

A constatação de que os tribunais brasileiros adotam o princípio da retroatividade da lei mais benéfica no Direito Administrativo Sancionador não é inesperada. Nas últimas décadas, a tendência natural do direito brasileiro é adotar uma linha argumentativa garantista, ainda que no aspecto teórico e doutrinário. O posicionamento que defende a aplicação dos princípios/garantias penais ao campo do Direito Administrativo é reflexo de uma constituição com viés garantista, tal como a brasileira.¹⁹⁶

Abre-se parênteses neste estudo para abordar o tema do garantismo¹⁹⁷, que tem como idealizador o jurista italiano Luigi Ferrajoli. De forma simplista, é possível afirmar

¹⁹⁵ *Ibidem*

¹⁹⁶ Não temos dúvidas, a Constituição Federal brasileira é garantista e assenta seus pilares nos princípios ordenadores de um Estado Social e Democrático de Direito. FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html. Acesso em: 10 set. 2022.

¹⁹⁷ “Garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como

que a teoria garantista é uma corrente que defende o respeito máximo aos direitos e garantias fundamentais, bem como reconhece este como um modelo ideal a ser perseguido pelos Estados. A obra de Ferrajoli perfilha que o ordenamento jurídico deve funcionar como um instrumento para minimizar o poder punitivo do Estado e garantir, por outro lado, a liberdade máxima dos cidadãos¹⁹⁸, nos seguintes termos:

O garantismo comporta, em síntese, o reconhecimento de uma normatividade forte das Constituições rígidas, em razão da qual, estabelecido constitucionalmente um direito fundamental, se a Constituição é levada a sério, não devem existir normas com ele em contradição e deve existir [...] o dever a ele correspondente, que compete à esfera pública.¹⁹⁹

Os estudiosos Magraf e Cordeiro contextualizam o período de elaboração da obra de Ferrajoli, traduzido para o português como “Direito e Razão”, lançada no ano de 1980. Nessa época, os juristas se preocupavam com o avanço desmedido do poder punitivo estatal. Na conjuntura da época, a obra de Ferrajoli se trata de uma “edificação teórica”, cujo objetivo foi sustentar a necessidade de “reduzir a violência estatal e maximizar a liberdade da pessoa humana, limitando o poder punitivo em garantia dos direitos fundamentais do cidadão”.²⁰⁰

Os autores citados - Magraf e Cordeiro - também destacam o viés garantista da Carta Política brasileira: “Não se questiona, portanto, que a Constituição da República de 1988, indiscutivelmente, acolheu em seu bojo a teoria do garantismo penal, com a integral acolhida de todos os seus axiomas em nossa ordem jurídico-constitucional”.²⁰¹

uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É consequentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2010, p. 785-786. Disponível em: https://www.academia.edu/63998688/FERRAJOLI_Luigi_Direito_e_Razão_Teoria_do_Garantismo_Penal. Acesso em: 10 set. 2022.

¹⁹⁸ NOVELLI, Rodrigo Fernando. **A teoria do garantismo penal e o princípio da legalidade**. Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS | v. 16 | n. 31 | Jan./Jun. 2014, p. 120. Disponível em: https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/31/artigos/artigo06.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

¹⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. Tradução de André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi. et al. (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a. p. 22, 26.

²⁰⁰ MAGRAF, Alencar Frederico; CORDEIRO, Gustavo Henrique de Andrade; MAGRAF, Priscila de Oliveira. **A década de 1940 como matriz fática para a humanização do ordenamento jurídico brasileiro: reflexões sobre a elaboração do código de processo penal brasileiro**. Revista dos Tribunais, vol. 1000/2019, p. 587 – 597, Fev/2019.

²⁰¹ MAGRAF, Alencar Frederico; CORDEIRO, Gustavo Henrique de Andrade; MAGRAF, Priscila de Oliveira. **A década de 1940 como matriz fática para a humanização do ordenamento jurídico**

Para Vlamir Magalhães, os países da América Latina, entres eles o Brasil, foi um terreno fértil para a dissipação da teoria garantista de Ferrajoli. Durante quase todo o século XX, esses países foram assolados por governos autoritários. Por isso, nesse contexto histórico, a defesa quase que indeclinável das garantias constitucionais defendida por Ferrajoli demonstrou ser a melhor opção para evitar novos episódios de autoritarismo²⁰². Magalhães explica que o modelo garantista se tornou reflexo expresso da “intenção de levar a sério os direitos fundamentais como um todo”, razão pela qual Ferrajoli ficou conhecido como “fundamentalista dos direitos fundamentais”.

Ao interpretar a obra de Ferrajoli – o que foi (e continuado sendo feito) por juristas brasileiros – Fell e Bracht argumentam que o garantismo não está associado apenas à ideia de garantismo penal, embora no Brasil seja comum que a expressão utilizada seja “garantismo penal”. O garantismo pode e deve ser estendido a todos os ramos do Direito.²⁰³

Douglas Fisher também se propõe a interpretar e compreender a teoria do garantismo penal de Ferrajoli. As primeiras premissas do seu estudo são: 1) que o garantismo não está associado apenas ao Direito Penal 2) que o garantismo tem como premissa básica “a proteção dos direitos fundamentais individuais (denominados direitos de primeira geração) estabelecidos precipuamente na Constituição da República”.²⁰⁴

Ao aprofundar o tema, Douglas Fisher criou a expressão “garantismo integral”, com intuito revelado de se afastar da concepção clássica de que o garantismo está atrelado ao campo do Direito Penal. Fisher patrocina a convicção de que o garantismo deve ser utilizado para a interpretação hermenêutica da Constituição Federal.

brasileiro: reflexões sobre a elaboração do código de processo penal brasileiro. Revista dos Tribunais, vol. 1000/2019, p. 587 – 597, Fev / 2019.

²⁰² MAGALHÃES, Vlamir Costa. **O garantismo penal integral: Enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista.** Ver. SJRJ, Rio de Janeiro, n. 17, n. 29, v.1, p. 185-199, dez. 2010. P 192.

²⁰³Entende o jurista que a lei sofre influência direta e crucial do poder legislativo (ponto de vista externo), tendo prevalência em relação ao poder jurídico (ponto de vista interno). Desta maneira, é possível estender a todos os ramos do Direito, e não apenas em relação ao Direito Penal, os mesmos modelos de justiça trazidos pela Teoria do Garantismo, possibilitando o respeito aos Direitos Fundamentais, com vistas a adequar o ordenamento infraconstitucional em respeito à Constituição Federal. BRACHT, Daniela; FELL; Elizângela Treméa. **Garantismo como referência jurídica.** Unioeste - Campus Mal. Cândido Rondon - V. 7 No 13 - 2o sem 2007 - P. 43-64, p.47 e 48.

²⁰⁴ FISHER, Douglas. **O que é garantismo integral?** Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, n. 9, 2014. p. 115. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/77/66>. Acesso em: 10 set. 2022.

A hermenêutica constitucional parte dos ensinamentos consagrados por Hans Kelsen, em sua obra “A Teoria Pura do Direito”. Segundo o entendimento capitaneado por Kelsen, a Constituição é uma norma jurídica fundamental, dotada de força normativa com plena capacidade de servir de validade para a elaboração de normas²⁰⁵.

Ao aprofundar o conhecimento sobre essa temática, Fisher explica que, no que se espera de um sistema garantista, a hermenêutica constitucional deve considerar a “valoração de todos os direitos e deveres existentes no corpo da Carta Maior, e não apenas os direitos fundamentais individuais (e de primeira geração) dos investigados e/ou processados criminalmente”²⁰⁶.

Interpretação semelhante àquela feita por Douglas Fisher, da obra de Ferrajoli, é também empreendida por Marina Gascón Abellán, consagrada jurista espanhola que afirma: “num verdadeiro Estado garantista, o legislador não tem um poder de disposição, pois está limitado pelos bens e valores constitucionais”²⁰⁷.

Ao abordar o tema do Direito Sancionador, Fábio Medina concebe a existência de uma base comum ao Direito Punitivo Público, base esta que deve ser construída a partir dos ideais consagrados no sistema garantista²⁰⁸.

²⁰⁵ Assim, foi obrigado a desenvolver um fundamento formal (normativo) para a Constituição em seu sentido jurídico-positivo – a norma fundamental hipotética, também chamada de norma pensada ou pressuposta –, que existiria, segundo ele, apenas como pressuposto lógico de validade das normas constitucionais positivadas. A norma fundamental hipotética prescreve a observância da Constituição Federal. Traduz-se num verdadeiro comando de “cumpra-se a Constituição”. Por outro lado, em seu sentido jurídico-positivo, a Constituição corresponde à norma jurídica suprema, o fundamento de validade das demais normas do ordenamento jurídico. As normas infraconstitucionais só existem e são aptas a produzir os seus efeitos se forem compatíveis com a Constituição em seu sentido jurídico-positivo. Ou seja, a Constituição, como norma fundamental dotada de supremacia, é o paradigma de validade para toda a produção normativa subsequente. Nesse contexto, surge um ordenamento jurídico unitário e harmônico concebido de forma escalonada, chamado de escalonamento normativo ou pirâmide normativa. O escalonamento normativo kelseniano propõe que uma norma jurídica inferior se fundamente na norma jurídica superior, de modo que o ato normativo infraconstitucional possua como fundamento de validade a Constituição Federal, e esta, por sua vez, se apoie na norma fundamental hipotética. DUTRA, Luciano. **Conceito e sentidos da constituição**. Genjurídico, 2017. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/03/10/conceito-e-sentidos-de-constituicao>. Acesso em: 10 set. 2022.

²⁰⁶ FISHER, Douglas. **O que é garantismo integral?** Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, n. 9, 2014. p. 118. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/77>

²⁰⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina. **La teoría general del garantismo: rasgos principales**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005. p. 30

²⁰⁸ O que moveu e tem movido importantes juristas europeus foi e ainda é a busca de limites mais rigorosos ao Direito Administrativo Sancionador e ao poder punitivo do Estado, não importa de onde venham. Não há dúvidas de que uma substancial unidade do Direito Público Punitivo situa-se na base dessas construções garantistas. Ademais, o respeito às garantias e aos direitos constitucionais, comuns a todo o Direito Punitivo, é outro pilar desses esquemas hermenêuticos. E ainda que autores como Alejandro Nieto busquem um contraponto, alertando aos excessos e desvios, riscos de distorções, em razão da identidade própria do Direito Administrativo Sancionador, também ele, no tocante a este tema específico do *non bis in idem*, é bastante incisivo e ousado, na linha do sistema como um todo. Há, pois, preponderância importante de um

Desse modo, o que se compreende de um sistema garantista, tal como o brasileiro, é que as normas estabelecidas no ordenamento jurídico brasileiro, em especial aquelas inseridas no campo do Direito Punitivo Estatal, devem observar, na sua aplicação, toda a gama de direitos (de primeira, segunda e terceira geração) consagrados na Carta Magna.

Portanto, as decisões judiciais examinadas, que compreendem existir uma extensão do princípio penal da retroatividade da lei mais benéfica ao Direito Sancionador, amoldam-se à predisposição do ordenamento jurídico brasileiro a defender, na maior parte dos conflitos jurídicos, a interpretação que se amolda às bases teóricas do sistema garantista.

4. A transposição dos princípios constitucionais penais ao conjunto de metanormas do Direito Administrativo Sancionador e a retroatividade do parágrafo 1º, artigo 17-C, da Lei nº 14.230/2021

Este capítulo aborda o objeto principal deste estudo: a retroatividade da nova Lei de Improbidade Administrativa. Primeiramente, analisa-se a aplicação do princípio da retroatividade da norma mais benéfica aos diplomas normativos que integram o Direito Administrativo Sancionador. Em seguida, analisa-se a aplicação desse princípio à legislação que alterou a redação original da Lei de Improbidade Administrativa.

O objetivo final específico é examinar a retroatividade do entendimento jurídico consagrado no parágrafo 1º, artigo 17-C, da Lei nº 14.230/2021, segundo o qual o elemento volitivo que tipifica qualquer ato de improbidade administrativa é o dolo específico.

4.1. Os princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador: aplicabilidade ao sistema de improbidade administrativa

A nova Lei de Improbidade Administrativa implementou dispositivo que estipula a aplicabilidade dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador (§4º do artigo 1º). No artigo 17-D²⁰⁹, a Lei expressamente reconhece o caráter repressivo e sancionatório da LIA.

pensamento vinculado à limitação do Direito Punitivo, no modelo espanhol, o que se projeta na jurisprudência e nas decisões administrativas. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. Revista dos Tribunais, 8ª Edição, 2022. Livro digital, paginação irregular.

²⁰⁹ art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Apoiada nesses dispositivos, o ordenamento jurídico assume que embora a ação de improbidade administrativa seja veiculada por meio de uma ação civil pública, tradicionalmente utilizada para a proteção de direitos de índole coletiva, o direito material perseguido pelas ações de improbidade está contido em um sistema jurídico sancionatório cujas regras diferem daquelas que regulam o microsistema coletivo.

Um dos motivos que justifica a ressalva feita pela nova Lei, ao incluir 4º do artigo 1º e o artigo 17-D, é a compreensão jurídica de que as penas decorrentes de uma condenação por improbidade administrativa correspondem a sanções que ultrapassam as eventuais punições decorrentes de uma condenação em ACP (ação civil pública).

Ao situar a improbidade administrativa no campo do Direito Administrativo Sancionador (DAS), o legislador ordinário posiciona esse diploma normativo em uma esfera autônoma do direito, cujos estudos científicos específicos sobre esse campo jurídico, embora ainda tímidos, avançaram nos últimos anos²¹⁰. As regras e os princípios que regulam o Direito Administrativo Sancionador são diferentes das que permeiam o Direito Administrativo tradicional.

A diferença entre o sistema administrativo tradicional e o sistema administrativo sancionatório pode ser demonstrada a partir da distinção entre o poder de polícia e o poder sancionador. O poder de polícia²¹¹, típico do Direito Administrativo tradicional, tem como função precípua proteger preventivamente os interesses públicos e, por isso, as garantias asseguradas aos cidadãos submetidos a esse poder são mais restritas. Por outro lado, o direito administrativo sancionador é um ramo jurídico reconhecido por assegurar

²¹⁰ Quando situamos a improbidade administrativa no campo do direito administrativo sancionador, estamos saindo de um terreno árido, desprovido de garantias, entrando em um terreno que, embora deficitário, principalmente quando se compara com o direito penal, ostenta inegáveis evoluções científicas. A improbidade é um ilícito do direito administrativo, o qual estabelece medidas punitivas – penas – a essa patologia social. O devido processo legal, em suas vertentes formal e substancial, abriga as regras e os princípios do direito administrativo sancionador pátrio, o qual ainda reside em um universo extremamente lacunoso e carente de intervenções legislativas, de tal sorte que também aqui encontraremos a fonte de garantias para os acusados de improbidade administrativa. O modelo brasileiro não abriga um conjunto explícito de garantias para os acusados de ilícitos administrativos, mas tais garantias derivam do devido processo legal, fonte da dogmática do direito administrativo sancionador e do tratamento constitucional dispensado à LGIA, como sustentamos à saciedade. É certo que a cláusula constitucional em exame não apenas produz normas não contempladas na Magna Carta, mas rearticula outras tantas para que produzam efeitos inovadores, gerando direitos constitucionais aos acusados em geral, em detrimento do deserto de proteção que se perceberia em uma leitura literal do sistema. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. Revista dos Tribunais, 8º Edição, 2022. Livro digital, paginação irregular.

²¹¹ poder que corresponde à atividade estatal que condiciona a liberdade e a propriedade, ajustando-as aos interesses coletivos. MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. pg. 846.

amplas garantias aos sujeitos que estão a ele submetidos, seja na esfera nacional ou internacional.²¹²

Em decisão judicial proferida no Mandado de Segurança 32.201, a Corte Suprema (STF) atentou à diferença entre o poder de polícia e o poder sancionador das entidades públicas: “É dizer que o poder de polícia, nesse sentido estrito, não inclui a aplicação de sanções, atividade submetida, consoante compreensão mais recente, ao regramento jurídico próprio e específico do chamado direito administrativo sancionador.”²¹³

A doutrina do Direito Administrativo Sancionador parte da premissa de que devem ser protegidos os direitos e garantias individuais tanto dos agentes praticantes dos ilícitos investigados quanto das vítimas desses ilícitos. A premissa de que ambos os polos da relação – agente infrator e vítima – devem ter seus direitos fundamentais protegidos provoca, como reflexo, a compreensão de que a sanção não deve ser reputada de caráter retributivo. Ao contrário, deve prevalecer o viés prospectivo - racionalizado - da sanção.²¹⁴

Abre-se parênteses para apontar algumas considerações sobre a sanção administrativa. A finalidade racional da pena, decorrente de uma infração administrativa, também é compreendida a partir dos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello. Em sua obra, esse jurista enfatiza que as penas aplicadas no campo do Direito

²¹² Relembramos que a tipicidade do comportamento proibido não é algo etéreo ou que venha diretamente de uma iluminada autoridade judicial, tampouco uma criação normativa resultante da violação de algum princípio jurídico. O direito administrativo sancionador tem uma larga e importante tradição de garantias, mais no direito comparado do que no cenário nacional, é verdade. Porém, mesmo no direito pátrio, há uma história que se pode resgatar e há toda uma dogmática vigente. A improbidade não se torna, assim, um fenômeno solto e isolado no universo jurídico, mas uma patologia que possui remédios específicos e já disponíveis no mercado jurídico, com lastro histórico, cultural, sociológico e normativo, dentro de processos sociológicos, culturais, históricos e normativos que culminam em seu aparecimento, sua evolução e seus contornos atualizados pelos operadores jurídicos. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. Revista dos Tribunais, 8ª Edição, 2022. Livro digital, paginação irregular.

²¹³ STF, MS 32.201, Rel. Ministro Roberto Barroso.

²¹⁴ A busca do Direito Sancionador é a proteção dos direitos e garantias individuais de ambos os lados, agentes do ilícito e suas vítimas, alcançando, assim, o equilibrado cumprimento da lei, sem que se observe a ocorrência do *bis in idem* na aplicação da pena aos acusados. E o resultado dessa complexificação é uma outra perspectiva sobre a necessidade de sanção, justamente para se equilibrar suas funções racionais, em detrimento da sua função meramente retributiva, ocasião em que se oportuniza a sanção para aplicação de uma lógica de incentivos. É precisamente por essa razão que o Direito Administrativo Sancionador precisa ser visto e aplicado como consequência lógica do princípio da juridicidade, pelo qual o agente público encarregado de aplicar a sanção, ao exercer sua atividade, deve fazê-la com observância dos princípios constitucionais, em especial os da supremacia do interesse público e o da busca do bem comum. Por outras palavras, a discricionariedade ou, mais especificamente, a arbitrariedade jamais poderá guiar as ações do órgão sancionador. DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Lei de Improbidade Administrativa Reformada**. Revista dos Tribunais. 1 ed. 2022. Livro digital, paginação irregular.

Administrativo Sancionador não têm (ou não devem ter) como objetivo apenas castigar o sujeito, mas também desestimular a reiteração da prática pelo infrator e pela sociedade.²¹⁵

Diante dos apontamentos, compreende-se que as premissas do DAS são diferentes da dogmática jurídica que envolve o Direito Administrativo tradicional. Por tratar de dogmáticas diversas, o conjunto de princípios que permeia o Direito Administrativo Sancionador não possui plena identidade com os princípios do Direito Administrativo propriamente dito.

4.2. A relação entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal: unidade do *ius puniendi* estatal

O Direito Administrativo Sancionador brasileiro expandiu significativamente nas últimas décadas. Entre outros fatores, o aumento normativo das normas ordinárias que integram esse campo do direito decorre do congestionamento da Justiça Criminal, que não conseguiu regular punições para todas as espécies de infrações sociais que demandam intervenção jurídica.²¹⁶

Os estudiosos que se dispuseram a contribuir para a estruturação de uma teoria do Direito Administrativo Sancionador também se preocuparam em definir os princípios constitucionais que permeiam a base normativa desse ramo jurídico. A ordenação de uma raiz principiológica é um componente fundamental para consolidação de qualquer teoria jurídica, em especial uma teoria embrionária emergente, ainda pouco desenvolvida quando comparada com outras áreas jurídicas.

²¹⁵Evidentemente, a razão pela qual a lei qualifica certos comportamentos como infrações administrativas, e prevê sanções para quem nelas incorra, é a de desestimular a prática daquelas condutas censuradas ou constranger ao cumprimento das obrigatórias. Assim, o objetivo da composição das figuras infracionais e da correlata penalização é intimidar eventuais infratores, para que não pratiquem os comportamentos proibidos ou para induzir os administrados a atuarem na conformidade de regra que lhes demanda comportamento positivo. Logo, quando uma sanção é prevista e depois aplicada, o que se pretende com isto é tanto despertar em quem a sofreu um estímulo para que não reincida, quanto cumprir uma função exemplar para a sociedade. Não se trata, portanto, de causar uma aflição, um "mal", objetivando castigar o sujeito, levá-lo à expiação pela nocividade de sua conduta. O Direito tem como finalidade unicamente a disciplina da vida social, a conveniente organização dela, para o bom convívio de todos e bom sucesso do todo social, nisto se esgotando seu objeto. Donde, não entram em pauta intentos de "represália", de castigo, de purgação moral a quem agiu indevidamente. É claro que também não se trata, quando em pauta sanções pecuniárias - caso das multas-, de captar proveitos econômicos para o Poder Público, questão radicalmente estranha à natureza das infrações e, conseqüentemente, das sanções administrativas. MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2021. pg. 872 e 873.

²¹⁶ Além disso, o direito penal, em sua evolução garantista, resulta absorvido pela Justiça Criminal, não dando conta – em parte por isso mesmo – de todas as suas tarefas repressivas, ante o congestionamento que se observa, daí derivando outras causas políticas da maior importância para a expansão do direito administrativo sancionador. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. Revista dos Tribunais, 8º Edição, 2022. Livro digital, paginação irregular.

Na tarefa de definir a base de metanormas do Direito Administrativo Sancionador, os estudiosos aproveitaram o suporte de princípios já sedimentados na teoria do Direito Administrativo tradicional, desenvolvida por doutrinadores como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Mello, entre outros.

Ao compreender que a vertente sancionatória do Direito Administrativo é uma manifestação do poder punitivo do Estado, conhecido como *jus puniendi* estatal, que difere da tradicional atuação administrativa manifestada pelo poder de polícia, culminou a percepção de que os princípios tradicionais do Direito Administrativo não seriam suficientes para compor o pressuposto sistemático do DAS.

Para integrar o complexo de princípios que moldam a teoria do Direito Administrativo Sancionador, foi necessário explorar o manancial dogmático que circunda o Direito Penal. Este ramo jurídico está presente no ordenamento brasileiro há séculos e, por ser a principal e mais severa manifestação do poder punitivo do Estado, é capaz de contribuir para a formulação das premissas principiológicas que devem permear o Direito Administrativo Sancionador.

Os principais percursos do Direito Administrativo Sancionador no Brasil utilizaram o Direito Penal como fonte de inspiração, a exemplo da doutrina de Fábio Medina Osório. Em sua obra, o autor concebe que o Direito Penal tem sido a melhor referência histórica para o balizamento do poder punitivo estatal. Compreende também que o Direito Penal e Direito Processual Penal devem ser invocados para complementar a doutrina administrativa sancionatória.²¹⁷

Medina argumenta ser impossível negar a superioridade teórica da dogmática penal. Com base nessa aquiescência, assevera que a doutrina penal e processual penal “pode e deve servir de inspiração garantista na seara do direito administrativo punitivo, eis que ambas constituem projeções do direito punitivo público, carecendo de limites e contornos básicos comuns”.²¹⁸

²¹⁷ Somente o Código Penal e a legislação de mesma natureza enfocam a matéria das excludentes da ilicitude, da culpabilidade ou da imputação, mas, tratando-se de direito punitivo, principalmente de direito administrativo sancionador, é possível invocar, de modo análogo, o direito penal e o direito processual penal. Estamos diante de ilícitos administrativos e sanções de direito administrativo, e o regime jurídico imperante terá que ser chamado a intervir, dentro da perspectiva de equilíbrio entre os direitos fundamentais potencialmente em conflito. O direito penal tem sido a melhor referência histórica para o balizamento e a limitação do poder punitivo estatal, inclusive quando é esse último exercido por autoridades administrativas ou por autoridades judiciárias na prática de poderes jurisdicionais de imposição de sanções administrativas. Não se trata de reduzir as fontes do direito administrativo sancionador ao direito penal, como se esse ostentasse alguma espécie de superioridade normativa. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. Revista dos Tribunais, 8º Edição, 2022. Livro digital, paginação irregular.

²¹⁸ *Ibidem*

Com base em premissas similares às de Fábio Medina, em artigo publicado no ano de 2002, no início da teorização administrativa sancionatória, Edilson Pereira Nobre Júnior recomendou a aplicação dos postulados do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador: “nada haver a obstar, antes a recomendar, serem os postulados retores da aplicação das punições criminais, cuja sistematização doutrinária e legislativa é bem anterior à ordenação das sanções administrativas, a estas aplicáveis.”²¹⁹

A partir da evolução da relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador e, apesar das diferentes formas de aplicação desses dois ramos, doutrinadores não apenas defendem a necessidade de o Direito Administrativo Sancionador usufruir da teoria penal consolidada, como afirmam existir uma unidade do poder punitivo estatal.²²⁰

Com a evolução jurídica das últimas décadas, parte da doutrina conformou uma nova visão sobre o poder punitivo estatal, compreendido como um gênero autônomo que se subdivide em dois campos cientificamente autônomos, mas correlacionados por uma base principiológica: Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador.

A evolução da teoria que defende a unidade do poder punitivo do Estado tem servido como uma legitimação argumentativa do transporte de princípios, originalmente típicos do Direito Penal, para o campo do direito que engloba todas as expressões do direito punitivo estatal. É dizer que, sempre que se estiver diante de situação que emane da possibilidade de o Estado punir os indivíduos, existem princípios basilares que devem orientar essa atuação estatal.

Se na década de 1990, essa concepção (unidade do poder punitivo estatal) era apenas uma opinião juridicamente razoável, o aprimoramento dessa tese ao longo dos últimos anos, bem como dos argumentos justificadores, transformou-a na concepção aceita pela maioria dos juristas que se desempenham ao estudo do Direito Administrativo Sancionador.

²¹⁹ JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. **Sanções administrativas e princípios de direito penal**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Divisão Jurídica, n. 31, Bauru, abr./jul. 2001.

²²⁰ O Direito Punitivo estatal, tanto no Direito Penal como no Direito Administrativo, se funda sobre um conjunto de princípios e regras garantidoras de direitos dos administrados e dos cidadãos que, apesar das diferentes formas de aplicação, a depender de se tratar de infração penal ou administrativa, informa o *ius puniendi* estatal. Sem a observância de tais normas a atividade punitiva estatal se torna ilegítima e arbitrária. NETO, Diogo de Figueiredo Moreira; GARCIA, Flávio Amaral. **A principiológica no direito administrativo sancionador**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, n. 28, nov./jan. 2011/2012.

Os princípios comuns ao gênero do direito punitivo estatal têm a finalidade de assegurar a proporcionalidade na atuação punitiva do Estado perante os cidadãos, bem como garantir que a atividade punitiva estatal não viole as normas constitucionais que prescrevem os direitos individuais fundamentais.²²¹

Um dos principais argumentos que justificam o transporte de princípios, que antes eram parte exclusiva do Direito Penal (espécie), para o gênero que abarca qualquer atividade punitiva estatal, é a tese jurídica de que as garantias individuais que integram a doutrina penal são extraídas da própria Constituição, o que é reforçado por Gustavo Binbenojm: “o regime penal e administrativo exhibe núcleos mínimos de garantias ancoradas na própria Constituição”²²².

Em artigo publicado, Binbenojm confirma a existência de consenso doutrinário quanto à necessária limitação do poder punitivo oriundo do ramo jurídico administrativo sancionatório a partir dos princípios penais: “o regime jurídico aplicável ao poder punitivo da Administração deve encontrar fundamento e limite na sistemática constitucional de maneira semelhante àquela estabelecida no âmbito do Direito Penal”²²³.

Ao reconhecer que os princípios fundamentais de Direito Penal são aplicados ao âmbito do Direito Administrativo repressivo, Marçal Justen Filho realça: “as sanções administrativas apresentam configuração similar às de natureza penal, sujeitando-se a regime jurídico senão idêntico, ao menos semelhantes”²²⁴. A partir dessas concepções, é possível - e recomendável - que exista uma matriz comum de princípios aplicável às manifestações punitivas do poder estatal (seja penal ou administrativa), ainda que existam inegáveis diferenças entre o regime jurídico penal e administrativo sancionador.²²⁵

²²¹ E, justamente para garantir que o poder de punir e o controle estatais se efetivem de maneira comedida, razoável e proporcional, sem que haja o sepultamento dos direitos fundamentais, o Estado Democrático de Direito garante um arcabouço normativo de proteção individual que, por sua vez, alcança tanto o Direito Penal como o Direito Administrativo Sancionador – cada um com suas peculiaridades. FORTINI, Cristina; CAVALCANTI, Caio Mário Lana. **Da retroatividade benigna da Lei nº 14.230/21 enquanto uma decorrência das diretrizes do direito administrativo sancionador**. 2022.

²²² BINENBOJM, Gustavo. **O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal: possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis**. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, Edição Especial Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, 2014, p. 469.

²²³ BINENBOJM, Gustavo. **O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal: possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis**. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, Edição Especial Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, 2014, p. 470.

²²⁴ FILHO, Marçal Justen. **Curso de direito administrativo**. 18 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. Paginação irregular, livro digital.

²²⁵ É de se reconhecer, pois, como plenamente aceitável que o direito preveja regimes jurídicos diversos para os ilícitos penais e administrativos, independentes da comum essência dos mesmos. RAMOS, Dora

Em artigo que analisa a aplicação dos princípios constitucionais ao Direito Administrativo Sancionador, Benedito Gonçalves e Renato Grilo defendem que a natureza administrativa da sanção não afasta a necessidade de aplicação de garantias constitucionais ao sujeito passivo da infração; argumentam ser irrelevante se a norma punitiva está inserida no âmbito criminal, da improbidade ou da infração administrativa.²²⁶ Nesse raciocínio, os autores defendem: “quando a Administração Pública se movimenta no sentido de punir o cidadão, a inflexão direta de princípios constitucionais deve ser sobremaneira presente e qualificada”²²⁷.

O transporte dos princípios típicos do Direito Penal, de ordem constitucional, para a base de metanormas, que orienta qualquer atuação punitiva do estado, é um reflexo do reconhecimento que ambos os ramos jurídicos têm um núcleo comum, formado por princípios que derivam diretamente da opção constitucional por um Estado de Direito.²²⁸

A extensão dos princípios garantistas próprios do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador está em conformidade com os postulados da hermenêutica constitucional. De acordo com o princípio da unidade da Constituição, a Carta Magna é um todo interconectado e, por isso, os preceitos constitucionais devem ser estendidos a todas as relações sociais. Segundo Canotilho, com apoio no princípio da unidade da Constituição, “o intérprete deve(a) sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios”²²⁹.

Maria de Oliveira. **Considerações sobre o poder sancionatório da Administração Pública.** Os ilícitos administrativos e as concessões de serviços públicos. R. Proc. geral Est. São Paulo, São Paulo, n. 71:111-153, jan./jun. 2010, p. 124.

²²⁶ Não é relevante, para que se dê ampla aplicabilidade ao estatuto constitucional de garantias fundamentais, que se esteja na seara do crime, da improbidade ou da infração administrativa (tributária, ambiental, eleitoral etc.). Todo infrator, criminoso, agente ímprobo são qualitativamente alcançados pelo núcleo de garantias da Carta de 1988(...) Conforme observamos acima, o direito administrativo coloca em movimento estruturas e finalidades constitucionais, de modo que o atuar da Administração deve estar permeado de todos os valores e garantias da Constituição que busca realizar. GONÇALVES, Benedito. GRILO; GUEDES, Renato César. **Os Princípios Constitucionais do Direito Administrativo Sancionador no Regime Democrático da Constituição de 1988.** Revista Estudos Institucionais, v. 7, n. 2, p. 467-478, mai./ago. 2021.

²²⁷ GONÇALVES, Benedito. GRILO, Renato César Guedes. **Os Princípios Constitucionais do Direito Administrativo Sancionador no Regime Democrático da Constituição de 1988.** Revista Estudos Institucionais, v. 7, n. 2, p. 467-478, mai./ago. 2021.

²²⁸ MELLO, Rafael Munhoz. **Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade.** A & C R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 25-57, out./dez. 2005, p. 25.

²²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** Imprensa: Coimbra, Almedina, 1995., p. 226-227

A teoria da unidade do poder punitivo estatal não é um fenômeno isolado brasileiro. Na verdade, é uma tendência originária e próspera decorrente da evolução do direito sancionatório europeu. Em sua obra, Medina examina, com certa profundidade, legislações e doutrinas oriundas de países europeus e identifica que diversos juristas desse continente admitem a existência de uma teoria base que permeia o direito punitivo estatal. As eventuais e inegáveis diferenças nas manifestações concretas desse poder se unem no dever de respeito às garantias constitucionais, obrigação a que está aliada toda manifestação punitiva do Poder Público.²³⁰

Ao analisar a doutrina europeia, Sirlene Nunes Arêdes aponta o fato de que os países europeus relativizaram a concepção arcaica de que existe uma abrupta independência entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal. Essa visão foi substituída pela compreensão de que as esferas punitivas - administrativa e penal - se relacionam de forma umbilical e ambas, indistintamente, devem observância aos princípios constitucionais tradicionalmente originados da dogmática penal.²³¹

O jurista espanhol Tomas Cano Campus elabora um resumo do livro “*Derecho Administrativo sancionador*”²³², de autoria de Alejandro Nieto García, considerado como precursor da teoria do Direito Administrativo Sancionador na Espanha. De acordo com Campus, a tese de Alejandro é que a elaboração de uma teoria própria para o Direito

²³⁰ O que moveu e tem movido importantes juristas europeus foi e ainda é a busca de limites mais rigorosos ao Direito Administrativo Sancionador e ao poder punitivo do Estado, não importa de onde venham. Não há dúvidas de que uma substancial unidade do Direito Público Punitivo situa-se na base dessas construções garantistas. Ademais, o respeito às garantias e aos direitos constitucionais, comuns a todo o Direito Punitivo, é outro pilar desses esquemas hermenêuticos. E ainda que autores como Alejandro Nieto busquem um contraponto, alertando aos excessos e desvios, riscos de distorções, em razão da identidade própria do Direito Administrativo Sancionador, também ele, no tocante a este tema específico do *non bis in idem*, é bastante incisivo e ousado, na linha do sistema como um todo. Há, pois, preponderância importante de um pensamento vinculado à limitação do Direito Punitivo, no modelo espanhol, o que se projeta na jurisprudência e nas decisões administrativas. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. Revista dos Tribunais, 8ª Edição, 2022. Livro digital, paginação irregular.

²³¹ A teoria da unidade do poder punitivo estatal levou diversos países europeus, especialmente nas três últimas décadas, a desenvolverem nova leitura da tradicional teoria da autonomia e independência das instâncias penal e administrativa. Ainda que se possa, com fundamento nas normas constitucionais, postular âmbitos diferenciados de intervenção para a esfera penal e para a administrativa, não é possível diferenciar, materialmente, essas infrações e sanções. A identidade do poder punitivo advém da aplicação da pena, de forma que a previsão normativa abstrata de sua aplicação e execução importa o exercício deste poder. Fundamentadas nessas concepções, doutrina e jurisprudência de países europeus abrandaram os efeitos da tradicional teoria da autonomia e independência das instâncias, a fim de submeter a instância administrativa punitiva a princípios constitucionais tradicionalmente aplicados pelo Direito Penal. ARÊDES, Sirlene Nunes. **Ne bis in idem: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro**. Direito, Estado e Sociedade n.52 p. 204 a 240 jan/jun 2018, p. 204.

²³² GARCIA, Alejandro Nieto. **Derecho Administrativo sancionador, segunda edición**, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, 494 págs.

Administrativo Sancionador deve ser feita a partir de uma confluência entre as normas e princípios do Direito Administrativo (do qual faz parte), da Constituição, do Direito Público Estadual e, inevitavelmente, de princípios do Direito Penal, embora a transposição dos princípios penais deva ser moderada.²³³

A inevitável influência do Direito Penal sucede da constatação de que esse poder sancionatório administrativo é considerado, pela doutrina e pela jurisprudência (constitucional e ordinária) da Espanha, como parte integrante de um *ius puniendi* superior e único do Estado.²³⁴

²³³ *En efecto, el libro del profesor Alejandro Nieto, Derecho Administrativo sancionador, de cuya segunda edición aquí damos cuenta, a buen seguro que hace honor a su nombre, ya que constituye el estudio más serio, importante y exhaustivo hasta ahora realizado de la potestad sancionadora de la Administración. Se trata de una sugerente construcción dogmática de dicha potestad que configura un auténtico Derecho Administrativo sancionador, sin la tara de la dependencia del Derecho Penal, y que nos aclara muchas de las cuestiones que hasta ahora han oscurecido a las tradicionalmente denominadas «sanciones administrativas»; un Derecho Administrativo sancionador, en definitiva, que se constituye, así, en la parcela del ordenamiento jurídico-administrativo que estudia la potestad sancionadora de la Administración. El libro de Nieto sería digno de elogio por su simple cualidad de pionero, pues hasta el momento no existía en nuestra doctrina ninguna obra en la que se expusieran de forma conjunta, sistemática y pormenorizada los problemas de la potestad sancionadora y la especificidad de los principios que rigen su actuación. Pero, como el que lea el libro puede comprobar y nosotros hemos de señalar más adelante, sería tremendamente injusto encomiar una obra como la de Nieto únicamente por ese simple dato coyuntural.* Tradução: Com efeito, o livro do professor Alejandro Nieto, Direito Administrativo Sancionador, cuja segunda edição aqui relatamos, certamente faz jus ao seu nome, pois constitui o estudo mais sério, importante e exaustivo realizado até agora da Administração. É uma sugestiva construção dogmática desse poder que configura um autêntico Direito Administrativo sancionador, sem o ônus da dependência do Direito Penal, e que esclarece muitas das questões que até agora obscureceram aquelas tradicionalmente chamadas de “sanções administrativas”; um Direito Administrativo sancionador, em suma, que se constitui, assim, na parte do sistema jurídico-administrativo que estuda o poder sancionador da Administração. O livro de Nieto seria digno de elogios por sua simples qualidade de pioneirismo, pois até agora não havia nenhum trabalho em nossa doutrina que abordasse os problemas do poder sancionador e a especificidade dos princípios que regem sua ação. Mas, como qualquer um que lê o livro pode ver e apontaremos mais adiante, seria tremendamente injusto elogiar uma obra como a de Nieto apenas por esse simples fato circunstancial. CAMPOS, Tomas Cano. **Derecho Administrativo Sancionador**. Revista Espanhola de Direito Constitucional. 2015, n. 43, janeiro-abril de 1995.

²³⁴ *El punto de partida en el estudio y elaboración del Derecho Administrativo sancionador es la potestad sancionadora de la Administración. «En el principio de todo Derecho —dice—, están una potestad y un ordenamiento. Y cabalmente porque existen una potestad administrativa sancionadora y un ordenamiento jurídico administrativo sancionador es por lo que puede hablarse con propiedad de un Derecho Administrativo sancionador» (pág. 80). Esta potestad es hoy considerada por la doctrina y la Jurisprudencia (tanto constitucional como ordinaria) como parte integrante, junto a la potestad penal de los Tribunales, de un ius puniendi superior y único del Estado. Pero a su juicio, la potestad sancionadora forma parte de otras potestades administrativas, en concreto de la competencia de gestión de la que es su anejo o corolario. Con esta explicación alternativa —dice— se podría construir un sistema menos rígido y más dogmático.* Tradução: O ponto de partida no estudo e elaboração do Direito Administrativo sancionador é o poder sancionador da Administração. “No princípio de toda lei”, diz ele, “há um poder e uma ordem. E é precisamente porque existe um poder administrativo sancionador e um sistema jurídico administrativo sancionador que se pode falar propriamente de um Direito Administrativo sancionador» (p. 80). Esse poder é hoje considerado pela doutrina e pela jurisprudência (constitucional e ordinária) como parte integrante, juntamente com o poder penal dos Tribunais, de um *ius puniendi* superior e único do Estado. Mas, no seu entender, o poder sancionador faz parte de outros poderes administrativos, nomeadamente da competência de gestão de que é seu anexo ou corolário. Com essa explicação alternativa, diz ele, poderia ser construído um sistema menos rígido e mais dogmático. CAMPOS, Tomas Cano.

Ao analisar a tradicional obra de García de Enterría de 1976, doutrinador importante para a construção da teoria do Direito Administrativo Sancionador na Espanha, o brasileiro Adriano Farias demonstra que o jurista defendeu a transposição dos princípios de Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador, com base na premissa que ambos os direitos decorrem do *ius puniendi* estatal.²³⁵

O jurista brasileiro Gregório Guardia, em artigo que examinou a origem do Direito Administrativo Sancionador, também constata que os juristas espanhóis cristalizaram o entendimento de que *ius puniendi* estatal é único e, portanto, nesse país, “consagrou-se a aplicação dos princípios penais e processuais penais ao Direito Administrativo sancionador”.²³⁶

A brasileira Dora Ramos, que também se aprofundou nos estudos sobre o direito espanhol, aponta que os doutrinados García de Enterría e Ramón Fernández reconhecem que os ilícitos penais e administrativos decorrem da mesma expressão do poder punitivo estatal.²³⁷

Situação similar à espanhola é também constatada na doutrina portuguesa. Em dissertação com título “O Sistema das Sanções e os Princípios do Direito Administrativo Sancionador”, a portuguesa Margarida Faria aponta que todos os princípios penais constitucionais devem ser transportados ao Direito Administrativo Sancionador, tendo em vista que inexistem justificativas para que se diminuam as garantias dos cidadãos, garantias estas que decorrem, na verdade, da unidade do poder punitivo estatal.²³⁸ Finaliza

Derecho Administrativo Sancionador. Revista Espanhola de Direito Constitucional. 2015, num. 43, janeiro-abril de 1995

²³⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *El problema jurídico de las sanciones administrativas*. In: Revista Española de Derecho Administrativo, n. 10, 1976, p. 405. In: PUERARI, Adriano Farias. **O Direito de Mera Ordenação Social português como rumo de criação de um espaço próprio ao Direito Administrativo Sancionador brasileiro**. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico Políticas, menção em Direito Administrativo. Julho de 2016, p. 21.

²³⁶ GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. **Princípios Processuais no Direito Administrativo Sancionador: Um Estudo à Luz das Garantias Constitucionais**. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo, v. 109 p. 773 - 793 jan./dez. 2014, p. 775.

²³⁷ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Considerações sobre o poder sancionatório da Administração Pública. Os ilícitos administrativos e as concessões de serviços públicos**. R. Proc. geral Est. São Paulo, São Paulo, n. 71:111-153, jan./jun. 2010, p. 124.

²³⁸ Assim, são de aplicar, além dos princípios gerais de direito e dos princípios que a Constituição consagra expressamente no artigo 266.o para a Administração Pública, todos os princípios constitucionais aplicáveis ao Direito Penal, na medida em que não se vislumbra razão para as garantias dos cidadãos serem reduzidas. Concordamos, por exemplo, com Rosendo Dias José quando este defende que, apesar da epígrafe geral do artigo 32.o ser “Garantias de Processo Criminal”, este “exige aplicação não apenas às contraordenações como a todo o direito sancionatório”, enquanto expressão do *ius puniendi* do Estado. MORAIS DE FARIA, Margarida Ermelinda Lima. **O sistema das sanções e os princípios do direito administrativo sancionador**. Dissertação apresentada à Universidade de Aveiro para cumprimento dos requisitos

o raciocínio com a explicação acerca do expresso “princípio da constitucionalidade”, que significa que “o dever de conformação da *acção* sancionadora da administração aos preceitos e princípios constitucionalmente previstos aparece como princípio estruturante, sobre o qual radica a aplicação de todos os outros princípios que passamos a enunciar”²³⁹.

No Direito Português, existe um código geral das *contraordenações* (Decreto-Lei no 433/82 de 27 de outubro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei no 244/95 de 14 de setembro). Nesse país, *contraordenações* é o nome pelo qual são denominadas as infrações administrativas. O artigo 32 e o artigo 41 desse Código expressamente preveem que as normas do Código Penal e do Código de Processo Penal são subsidiariamente aplicáveis ao regime das *contraordenações*.

Ao analisar o regime jurídico das *contraordenações*, a portuguesa Sara Almeida = aponta que, em virtude da natureza hídrica do ilícito de ordenação social, é preciso que a aplicação do direito “pondere os aspectos essenciais do direito administrativo e as garantias fundamentais do direito punitivo público, do direito penal e do processual penal”²⁴⁰. Uma das conclusões da tese é que “o ilícito de mera ordenação social não pode ser visto como instrumento de diminuição das garantias do cidadão numa dimensão comparável ao direito penal”.²⁴¹

O português João Carlos Alberto, em sua dissertação, também entende que, independente do ramo do direito, a incidência do poder punitivo estatal implica a necessidade de se observar as garantias asseguradas ao acusado no Direito Penal e Processual Penal. Segundo o autor, a Constituição e a lei ajustam “a aplicação de princípios materiais e procedimentais inerentes ao direito punitivo mediante o “transvase” dos princípios do direito penal e processo penal para o regime dos ilícitos de mera ordenação social”²⁴². Essa transposição de princípios é a maneira que se encontra para

necessários à obtenção do grau de Mestre em Gestão Pública, realizada sob a orientação científica do Doutor José Carlos Vieira de Andrade. Universidade de Aveira, 2007, p. 66.

²³⁹ MORAIS DE FARIA, Margarida Ermelinda Lima. **O sistema das sanções e os princípios do direito administrativo sancionador**. Dissertação apresentada à Universidade de Aveiro para cumprimento dos requisitos necessários à obtenção do grau de Mestre em Gestão Pública, realizada sob a orientação científica do Doutor José Carlos Vieira de Andrade. Universidade de Aveira, 2007, p.67.

²⁴⁰ ALMEIDA, Sara Cristina Carvalho. **Direito das Contraordenações**. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto para a obtenção do grau de Mestre em Direito, na área de Ciências Jurídico-Administrativas. setembro de 2021, p. 17.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 9.

²⁴² ALBERTO, João Carlos. **O Princípio “Audiatur Et Altera Pars” No Direito Sancionatório Público: Procedimento Administrativo, e Processo Judicial. Vícios Formais e Materiais**. Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, na vertente, Direito Administrativo. Janeiro de 2021. p. 33

melhor concretizar o princípio do Estado democrático e o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.²⁴³

A tese do português Alberto examina a natureza do Direito Administrativo Sancionador em países europeus, como Espanha, Portugal e Itália. No que se refere à Itália, o autor demonstra que, nesse país, também prosperou a tese de que o direito punitivo é o gênero, composto pelo Direito Penal e pelo Direito Punitivo Administrativo. O autor menciona trecho da obra do jurista italiano Francesco Palazzo: “mesmo permanecendo diversos e distintos, os dois sistemas punitivos, administrativo e penal, interligam-se numa unidade substancial”.²⁴⁴

Portanto, a tese que defende a existência de unidade do poder punitivo do estado tem prosperado entre os doutrinadores brasileiros que estudam a teoria do Direito Administrativo Sancionador. Essa tese tem sido acolhida em diversos países europeus, a exemplo da Espanha e Portugal, países utilizados como referência, porque serviram de inspiração para os doutrinadores brasileiros, a exemplo de Fábio Medina Osório, um dos percussores da teoria administrativa sancionatória.

4.3. A incidência do princípio da retroatividade da norma mais benéfica no campo Direito Administrativo Sancionador (DAS)

Diante do cenário doutrinário demonstrado no tópico acima, nota-se que o direito brasileiro, inspirado inicialmente pela doutrina jurídica de países europeus, reconheceu a existência de uma aproximação ontológica entre os ilícitos penais e os ilícitos administrativos. Em qualquer deles, o Estado exerce o poder punitivo atribuído pela Carta Magna e, por isso, ambos os ilícitos estão subordinados às garantias constitucionais asseguradas aos cidadãos.

As graves punições, decorrentes da condenação pela prática de um ilícito administrativo, a exemplo das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, que pode ocasionar a suspensão dos direitos políticos do cidadão, é argumento sólido para justificar que haja proteção, aos direitos fundamentais dos indivíduos submetidos ao Direito Administrativo Sancionador, tão rígida quanto se defende na seara penal.

²⁴³ *Ibidemp.* 12

²⁴⁴ PALAZZO, Francesco. *I critério de riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative. L'Illecito Penale Amministrativo*: Verifica di un Sistema, Padova: CEDAM, 1987, p. 13. In: ALBERTO, João Carlos. *O Princípio “Audiatur Et Altera Pars” No Direito Sancionatório Público: Procedimento Administrativo, e Processo Judicial. Vícios Formais e Materiais*. Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, na vertente, Direito Administrativo. Janeiro de 2021, p. 95.

Nesse raciocínio, defende-se que as sanções penais e administrativas submetem-se a regime jurídico similar e, portanto, estão submetidas aos mesmo princípios constitucionais: legalidade, tipicidade (art. 5º, II e XXXIX; art. 37), irretroatividade (art. 5º, XL); pessoalidade da pena (art. 5º, XLV); individualização da pena (art. 5º, XLVI); devido processo legal (art. 5º, LIV); contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV); razoabilidade e proporcionalidade (art. 1º e art. 5º, LIV)²⁴⁵.

No direito brasileiro, há um consenso quanto à transposição, para a base principiológica do Direito Administrativo Sancionador, da maior parte dos princípios e garantias estabelecidos na Constituição. A controvérsia doutrinária e jurisprudencial subsiste, no entanto, no que se refere à aplicabilidade do princípio da retroatividade da norma mais benéfica, também de origem constitucional.

Fábio Medina defende a plena aplicabilidade do princípio da retroatividade da norma mais benéfica sancionatória, nos seguintes termos: “Se esta é a política do Direito Penal, não haverá de ser outra a orientação do Direito Punitivo em geral, notadamente do Direito Administrativo Sancionador, dentro do devido processo legal”. Ao justificar a posição adotada, o autor argumenta que se há uma evolução da sociedade em relação a determinado valor jurídico-social, esta evolução deve ser aplicada aos fatos pretéritos, a fim de preservar os princípios constitucionais da igualdade e justiça. O jurista finaliza o raciocínio: “O engessamento das normas defasadas e injustas não traria nenhuma vantagem social”²⁴⁶.

Ao aprofundar os argumentos jurídicos que justificam a posição adotada em sua obra, o autor justifica que a retroatividade da lei mais benéfica não decorre da aplicação automática dos princípios penais ao Direito Administrativo Sancionador. Em todo em caso, segundo o autor, é preciso analisar as circunstâncias concretas que moldam as alterações legislativas. Caso se esteja diante de mudanças de normas inferiores, como

²⁴⁵ As sanções penais e administrativas, em razão de suas semelhanças, submetem-se a regime jurídico similar, com a incidência de princípios comuns que conformariam o Direito Público Sancionador, especialmente os direitos, garantias e princípios fundamentais consagrados no texto constitucional, tais como: a) legalidade, inclusive a tipicidade (art. 5º, II e XXXIX; art. 37); b) princípio da irretroatividade (art. 5º, XL); c) pessoalidade da pena (art. 5º, XLV); d) individualização da pena (art. 5º, XLVI); e) devido processo legal (art. 5º, LIV); f) contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV); g) razoabilidade e proporcionalidade (art. 1º e art. 5º, LIV). NEVES, Daniel Amorim A.; OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. **Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. p. 8.

²⁴⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 8º Edição [S.l.]: Revista dos Tribunais, 2022. Livro digital, paginação irregular.

regulamentos e portarias, que integram o preceito proibitivo primário, possivelmente a norma posterior não retroagiria.

Por outro lado, caso a norma mais benéfica altere, de forma radical, os valores e os conceitos que estão por trás da norma punitiva e, como consequência, provoquem uma profunda transformação normativa, é quando se deve aplicar o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, com fundamento nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.²⁴⁷

Ao adotar idêntico posicionamento ao de Osório, Rita Tourinho sustenta que apesar da regra legal ser a irretroatividade da legislação aos fatos pretéritos à vigência dessa lei, entendimento que decorre do princípio *tempus regit actum*, a posição mais acertada é a que estende o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, próprio do Direito Penal, a todos os ramos do Direito Administrativo Sancionador. A aplicação analógica é pertinente porque inexistia, até os dias de hoje, uma legislação paralela geral para regular as premissas genéricas das sanções administrativas.²⁴⁸

Abre-se parênteses para mencionar que a retroatividade da norma mais benéfica não é princípio incidente apenas no Direito Penal. O artigo 106 do Código Tributário Nacional admite, em caráter excepcional, a aplicação retroativa dos efeitos da lei benéfica ao contribuinte. O dispositivo impõe como exigência que o ato ou fato não tenha sido definitivamente julgado. É este um exemplo normativo de que o direito brasileiro “admite

²⁴⁷ Outra situação ocorre quando há alterações de normas subjacentes a outras normas. Tal problema aparece nas normas em branco, estruturas abertas, como se sabe, que se complementam a partir de outras normas, não importa a origem ou o status. Imperioso atentar ao conteúdo das valorações subjacentes à norma jurídica inovadora e à norma substituída. Se há uma mudança radical de valores, se o legislador modifica uma orientação axiológica tida, em regra, como permanente, em face de critérios científicos ou de profundas alterações nos paradigmas sociais, é possível cogitar de retroatividade das normas mais benéficas, sob o influxo do princípio da igualdade, diante do silêncio da lei. Vale repetir: esse cenário se dá quando as normas sancionadoras vêm preenchidas por normas completivas, nas chamadas estruturas sancionadoras em branco, tão somente. Diga-se que as mudanças das normas inferiores, dos regulamentos, das portarias que integram o preceito proibitivo primário, em regra, não retroagem seus efeitos mais favoráveis, salvo quando se trate, comprovadamente, de alterações radicais nos valores e conceitos que estavam debaixo das normas punitivas, provocando profunda transformação normativa que, à luz do princípio isonômico, haveria, por critério de razoabilidade, retroagir. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. Revista dos Tribunais, 8ª Edição, 2022. Livro digital, paginação irregular.

²⁴⁸ Considerando-se que o Direito Público Sancionador abrange o conjunto de normas que dão base aos subsistemas representativos do *jus puniendi* e do *jus perseguendi* estatais, defende-se a aplicação dos princípios gerais do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador, inclusive pela carência de regulação paralela de uma “parte geral” no Direito das sanções administrativas. TOURINHO, Rita. **Os acordos de não persecução cível na seara da improbidade administrativa e os impactos trazidos pela Lei nº 14.230/2021**. Lei de Improbidade Administrativa Reformada, Revista RT, 2022. Livro digital, paginação irregular.

níveis distintos de regimes de retroatividade, ajustáveis às singularidades de cada ramo do Direito”.²⁴⁹

A aplicabilidade do princípio da retroatividade benéfica da lei é constatada nos ordenamentos da Espanha e Portugal, países cuja doutrina defende, conforme demonstrado no tópico acima, a existência de uma unidade do poder punitivo do Estado. O doutrinador espanhol Alejandro Nieto defende a retroatividade da norma administrativa sancionatória mais benéfica como forma de tratar as pessoas de forma igualitária: “Sem pretender esmiuçar os argumentos que fundamentam essa posição, lembramos, tão somente, que a retroatividade permite ao Estado tratar com isonomia as pessoas, dentro de critérios justos e razoáveis”.²⁵⁰ No ordenamento jurídico português, há expressa previsão que, ao regime jurídico das contraordenações (sanções administrativas), incide o princípio da retroatividade da lei mais benéfica.²⁵¹

A incidência do princípio da retroatividade da lei mais benéfica é aceita pela quase totalidade dos doutrinadores pátrios. No entanto, Rafael Munhoz é contrário à aplicação do princípio da retroatividade da norma mais favorável no processo administrativo sancionador. Segundo Munhoz, o princípio da retroatividade da norma é o princípio exclusivo do Direito Penal, em virtude de peculiaridades únicas desse campo do direito, a exemplo da possibilidade única da privação da liberdade do indivíduo.²⁵²

²⁴⁹ POZZO, Augusto Neves Dal; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Lei de Improbidade Administrativa Reformada**. Revista dos Tribunais. 1 ed. 2022. Livro digital, paginação irregular

²⁵⁰ Alejandro Nieto, Derecho administrativo sancionador, p. 239. In: OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. Revista dos Tribunais, 8º Edição, 2022. Livro digital, paginação irregular.

²⁵¹ Nesse sentido, em Portugal, o Decreto-lei 433, de 27/10/1982, que regula as contraordenações, garante, na esfera administrativa, a retroatividade da norma mais benéfica, a punição apenas por condutas dolosas ou culposas, a aplicação das teorias de erro de tipo e erro de proibição e interdependência entre a punição penal e a administrativa das mesmas pessoas, pelos mesmos fatos e fundamento. ARÊDES, Sirlenes Nunes. **Ne bis in idem: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro**. Direito, Estado e Sociedade n.52 p. 204 a 240 jan/jun 2018, p. 205.

²⁵² A título ilustrativo, verifica-se que não é razoável aplicar o princípio da retroatividade da norma mais favorável no processo administrativo sancionador, aplicável no Direito Penal. Com efeito, é mais consentânea a aplicação do princípio geral do direito do *tempus regit actum*, que prega que deve ser aplicada a norma vigente à época da infração. A disposição do art. 5º, inc. XL da Constituição é específica para a lei penal. Esta é a posição de Rafael Munhoz de Mello: “Com respeito devido aos autores que entendem de outra forma, parece acertada a posição defendida por Fabio Medina Osório. A regra é a irretroatividade das normas jurídicas, sendo certo que as leis são editadas para regular situações futuras. O dispositivo constitucional que estabelece a retroatividade da lei penal mais benéfica funda-se em peculiaridades únicas do direito penal, inexistentes no direito administrativo sancionador. Com efeito, a retroatividade da lei penal mais benéfica tem por fundamento razões humanitárias, relacionadas diretamente à liberdade do criminoso, bem jurídico diretamente atingido pela pena criminal. Como ensinam Carlos Enrico Paliero e Aldo Travi, é o princípio do favor *libertatis* que justifica a retroatividade da lei penal mais benéfica, considerando-se a gravidade da pena de prisão e os efeitos que tal medida produz sobre o condenado, só superados pelos efeitos da pena de morte. No direito administrativo sancionador não há espaço para o argumento, sendo certo que a sanção administrativa não pode consistir em pena de prisão. (...) Por tais fundamentos, não se

Por muito tempo, permitiu-se a existência dessa controvérsia. O ordenamento jurídico brasileiro não se esforçou para responder de forma definitiva o questionamento sobre a retroatividade (ou não) da norma administrativa benéfica, ainda que a maioria da doutrina e jurisprudência coincida no entendimento de que esse princípio deve ser plenamente aplicado ao Direito Administrativo Sancionador.

4.4. A retroatividade da nova Lei de Improbidade Administrativa e o Tema 1.199 do Supremo Tribunal Federal

Em virtude da promulgação da nova Lei de Improbidade Administrativa, veio à tona, com maior intensidade, a discussão acerca da incidência do princípio da retroatividade da lei mais benéfica no âmbito do Direito Administrativo Sancionador. Conforme demonstrado no segundo capítulo deste estudo, a Lei nova alterou de forma profunda o sistema de condenação por improbidade administrativa.

É possível afirmar que as alterações provocaram mudanças benéficas aos acusados por atos ímprobos. Condutas que antes eram ilícitas e sujeitas a graves sanções se tornaram atípicas; a previsão do dolo específico, como elemento volitivo do ato de improbidade, aumentou o ônus probatório para comprovar a prática do ato de improbidade.

A despeito das significativas alterações, a Lei 14.230/21 não implementou dispositivo com finalidade de regular as situações de direito intertemporal. As situações fáticas consolidadas antes da vigência da nova Lei se situaram em um limbo jurídico indefinido.

O direito brasileiro adota como regra geral a irretroatividade da lei. Persiste o entendimento de que a Lei nova (seja material ou processual) terá apenas efeitos prospectivos, o que encontra guarida no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. O artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB também estabelece: “a Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito

pode transportar para o direito administrativo sancionador a norma penal da retroatividade da lei que extingue a infração ou torna mais amena a sanção punitiva. No direito administrativo sancionador aplica-se ao infrator a lei vigente a época da adoção do comportamento ilícito, ainda que mais grave que lei posteriormente editada. Diversamente do que ocorre no direito penal, assim, não há no direito administrativo sancionador o princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao infrator.” MELLO, Rafael Munhoz De. **Temas de Direito Administrativo**, vol. 17, “Princípios Constitucionais do Direito Sancionador”. Editora Malheiros, 2007. p. 153-156.

adquirido e a coisa julgada”. Segundo Carreiro: “Trata-se de legítima opção que visa resguardar a estabilidade das relações e a segurança jurídica, obstando que atos, fatos e negócios pretéritos sejam atingidos por disciplina legal futura”.²⁵³

No entanto, não obstante a regra geral e ainda que silente a atual legislação, o entendimento doutrinário majoritário defende a retroatividade da nova Lei de Improbidade Administrativa. Justifica-se na teoria da *novatio mellius in legis*, amparada no artigo 5º, inciso XL, da Constituição. Ao abordar essa temática, Tourinho se manifesta: “o princípio da retroatividade da norma mais benéfica aplica-se às normas de direito material introduzidas pela Lei nº 14.230/2021 à Lei de Improbidade Administrativa”.²⁵⁴

Se o legislador ordinário, a quem é atribuída a função de regular o sistema legislativo brasileiro, subtraiu o desvalor ilícito de determinadas condutas, que não se enquadram mais como ato de improbidade administrativa, a retroatividade da nova Lei é a resposta adequada para que se homenageie os princípios da separação dos poderes e, ainda, garanta-se o cumprimento ao princípio da isonomia entre os praticantes da conduta.²⁵⁵

O posicionamento adotado por este estudo está em conformidade com o defendido pelos doutrinadores garantistas. Defende-se, nesta pesquisa, a retroatividade benéfica da nova Lei de Improbidade Administrativa. Ainda que não se concorde com todas as alterações implementadas pela nova Legislação, as mudanças promovidas indevidamente podem ser refutadas por meio de instrumentos jurídicos adequados, criados pelo ordenamento pátrio, a exemplo da ação direta de inconstitucionalidade.

Independentemente se o conteúdo da nova Lei possa violar o princípio da vedação ao retrocesso social, o que tem sido sustentado por órgãos classistas, o processo de elaboração da legislação atual esteve de acordo com as regras que orientam o processo legislativo brasileiro. Os novos dispositivos da Lei de Improbidade tiveram a

²⁵³ CARREIRO, Genilson. **Natureza Jurídica da Retroatividade da Lei Penal Benéfica e sua Inaplicabilidade às disposições benignas da Lei n. 14.230/2021**. 2022.

²⁵⁴ TOURINHO, Rita. **Os acordos de não persecução cível na seara da improbidade administrativa e os impactos trazidos pela Lei nº 14.230/2021**. Lei de Improbidade Administrativa Reformada, Revista RT, 2022. Livro digital, paginação irregular.

²⁵⁵ Se o legislador ressignificou o desvalor de determinadas condutas, subtraindo-as da incidência do sistema sancionatório da improbidade administrativa; se passou a exigir novos elementos de tipicidade, restringindo seu alcance; ou se lhes atenuou as sanções outrora previstas, a retroatividade da norma material mais benéfica parece a solução que melhor equilibra o sistema constitucional de divisão de competências entre os Poderes constituídos, além de privilegiar a isonomia entre os praticantes de tais condutas, evitando tratamentos opostos a situações idênticas. TOURINHO, Rita. **Os acordos de não persecução cível na seara da improbidade administrativa e os impactos trazidos pela Lei nº 14.230/2021**. Lei de Improbidade Administrativa Reformada, Revista RT, 2022. Livro digital, paginação irregular.

concordância da maioria dos parlamentares de ambas as Casas do Congresso Nacional, eleitos pela população como seus representantes, em respeito aos princípios democráticos.

Além da Lei nova ter sido uma escolha dos representantes eleitos do Congresso Nacional, o ordenamento jurídico brasileiro, ao se deparar com situações jurídicas complexas, tende a adotar a alternativa jurídica que melhor preserva os direitos fundamentais dos indivíduos, em especial as garantias constitucionalmente asseguradas.

É nítida a violação ao princípio da isonomia ao pensar que, se duas pessoas praticam o mesmo ato, uma delas em 24 de outubro de 2021 e a outra em 27 de outubro de 2021, a primeira será condenada por improbidade administrativa e à sanção de perda dos direitos políticos, enquanto a outra, ao praticar o ato um dia após a publicação da nova lei (publicada em 26 de outubro de 2021), terá seu ato considerado como atípico e não será submetida a nenhuma condenação.

Não é razoável que pessoas físicas e jurídicas sejam severamente condenadas com base em artigo que não mais subsiste enquanto norma proibitiva no ordenamento jurídico.²⁵⁶ Ao se manifestar sobre o princípio da retroatividade benéfica, o Ministro Luís Fux aponta: “O princípio da isonomia impede que dois sujeitos sejam apenados de forma distinta apenas em razão do tempo em que o fato foi praticado, porquanto a valoração das condutas deve ser idêntica antes e depois da valoração da lei”.²⁵⁷

Ainda que a aplicação retroativa da nova Lei signifique que deverá haver uma reexame da maioria dos processos em curso, não há como ignorar o fato de que as ações de improbidade administrativa são sancionatórias repressivas e, desse modo, o princípio da retroatividade da lei mais benéfica é aplicável como regra geral do Direito Punitivo.²⁵⁸

²⁵⁶ Além disso, sob o manto do bom senso – que integra a essência do princípio da razoabilidade – e da isonomia, não afigura sensato e plausível que pessoas físicas e jurídicas sofram com as severas penalidades da Lei de Improbidade Administrativa quando o legislador, em momento posterior, impõe que os motivos e os fundamentos da condenação não mais subsistem no campo punitivo, e que eventuais novos investigados, à luz da Lei nº 14.230/21, não mais seriam condenados (ou nem sequer processados) caso praticassem as mesmas condutas objeto daquela sentença condenatória primeira. A lógica subjacente a tal raciocínio é a mesma aplicável aos casos de *abolitio criminis* em seara penal, quando mesmo a coisa julgada é relativizada para alcançar aqueles condenados por condutas que, hoje, são atípicas; e é a mesma pelo fundamento inicial deste trabalho, qual seja: a correlação e a harmonia existentes entre os ditames e diretrizes do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador, espécies do gênero Direito Punitivo. FORTINI, Cristina; CAVALCANTI, Caio Mário Lana. **Da retroatividade benéfica da Lei nº 14.230/21 enquanto uma decorrência das diretrizes do direito administrativo sancionador**. 2022.

²⁵⁷ STF, RE 600.817/MS, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 30.10.14.

²⁵⁸ No entanto, não há como ignorar que a aplicação da retroatividade da lei mais benéfica acarretaria reexame da maioria dos processos em curso em matéria de improbidade administrativa. Contudo, caso o legislador deixasse de observar direitos fundamentais previstos constitucionalmente e tivesse vedado a retroatividade no novo marco da improbidade teria incorrido em norma inconstitucional, pois não poderia

Nesse mesmo sentido, Napoleão Maia defende a retroatividade da nova Lei de Improbidade. Argumenta que a retroatividade da lei mais benéfica, enquanto princípio jurídico constitucional, deve ser praticada em qualquer relação jurídica em que seja possível a imposição de gravame ao direito subjetivo do acusado.²⁵⁹

Ao longo do último ano (2021-2022), o argumento pela retroatividade da Lei de Improbidade ganhou contornos cada vez firmes, com justificativas jurídicas que ecoaram no universo jurídico e na jurisprudência nacional.

Ainda que tenha sido defendido – e continue sendo - por alguns juristas, não prosperou o argumento de uma possível interpretação restritiva do dispositivo constitucional que prevê a retroatividade da lei penal mais benéfica. Interpretar a Constituição de forma restritiva vai de encontro à tendência adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, em que prevalece a hermenêutica sistemática e teleológica do texto constitucional.

Embora não tenha sido mencionada expressamente a palavra “norma sancionadora” no artigo que dispõe sobre o princípio da retroatividade da norma mais benéfica, a Carta Magna preocupou-se em assegurar, em outro dispositivo, 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). A finalidade do dispositivo é garantir que a Constituição consiga se adequar à natural evolução e mudanças da sociedade.

Um aspecto que merece destaque é que a redação original da Lei de Improbidade Administrativa é datada de período posterior à Constituição Federal. Portanto, na promulgação da Carta Política, não se podia saber sobre as graves sanções decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa. José Carlos Fernandes ressalva: “Se a seu

uma regra infraconstitucional estar acima do que dispõe o artigo 5º, inciso XL, da Constituição. Cumpre ressaltar que as ações de improbidade administrativa não são consideradas simples ações civis, tampouco penais, mas ações sancionatórias repressivas, integrante do microsistema do Direito Administrativo Sancionador, fundamentada no poder punitivo Estatal. MAFFINI, Rafael. DA CAS, Denise Gutiliêrs. **A retroatividade da Lei nº 14.230/2021**. Porto Alegre, março de 2022.

²⁵⁹ A inserção da retroatividade da *lex mitior* na categoria de princípio jurídico constitucional leva, portanto, a que a sua aplicabilidade seja ampla, isto é, que seja reconhecida e praticada em qualquer relação jurídica em que se cogite se impor qualquer gravame a qualquer direito subjetivo, seja em qual área jurídica for. O doutor professor José Afonso da Silva acha que a retroatividade se funda em requisito de justiça, certamente o maior de todos os princípios. Para ele, se o Estado reconhece, pela lei nova, não mais necessária à defesa social a definição penal do fato, não seria justo nem jurídico alguém ser punido e continuar executando a pena cominada em relação a alguém, só por haver praticado o fato anteriormente (Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 138). FILHO, Napoleão Maia. O princípio da retroatividade da lei sancionadora mais benigna. S.l: Conjur, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-04/napoleao-maia-filho-principio-retroatividade>. Acesso em: 10 set. 2022.

tempo o Direito Administrativo Sancionador gozasse do corpo e contorno próprio que detém hoje, é possível que a redação fosse outra”. Segundo o autor, não é indicado que se desconsidere o momento de promulgação da CF/88, quando ainda não se tinha visão do alto grau sancionatório envolvido nas Leis de Improbidade.²⁶⁰

Com base nas decisões judiciais em que o Superior Tribunal de Justiça manifestou que era cabível a retroatividade da nova administrativa sancionatória mais benéfica, Guilherme Nóbrega e Rodrigo de Bittencourt ponderam que se o STJ aplicou esse princípios nos casos em que se discutia multas tributárias e sanções juntas ao CADE, é razoável a aplicação desse princípio à seara de improbidade administrativa, cujo sistema se aproxima do Direito Penal.²⁶¹

Outro fundamento que também legitima a retroatividade da lei benéfica administrativa é a percepção de que o fundamento para a existência da sanção não pode ser o desejo repressor, mas a “correspondente proporcionalidade que a conduta deva merecer segundo a exata, e atualizada, menor medida de sua reprovação.”²⁶² Quando a sociedade não mais considera determinada conduta como ilícita, a punição decorrente da época em que era considerada ilícita se justificaria tal como se a pena fosse em si mesmo, ainda que não mais subsistisse a reprovabilidade da conduta.

Ainda que minoritários, existem vários juristas que se manifestaram contrariamente à retroatividade da nova Lei De Improbidade Administrativa. Ao patrocinar o argumento da irretroatividade da nova Lei, Carreiro parte da premissa que o constituinte brasileiro, ao tempo da elaboração da Carta Política, conhecia a existência das duas modalidades de sanção (penal e administrativa), já que aborda expressamente as

²⁶⁰ 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). FERNANDES JUNIOR, José Carlos. **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. Anais do XI Conbradec, 2021, vol. 1, n. 38 (2021), p. 5.

²⁶¹ MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; DA NÓBREGA, Guilherme Pupe. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada.** Lumen Iures, 2022. P. 26.

²⁶² *Ibidem*, p. 26.

duas espécies no artigo 225, §3º²⁶³. Com base nessa percepção, defende não ser sustentável o argumento de que por “lei penal” o constituinte, por carência de repertório, teria pretendido dizer “lei sancionadora”.²⁶⁴

De acordo com Carreiro, não existe permissivo constitucional para que se converta a expressão “lei penal” em “lei sancionadora”. Nesse raciocínio, ele considera arbitrariedade “turbinar” o alcance da norma inserida no artigo 5º, inciso XL, da Constituição, para editar norma diversa da criada pela Assembleia Nacional Constituinte.²⁶⁵ O autor confronta a existência de uma unidade do direito punitivo e justifica que instâncias penais e administrativas sancionadoras são profundamente diferentes, de modo que a intercambialidade de garantias não encontra fundamento, nos seguintes termos:

Se se considerar certo que o Direito Administrativo Sancionador sofre influxo do regime constitucional delimitador do Direito Penal, isso não permite a simples e integral incorporação ao microsistema de tutela da probidade administrativa de todas as garantias e princípios que circundam a ultima ratio,

²⁶³ Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

²⁶⁴ No esforço de delimitar o conteúdo da expressão “lei penal”, uma interpretação gramatical indica inequívoca alusão ao regime de aplicação de penas cominadas para a prática de crimes, contravenções e infrações de menor potencial ofensivo, ou seja, transgressões da ordem jurídica que giram na órbita da ultima ratio, atraindo, por conseguinte, o processamento e o julgamento pela jurisdição criminal. O constituinte poderia, mas não adotou a expressão “lei sancionadora”, conceito mais abrangente e que seria sinalizador da intenção de se estabelecer um modelo punitivo único, com as mesmas garantias se espraiando para todos os ramos das sanções punitivas. Note-se que a Constituição Federal, em seu art. 225, § 3º, faz menção a “sanções penais e administrativas”. Isso significa que o constituinte conhecia as duas modalidades de sanções (penais em sentido estrito e administrativas) e, quando teve a intenção de aludí-las, o fez com precisão terminológica, de tal modo que não se sustenta o argumento de que por “lei penal” o constituinte, por carência de repertório, teria pretendido dizer “lei sancionadora”. Em reforço, uma análise da localização do inciso XL do art. 5º no Texto Constitucional revela que ele está cercado por dispositivos que tratam de institutos essencialmente penais em sentido estrito, isto é, que são objeto do Direito Penal. CARREIRO, Genilson. **Natureza Jurídica da Retroatividade da Lei Penal Benéfica e sua Inaplicabilidade às disposições benignas da Lei n. 14.230/2021.**

²⁶⁵ Da convergência dessas circunstâncias, a conclusão a que se chega após o recurso à interpretação semântica, histórica e sistemática é a de que a expressão “lei penal” empregada no dispositivo em comento, inserida em norma que excepciona a regra geral da irretroatividade das leis, possui significado restrito às leis que dispõem sobre infrações penais em sentido estrito, isto é, que tipificam crime, contravenção penal ou infração de menor potencial ofensivo e cominam as respectivas penas ou medida de segurança, aplicáveis pela jurisdição penal. Para os demais ramos do Direito, salvo disciplina específica do legislador em sentido contrário, deve ser observada a regra de que as leis sempre produzem efeitos prospectivos. Demonstrada a inexistência de permissivo constitucional para converter as expressões “lei penal” em “lei sancionadora” e “réu” em “infrator”, mostra-se arbitrário turbinar o conteúdo e o alcance da regra da retroatividade da norma penal benigna para claramente editar norma de teor diverso daquela elaborada pela Assembleia Nacional Constituinte. Não é lícito ao intérprete desprezar os antecedentes históricos e legislativos para impor sua vontade e atribuir ao texto dimensão que claramente o poder constituinte originário recusou. *Ibidem.*

como se houvesse plena identidade de objeto e bens jurídicos tutelados. Promove-se, bem ao gosto nacional, um sincretismo com pouco ou nenhum rigor teórico e totalmente desinteressado dos seus efeitos sistêmicos. Ocorre que, da necessidade de instituição de um bem definido regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador, questão pacífica e unânime, não decorre a autorização para, mediante interpretação, suprir lacuna legislativa e criar complexa modelagem de disciplina e contenção desse relevante ramo do poder punitivo, sobretudo porque as instâncias penal e administrativa sancionadora, não obstante a aproximação enquanto expressão do poder punitivo estatal, são profundamente díspares, não justificando a intercambialidade sem matização das garantias destinadas à tutela do réu na seara penal, sob pena de se converter o Direito Administrativo Sancionador em mero apêndice do Direito Penal.²⁶⁶

De acordo com os ensinamentos de Alexandre Souza e Renata Christino, a tese que considera equivocada a aplicação da retroatividade da Lei nº 14.230/21 também se ampara no argumento de que a nova Lei enfraqueceria o combate à corrupção pública. O autores apontam as alterações promovidas pela legislação atual estão em descompasso com o contexto social brasileiro; contexto em que o Brasil ostenta a posição 138^a, entre 139 países, com o Poder Legislativo mais corrupto do mundo, além de ocupar a 132^a posição em relação à punição de agentes públicos pela *misconduct*, segundo *The World Justice Project (WJP) Rule of Law Index*.²⁶⁷

Em obra jurídica que analisa as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21, os juristas Igor Pinheiro e Henrique Ziesemer sustentam a irretroatividade das mudanças promovidas no artigo 11 (improbidade por violação a princípios). Eles compreendem ser antijurídicos a situação em que determinada conduta, ainda que considerada crime e, portanto, objeto de punição na seara criminal, não mais seja considerada ímproba em virtude das alterações da nova Lei.²⁶⁸

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ Desarmonizar os sistemas jurídicos com uma equivocada aplicação retroativa da Lei nº 14.230/21 traria nefastas consequências ao enfrentamento aos atos ímprobos e corruptivos e à proteção ao erário. Isso tudo diante de um preocupante cenário em que o Brasil é visto pelos organismos internacionais como sendo o portador dos piores índices quando o assunto é enfrentamento da corrupção e sobre usurpação da coisa pública. O The World Justice Project (WJP) Rule of Law Index, em sua última atualização em 2021, aponta o Brasil ostentando a posição 138^a entre 139 países, com o Poder Legislativo mais corrupto do mundo, perdendo apenas para a Guatemala. No mesmo relatório, o Brasil é o país na 132^a posição em relação à punição de agentes públicos pela *misconduct*, perdendo, inclusive, para o Haiti. Sobre a eficiência e efetividade da Justiça brasileira em matéria de punição de ilícitos, o Brasil se encontra na infeliz posição 133^a entre 139 países. SOUZA, Alexandre Araújo; COSSATIS, Renata Christino. **Corruptissima republica plurimae leges**: Retroatividade da Nova Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 14.230/2021)? Janeiro de 2021. Disponível em: <https://temasjuridicospdf.com/corruptissima-republica-plurimae-leges-retroatividade-da-nova-lei-de-improbidade-administrativa-lei-no-14-230-2021/>. Acesso em: 10 set. 2022

²⁶⁸ PEREIRA, Igor Pinheiro; Ziesemer, Henrique da Rosa. **Nova Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. Editora Mizuno. 2022, p. 234.

Por outro lado, no tocante à extinção da improbidade por ato culposo, os autores concordam com a retroatividade da legislação benéfica. À vista de que a modalidade culposa da improbidade foi abolida do sistema jurídico da improbidade administrativa e, com base na percepção de que as condutas descritas no artigo 10 da LIA correspondem a tipos penais que não admitem forma culposa (em regra), o retrocesso da nova Lei corresponde à melhor solução para a uniformização do sistema jurídico.

Sobre a extinção da modalidade culposa e retroatividade dessa norma, Pinheiro e Ziesemer argumentam: “não fazia muito sentido alguém ser desonesto/corrupto no campo penal somente por meio do dolo e, no campo cível da improbidade administrativa, poder ostentar aquela qualificação por meio da culpa, ainda que grave”.²⁶⁹

Portanto, ainda que subsistam doutrinadores que defendem a irretroatividade da Lei 14.230/2021, ao interpretar a constituição de forma teleológica e sistemática, a solução que melhor se adéqua ao sistema jurídico brasileiro é a que estende o princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao campo de metanormas do Direito Administrativo Sancionador, dentre as quais se elenca a Lei de Improbidade Administrativa.

Na tentativa de solucionar o direito intertemporal, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema 1199, que trata da eventual (ir)retroatividade das disposições da Lei 14.230/2021, fixou a seguinte tese em agosto de 2022:

- 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.²⁷⁰

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 238.

²⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 1.199, de 05 de setembro de 2022. Definição de eventual (IR)RETROATIVIDADE das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente.

A Corte Suprema adotou a retroatividade temperada²⁷¹. A exigência do dolo específico e a extinção da modalidade culposa devem retroagir para alcançar os atos praticados antes da vigência da Lei, tanto aqueles que ainda sejam objeto de procedimento investigatório quanto os atos que já sejam perseguidos na esfera judicial. Por outro lado, decidiu o Supremo que a nova Lei não atinge os atos praticados cuja condenação já estiver transitada em julgado. A posição adota como alicerce a proteção constitucional à coisa julgada (5º, XL, CF).

Portanto, a retroatividade da nova Lei, patrocinada pela maior parte da doutrina e jurisprudência brasileira, foi também o posicionamento acolhido, ao menos em parte, pela Corte Suprema. Possivelmente, em virtude da complexidade da matéria, outros questionamentos sobre a retroatividade da nova Lei ainda vão surgir perante o Supremo Tribunal Federal.

Tal como decidido pelo Supremo Tribunal Federal, este estudo defende que a melhor solução jurídica é a que privilegia o princípio da isonomia entre os cidadãos. A nova Lei, por ser mais benéfica, deve retroagir para alcançar os fatos praticados antes da sua vigência.

4.5. O dolo específico como elemento normativo: retroatividade do parágrafo 1º, artigo 17-C, da Lei nº 14.230/2021

A partir da premissa de que a nova lei de improbidade administrativa deve retroagir para alcançar os fatos pretéritos, por ser mais benéfica àqueles submetidos à órbita dessa legislação, este estudo analisa, de forma específica, a retroatividade do parágrafo 1º, artigo 17-C, da Lei nº 14.230/2021.

De acordo com a inteligência desse dispositivo, “A ilegalidade sem a presença de dolo que a qualifique não configura ato de improbidade”. Para compreender o sentido desse artigo, é necessário conjugá-lo com o §2º do artigo 1º da LIA, segundo o qual “considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente”.

Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4652910&numeroProcesso=843989&classeProcesso=ARE&numeroTema=1199>. Acesso em: 17 set. 2022

²⁷¹ NÓBREGA, Guilherme Pupe; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. **Julgamento do tema 1.199 e retroatividade da Lei n. 14.230**. Conjur, agosto de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-19/improbidade-debate-julgamento-tema-1199-retroatividade-lei-14230>. Acesso em: 17 set. 2022.

A partir da interpretação conjunta desses dois artigos, a nova Lei de Improbidade Administrativa assentou os seguintes entendimentos jurídicos: 1) o ato de improbidade apenas se configura com a presença do elemento subjetivo doloso 2) o elemento doloso se constata mediante a comprovação da vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito, denominado de “dolo específico”.

Para que determinado ato seja considerado como ímprobo, não basta a adequação normativa do ato praticado ao tipo legal descrito no dispositivo. É necessário que o sujeito ativo (geralmente o Ministério Público Estadual ou Federal) que acusa o cometimento de ato de improbidade comprove que a parte ré cometeu o suposto ato de improbidade com o objetivo específico de atingir resultado considerado ilícito.

Ao conceituar o alcance da nomenclatura “dolo específico”, Dal Pozzo e Oliveira apontam que, para fins de caracterização da improbidade administrativa, o dolo deve ser tratado “como não apenas a vontade livre e consciente, mas a vontade livre e consciente de praticar os atos de tal maneira, que vão além do ato praticado sem cuidado, sem cautela, e sim com a ausência de cuidado deliberadas de lesarem o erário”²⁷². Não é suficiente a demonstração de ilegalidade do ato, é preciso que se comprove que o agente teve a intenção específica de praticar o ato desonesto.²⁷³

Os novos dispositivos alteram o entendimento jurídico adotado pelo STJ. Nos últimos anos, o Superior Tribunal de Justiça havia firmado precedente em que vigorava o entendimento oposto ao perfilhado pela atual legislação. Os Ministros do STJ adotaram a tese segundo a qual a comprovação do ato de improbidade prescindia da demonstração de dolo específico. Considerava-se suficiente a prova do dolo genérico, que consiste na vontade livre e consciente de praticar o ato (não era preciso demonstrar a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito).²⁷⁴

²⁷² POZZO, Augusto Neves Dal; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Lei de Improbidade Administrativa Reformada**. Revista dos Tribunais. 1 ed. 2022. Livro digital, paginação irregular

²⁷³ O dispositivo faz referência à necessidade de comprovação de que o ato doloso tenha sido praticado com o fim ilícito e deliberado de caracterização do ato de improbidade. Não basta alegar que o ato é doloso, não basta demonstrar que é ilegal. Primeiramente porque há de se demonstrar a má-fé, a intenção de lesar, o conluio. Ademais, fica reforçada a necessidade de se diferenciar ato ilegal de ato de improbidade. *Ibidem*

²⁷⁴ ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ACUMULAÇÃO INDEVIDA DE CARGOS PÚBLICOS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA. ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA DAS SANÇÕES. REEXAME DE PROVAS. DISSÍDIO JURISPRUDÊNCIAL. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. 1. Na origem, cuida-se de ação de responsabilidade por ato de improbidade administrativa, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em decorrência da acumulação, pelo recorrente, de cargo comissionado de

De acordo com Medina, em obra que aborda especificamente a Lei de Improbidade Administrativa, a atual legislação exige que o acusado “direcione sua vontade ao preenchimento de todos os elementos do tipo proibitivo, com as especiais finalidades previstas em lei, não bastando a mera voluntariedade.”²⁷⁵

Ainda que os mais recentes posicionamentos do STJ indicassem prevalecer a tese do dolo genérico, alguns julgados de tribunais regionais federais²⁷⁶ e tribunais

Assessor Jurídico na Câmara Municipal de Porangaba/SP e de cargo efetivo de Procurador Jurídico na Câmara Municipal de Quadra/SP. 2. Em relação ao art. 1.022 do CPC/2015, deve-se ressaltar que o acórdão combatido não incorreu em omissão ou em contradição, uma vez que o voto condutor do julgado apreciou, fundamentadamente, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida pela parte agravante. Vale destacar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, REsp 1.129.367/PR, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Federal Convocada/TRF 3ª Região), Segunda Turma, DJe de 17/6/2016; REsp 1.078.082/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 2/6/2016; AgRg no REsp 1.579.573/RN, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 9/5/2016; REsp 1.583.522/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 22/4/2016. 3. Relativamente às condutas descritas na Lei n. 8.429/1992, esta Corte Superior possui firme entendimento de que a tipificação da improbidade administrativa, para as hipóteses dos arts. 9º e 11, reclama a comprovação do dolo e, para as hipóteses do art. 10, ao menos culpa do agente. 4. Ressalta-se que a Primeira Seção deste Superior Tribunal, nos autos do REsp 951.389/SC, firmou jurisprudência de que, para a configuração do ato de improbidade previsto no art. 11 da LIA, se faz necessária a análise do elemento volitivo, consubstanciado pelo dolo, ao menos genérico, de agir no intuito de infringir os princípios regentes da administração pública. 5. Ademais, os atos de improbidade administrativa descritos no art. 11 da Lei n. 8.429/1992 dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a administração pública ou de enriquecimento ilícito do agente. 6. Na espécie, o Tribunal de origem consignou que o demandado incorreu em ato de improbidade administrativa e que está presente o elemento subjetivo em sua conduta. 7. A modificação do entendimento firmado pelas instâncias ordinárias demandaria indubitavelmente o reexame de todo o material cognitivo produzido nos autos, desiderato incompatível com a via especial, consoante teor da Súmula 7/STJ. 8. Cumpre destacar que esta Corte admite a cumulação das penalidades e que, no presente caso, não se está diante de situação de manifesta desproporcionalidade das sanções, situação essa que, constatada, autorizaria a reanálise excepcional da dosimetria da pena. A propósito, vejam-se os seguintes precedentes: AgInt no REsp 1.774.729/MG, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 10/12/2019, DJe 13/12/2019; AgInt no REsp 1.776.888/MG, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 22/10/2019, DJe 19/11/2019; AgInt nos EDcl no AREsp 437.764/SP, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 27/2/2018, DJe 12/3/2018; AgRg no AREsp 173.860/MS, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 4/2/2016, DJe 18/5/2016. 9. Por fim, no tocante ao dissídio jurisprudencial, a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a incidência da Súmula 7/STJ impede o exame de divergência, na medida em que falta identidade entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão, tendo em vista a situação fática do caso concreto. 10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido. (REsp n. 1.932.184/SP, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 14/9/2021, DJe de 7/10/2021.)

²⁷⁵ OSÓRIO, Fabio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Livro digital, paginação irregular.

²⁷⁶PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INEXISTÊNCIA DE ATO DE IMPROBIDADE. MÁ-FÉ NÃO CARACTERIZADA. 1. Não são todos os atos administrativos ou omissões que colidem com a imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições que dão azo ao enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa. A má-fé, caracterizada pelo dolo, comprometedor de princípios éticos ou critérios morais, com abalo às instituições, é que deve ser penalizada, abstraindo-se meras irregularidades, suscetíveis de correção administrativa. 2. Não vislumbrando má-fé do agente público na elaboração do documento, no qual se baseou a Informação Padronizada que se pretende anular, por alegação de falha na composição analítica das TBIs, não há que se falar em ato de improbidade administrativa. 3. Agravo de instrumento provido, para rejeitar a petição inicial de improbidade

estaduais²⁷⁷ continuavam a entender como necessária a demonstração da má-fé para a comprovação do elemento volitivo doloso.

Alguns doutrinadores também adotam há tempos a tese da má-fé como elemento do ato de improbidade. Em sua obra, Emerson Garcia traça uma linha evolutiva dos contornos básicos do *iter* de individualização dos atos de improbidade. Ele propaga a diferença entre a improbidade formal e improbidade material. De acordo com Garcia, para que determinado ato seja qualificado como ímprobo, inicialmente é preciso identificar se a conduta do ato se adequa à tipologia legal. Em caso de resposta afirmativa à operação mecânica de subsunção, o operador do direito deve analisar a potencialidade lesiva da conduta, o que se verifica por meio da presença ou não da má-fé, denominado “critério da proporcionalidade”.

Ainda segundo Garcia, a análise cuidadosa da tipificação do ato de improbidade administrativa é necessária para garantir a própria credibilidade de norma, capaz de evitar, por exemplo, “que agentes que utilizem uma folha de papel da repartição em seu próprio benefício sejam intitulados de ímprobos”.²⁷⁸ O autor completa seu posicionamento: “somente assim será possível dizer que a lei restritiva de direitos fundamentais manteve-

administrativa contra o ora agravante, por ilegitimidade passiva. (TRF-1 - AG: 37310 DF 0037310-55.2012.4.01.0000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 03/09/2012, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.384 de 14/09/2012).

²⁷⁷ CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO QUE EXERCEU ADVOCACIA PRIVADA – AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ, DESONESTIDADE OU DELIBERADO PROPÓSITO DE INFRINGIR OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO – IMPROBIDADE NÃO CARACTERIZADA. Da ilegalidade ou irregularidade em si não decorre a improbidade. A má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade somente adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador. Inexistência de elementos que evidenciem má-fé ou desonestidade na conduta do agente. Inexistência de dano ou prejuízo ao erário. Ilegalidade que não caracteriza improbidade administrativa. Pedido improcedente. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJ-SP - AC: 00020718320148260357 SP 0002071-83.2014.8.26.0357, Relator: Décio Notarângeli, Data de Julgamento: 25/11/2020, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 25/11/2020).

²⁷⁸Realizadas as quatro operações anteriormente referidas, ter-se-á o que se pode denominar de “improbidade formal”. Até aqui, a atividade valorativa do operador do direito limitou-se à construção de um elo comparativo entre a conduta e a Lei no 8.429/1992. Constatada a dissonância, passou-se a uma operação mecânica de subsunção da conduta à tipologia legal. Essa etapa, no entanto, deve ser complementada com a utilização do critério de proporcionalidade, permitindo que coexistam, lado a lado, “improbidade formal” e “improbidade material”. Com isso, será possível afastar a incidência da Lei nº 8.429/1992 em situações que não apresentem nenhuma potencialidade lesiva, não permitindo, desse modo, o próprio enfraquecimento de sua credibilidade. Evitar-se-á, assim, que agentes que utilizem uma folha de papel da repartição em seu próprio benefício; que, inadvertidamente, joguem ao lixo uma caneta ainda em uso; ou, tão somente por figurarem como autoridades coatoras em um mandado de segurança cuja ordem venha a ser deferida, sejam intitulados de ímprobos. Como dissemos, é nesse momento que será considerada a presença, ou não, da má-fé. GARCIA, Emerson. **A relevância da má-fé no delineamento da Improbidade Administrativa**. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 15, n. 59, p. 47-65, jul.-set. 2012, p. 57.

se em harmonia com os limites constitucionais, não incursionando nas veredas da despropositada aniquilação desses direitos”.²⁷⁹

Percebe-se que no artigo científico, publicado por Emerson Garcia em 2012, o autor já qualificava a má-fé como elemento essencial para que determinado ato seja considerado ímprobo. Para ele, eventual conduta, ainda que cumpra o requisito de subsunção da norma legal, não deve ser perseguido pela ação de improbidade administrativa se não violar o princípio da probidade administrativa.²⁸⁰

Os autores Márcio Cammarosano e Flávio Henrique Unes Pereira também apontam, em artigo datado do ano de 2013, a necessária demonstração da má-fé para a configuração do ato de improbidade administrativa e afirmam: “de um comportamento voluntário (causa) não se pode concluir, *ipso facto*, necessariamente, que o resultado (efeito) tenha sido também querido direta ou indiretamente pelo agente”.²⁸¹

Portanto, o entendimento firmado pela nova Lei de Improbidade Administrativa já era adotado por vários doutrinadores brasileiros, ainda que não houvesse consenso sobre a matéria. Atualmente, a má-fé se tornou, de fato, um elemento normativo dos tipos legais da improbidade administrativa.

Diante da nova Lei, o órgão que ajuíza a ação de improbidade administrativa, já na inicial acusatória, deve comprovar com clareza o elemento subjetivo que qualifica a ilicitude praticada, circunstância necessária para que se comprove que o agente público atuou de forma deliberadamente desonesta.²⁸² Ao cobrar que haja maior detalhamento da conduta, o legislador ordinário “reforçou o ônus probatório do autor da ação”.²⁸³

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 58.

²⁸⁰ Não sendo identificada a prática de um ato objetivamente relevante, não se poderá ascender, sequer, ao “primeiro degrau” da escala de restrição dos direitos, o qual seria atingido com a mera aplicação da Lei no 8.429/1992. Os “degraus subsequentes”, por sua vez, serão galgados na medida em que for identificada a relevância do ato, valorada a sua potencialidade lesiva e constatada a reprovabilidade da conduta do agente, o que permitirá que seja aferida a sanção que se afigura mais justa ao caso. Nos casos de improbidade meramente formal, restará a incidência das sanções de ordem política ou administrativa, de natureza e grau compatíveis com a reprovabilidade do ato. *Ibidem*, p. 58.

²⁸¹ CAMMAROSANO, Márcio; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Improbidade administrativa e a jurisprudência do STJ: o esvaziamento do dolo nos arts. 9o e 11, e a inconstitucionalidade da culpa no art. 10.** Revista CEJ – Conselho da Justiça Federal, Brasília, v. 17, n. 61, set./dez. 2013, p. 30.

²⁸² A intenção desonesta é uma singular característica de todos os tipos sancionadores da nova Lei 8.429/92, não bastando a presunção de intenções. Então, já na exordial acusatória, é necessário demarcar claramente o elemento subjetivo referente à grave desonestidade funcional. O Legislador optou, no âmbito de seu espaço discricionário, por tipificar como improbidade no Direito Administrativo Sancionador da Lei 8.429/92 apenas a corrupção e não a ineficiência, remanescendo esta última patologia como potencial espécie de improbidade a ser definida pelo legislador em leis esparsas. OSÓRIO, Fabio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2022. Livro digital, paginação irregular.

²⁸³ Óbvio que, diante da exigência de dolo específico, o Legislador reforçou o ônus probatório do autor

Em julgado do ano de 2022, o Superior Tribunal de Justiça, ao reconhecer que a legislação atual superou o entendimento adotado por essa Corte, afastou a condenação por ato de improbidade administrativa com amparo no argumento de que a nova Lei consolidou a necessária demonstração do dolo específico para condenação por ato ímprobo. A seguir, colaciona trecho da ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. IMPROBIDADE. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR TEMPORÁRIO. AUTORIZAÇÃO. LEI LOCAL. DOLO. AFASTAMENTO.

1. Em face dos princípios a que está submetida a administração pública (art. 37 da CF/1988) e tendo em vista a supremacia deles, sendo representantes daquela os agentes públicos passíveis de serem alcançados pela lei de improbidade, o legislador ordinário quis impedir o ajuizamento de ações temerárias, evitando, com isso, além de eventuais perseguições políticas e o descrédito social de atos ou decisões político-administrativos legítimos, a punição de administradores ou de agentes públicos inexperientes, inábeis ou que fizeram uma má opção política na gerência da coisa pública ou na prática de atos administrativos, sem má-fé ou intenção de lesar o erário ou de enriquecimento.

2. A questão central objeto deste recurso, submetido ao regime dos recursos repetitivos, é saber se a contratação de servidores temporários sem concurso público, baseada em legislação municipal, configura ato de improbidade administrativa, em razão de eventual dificuldade de identificar o elemento subjetivo necessário à caracterização do ilícito administrativo.

3. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, desde há muito, a contratação de servidores públicos temporários sem concurso público baseada em legislação local afasta a caracterização do dolo genérico para a configuração de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública.

4. O afastamento do elemento subjetivo de tal conduta dá-se em razão da dificuldade de identificar o dolo genérico, situação que foi alterada com a edição da Lei n. 14.230/2021, que conferiu tratamento mais rigoroso, ao estabelecer não mais o dolo genérico, mas o dolo específico como requisito para a caracterização do ato de improbidade administrativa, ex vi do seu art. 1º, §§ 2º e 3º, em que é necessário aferir a especial intenção desonesta do agente de violar o bem jurídico tutelado.

5. Para os fins do art. 1.039 do CPC/2015, firma-se a seguinte tese:

"A contratação de servidores públicos temporários sem concurso público, mas baseada em legislação local, por si só, não configura a improbidade administrativa prevista no art. 11 da Lei 8.429/1992, por estar ausente o elemento subjetivo (dolo) necessário para a configuração do ato de improbidade violador dos princípios da administração pública."

6. *In casu*, o Tribunal de origem reformou a sentença que condenou o demandado, levando em conta a existência de lei municipal que possibilitava a contratação temporária da servidora apontada nos autos, sem a prévia aprovação em concurso público, motivo pelo qual o acórdão deve ser confirmado.

7. Recurso especial desprovido. (REsp n. 1.913.638/MA, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 11/5/2022, DJe de 24/5/2022.)

da ação, dele cobrando maior esforço no detalhamento descritivo da conduta e das finalidades do agente.

Ibidem

Diante do exposto, é mister apontar que este estudo não concorda com a atualização legislativa da nova Lei de Improbidade Administrativa quanto à necessidade de comprovação do dolo específico para a configuração do ato ímprobo. Essa alteração normativa dificulta – e, em alguns casos, inviabiliza - a atuação dos órgãos acusatórios, ao impor ônus probatório mais rígido do que o exigido no campo do Direito Penal, à vista de que, no âmbito criminal, não é necessário que se comprove o dolo específico para a tipificação dos ilícitos de corrupção ativa ou passiva.

Como reflexo prático, a exigência atual do dolo específico transforma a Lei de Improbidade em um instrumento impotente frente aos atos de corrupção que consigam ocultar provas da intenção ilícita. O agente não será punido se o órgão acusatório não comprovar o desígnio ilícito, ainda que o ato irregular tenha se perfectibilizado. Essa conjuntura poderá ocasionar um grave cenário jurídico de impunidade e eventual aumento dos casos de corrupção.

Embora não se concorde com grande parte das alterações normativas promovidas pelo Poder Legislativo, em especial com a imposição do dolo específico como elemento do tipo da improbidade administrativa, este estudo perfilha o entendimento de que o princípio da retroatividade da lei mais benéfica integra o conjunto de metanormas que norteia o Direito Administrativo Sancionador, do qual faz parte a Lei de Improbidade Administrativa.

A partir da premissa de que a Lei de Improbidade Administrativa está sujeita ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica, as alterações favoráveis promovidas pela nova Legislação, inclusive a que impôs a exigência do dolo específico para a tipificação do ato de improbidade, devem retroagir para alcançar os fatos praticados antes da nova Lei.

A retroatividade da norma mais benéfica é o único caminho capaz de garantir a igualdade entre os cidadãos. Não é razoável que praticantes de condutas idênticas sejam julgados com bases em premissas diferentes. A retroatividade da norma garante que todos aqueles submetidos à ação de improbidade administrativa, quando ainda não tiver havido o “trânsito em julgado”, sejam julgados de forma isonômica, seja com base em ato praticado antes ou depois da nova Lei.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o tema 1199 acerca da retroatividade da nova LIA, fixou a seguinte tese: “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”.

O STF considerou que a responsabilidade subjetiva já era o elemento qualificador dos atos de improbidade administrativa. A Suprema Corte não analisou especificamente a percepção de que houve uma mudança de entendimento quanto à qualificação desse elemento subjetivo.

Antes, para comprovar o ato ímprobo, era suficiente a demonstração do dolo genérico, de acordo com precedentes do STJ. A atual legislação incluiu o dolo específico como elemento dos atos de improbidade descritos nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA. Possivelmente, essa controvérsia ainda será objeto de análise nas próximas decisões do STF, bem como do STJ.

Concluiu-se, a partir do exposto, que o entendimento adotado neste estudo é que a nova Lei deve retroagir a todos os casos que ainda não tiverem transitado em julgado. Os juízes, desembargadores e ministros devem analisar, com base na nova lei, se, no caso objeto de julgamento, restou demonstrado o dolo específico. Em caso negativo, o ato de improbidade não pode ser considerado como tipificado, seja o ato praticado antes ou depois da nova legislação.

CONCLUSÃO

De forma específica, este estudo tem como objetivo responder ao seguinte problema de pesquisa: se o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, de ordem constitucional e próprio do Direito Penal, deve ser transportado para o campo do Direito Administrativo Sancionador.

O segundo objetivo é responder se, com amparo no princípio da retroatividade da lei mais benéfica, as alterações benéficas promovidas pela Lei nº 14.230 devem retroagir para alcançar os atos praticados antes da promulgação dessa Lei, com especial enfoque no artigo 17-C, §1º, inserido na Lei Geral de Improbidade Administrativa pela Lei nº 14.230/2021.

Antes de adentrar especificamente na análise das atualizações normativas inseridas pela Lei nº 14.230, este estudo aborda, no primeiro capítulo, o direito fundamental à probidade administrativa e os tratados internacionais internalizados pelo Brasil.

Demonstra-se que, mediante a assinatura da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e a Convenção Interamericana contra a Corrupção, o Brasil assumiu o compromisso internacional de combater a corrupção na administração pública. Nesse

mesmo capítulo, aponta-se que, além dos compromissos internacionais, a Constituição Brasileira estabeleceu como diretriz o combate à corrupção.

A partir dessa conjuntura jurídica, o direito à probidade administrativa alçou a categoria de direito fundamental. Ao ser qualificado como um direito de ordem fundamental, não pode a probidade na administração pública ser objeto de enfraquecimento pelo poder legislativo, executivo ou judiciário. Nesse cenário, este estudo analisa as principais alterações introduzidas pela Lei nº 14.230/2021, sob a ótica do direito fundamental à probidade administrativa.

A nova Lei de Improbidade Administrativa se limitou a introduzir alterações que enfraqueceram o sistema de combate à improbidade administrativa. A legislação criou uma prescrição até então inexistente (prescrição interfases/intercorrente), incrementou o ônus probatório ao adicionar um novo elemento como necessário à tipicidade legal dos atos de improbidade, aboliu a modalidade culposa da improbidade administrativa e extinguiu tradicional cláusula aberta do artigo 11 (improbidade por violação aos princípios da administração pública), que, atualmente, limita-se ao rol taxativo deste artigo.

Por outro lado, não foram implementadas mudanças direcionadas a fortalecer o combate à corrupção. A nova Lei se absteve, sem justificativa, de instituir medidas preventivas e repressivas capazes de incrementar o combate à corrupção, em que pese e a improbidade na administração pública ser uma realidade presente no cenário social dos últimos anos.

No decorrer do estudo, há como destaque a inclusão do dolo específico como elemento normativo do artigos 9º, 10 e 11 da LIA (ou seja, em qualquer das hipóteses legais de improbidade administrativa). O dolo específico impõe que o órgão acusatório deve demonstrar a má-fé do agente para que seja condenado no âmbito da LIA, alteração que ampliou o ônus probatório da condenação por improbidade e tornou mais difícil a condenação com amparo nessa Legislação.

Este trabalho também aponta, como alteração negativa, a supressão da expressão “e notadamente” do artigo 11 da LIA. Essa alteração normativa transformou o rol das condutas que atentam contra os princípios da administração pública em taxativo e não mais exemplificativo. Ainda que determinada conduta seja capaz de violar os princípios norteadores da administração pública, não poderá ser objeto de condenação com amparo na nova Lei se não estiver expressamente delimitada no rol do artigo 11.

As alterações consistentes na inclusão do dolo específico como elemento normativo do ato de improbidade administrativa e na transformação do artigo 11 da LIA em um tipo legal taxativo, ainda que tenham sido a opção do legislador ordinário, violam o princípio da proteção deficiente, dimensão do princípio da proporcionalidade, expressamente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. Esse princípio reduz o grau de discricionariedade do legislador, que é obrigado a garantir um patamar mínimo de proteção dos direitos fundamentais. A nova LIA viola esse princípio na medida em que, ao enfraquecer o sistema de combate à corrupção na administração pública, não protege de forma adequada a probidade administrativa.

Ao flexibilizar o principal diploma brasileiro anticorrupção, a nova Lei de Improbidade Administrativa também violou o princípio da vedação ao retrocesso, reconhecido pelo STF e expressamente assumido pelo Brasil na Convenção de Mérida. O Brasil havia progredido significativamente com a promulgação da redação original da Lei de Improbidade Administrativa, e, com a Lei nº 14.230/2021, ao flexibilizar o sistema de combate à corrupção, regrediu na proteção à probidade administrativa.

Ainda que não concorde com as alterações implementadas pela Lei nº 14.230/2021, este estudo compreende que as novas modificações devem retroagir para alcançar os fatos praticados antes da nova Lei, desde que não haja o trânsito em julgado da decisão.

A retroatividade da norma mais benéfica, enquanto princípio aplicável no campo do Direito Administrativo Sancionador, tem sido a orientação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça nos últimos anos. Essa orientação é um reflexo ocasionado por uma Carta Política que assume diretriz assumidamente garantista.

Especificamente, esse estudo defende que o dispositivo que inseriu o dolo específico como elemento normativo do tipo de improbidade administrativa deve retroagir para alcançar os fatos praticados antes da nova Lei. Essa alteração é significativa, porque contrária ao posicionamento até então adotado pelo STJ. Essa Corte perfilhava o entendimento de que o ato de improbidade se configurava apenas com a demonstração do dolo genérico. Com a imposição do dolo específico, só se considera ato de improbidade se restar demonstrado a má-fé do agente, que consiste na intenção de praticar o resultado ilícito.

A retroatividade da nova LIA se fundamenta na teoria da unidade do poder punitivo do Estado. Segundo essa teoria, sempre que se estiver diante de uma situação em que seja possível o exercício do poder punitivo do Estado, existem alguns princípios

basilares que devem orientar essa atuação estatal, como o princípio da retroatividade da norma mais benéfica.

Ainda que próprio do Direito Penal, esse princípio também integra o conjunto de metanormas que orienta o Direito Administrativo Sancionador (DAS). A dogmática penal, uma vez que consolidada e mais aprimorada em virtude do longo tempo de existência, deve ceder os princípios garantistas para a formação da base jurídica do DAS, campo jurídico ainda recente e em processo de formação.

Outro fundamento que justifica a retroatividade da nova Lei é que haveria violação ao princípio da isonomia, basilar do ordenamento jurídico pátrio, se duas pessoas, submetidas à LIA em virtude de idêntica situação fática, tivessem respostas diferentes do Poder Judiciário (uma delas condenada e a outra absolvida), porque praticou o ato antes da promulgação da nova Lei. O poder punitivo estatal não deve ter espaço em situação não mais considerada como ilícita pelo ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABADE, Denise. Desafios para o Enfrentamento da corrupção transnacional a partir do enfoque do Direito Internacional da Anticorrupção. **Publicações da Escola da AGU. Brasília-DF**, v.12, n. 02, , maio/ago. 2020.

ABADE, Denise Neves. Direito internacional anticorrupção no Brasil. **Rev. secr. Trib. perm. revis., s.l.**, ed. 7, n. 13,p. 214, mar.2019.

ABBA, Tehmina. **Unveiling the ‘Shadow World’: Civil society engagement and Public Control of the Defense Sector.** In: A New Generation of Public Control. Editado por Eduardo Bohórquez and Nora Etxaniz. Iniciativa da organização não governamental da transparência mexicana , primeira edição, abril de 2021. 2014. Disponível em: https://cids.no/wp-content/uploads/2013/10/TI-Mexico_2014_A-New-Generation-of-Public-Control.pdf. Acesso em 10 de outubro de 2022.

ALBERTO, João Carlos. **O Princípio “Audiatur Et Altera Pars” No Direito Sancionatório Público:** Procedimento Administrativo e Processo Judicial. Vícios Formais e Materiais. 2021. Dissertação (Mestrado) -Ciências Jurídico-Forenses, na vertente, Direito Administrativo. 2021

ALMEIDA, Sara Cristina Carvalho. **Direito das Contraordenações.** 2021. Dissertação (Mestrado) - Direito: Ciências Jurídico-Administrativas. - Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Porto. 2021.

ARÊDES, Sirlenes Nunes. **Ne bis in idem:** direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro. **Direito, Estado e Sociedade**, s.l., n. 52, p. 204 a 240, jan./jun. 2018.

ARRIETA, Javier Doria. **La Adopcion de Buenas Practicas Administrativas en los Sectores Publico y Privado como Estrategia de Prevencion de Actos de Corrupcion.** Revista Digital de Derecho Administrativo, 21, 2019, pp. 429-451-452. HeinOnline,

BAPTISTA, Bruno de S. M.; AMORIM, Fernando S. T. Direito Fundamental à Probidade Administrativa e a Vedação da Proteção Deficiente: Uma análise das repercussões jurídicas da lei no 14.230/2021. **Revista RIOS, s.l.**, ano 17, n. 34. jun. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas.** 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

BERTONCINI, Mateus. **Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 141.

BINENBOJM, Gustavo. O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal: possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, Edição Especial Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, 2014.

BOLETIM DO MPMG. **Mudanças na Lei de Improbidade podem dificultar combate à corrupção**. 2021. Disponível em: <http://www.mpmg.mp.br/boletimdompmg/2021/08->. Acesso em: 09 set. 2022.

BRACHT, Daniela; FELL; Elizângela Treméa. Garantismo como referência jurídica. **Unioeste - Campus Mal. Cândido Rondon**, s.l., v. 7, n.13,2o sem. 2007. 2007, p. 43-64, p.47 e 48.

BRASIL. Ministério Público Federal. Nota Técnica n. 01/2021 – 5a CCR do Ministério Público Federal. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NTOrientao12.2021.pdf>. Acesso em: 09 set. 2022.

BRASIL cai em ranking de combate à corrupção; relatório cita 'nomeações de Bolsonaro' e 'desmantelamento da Lava Jato'. [S.l]: *BBC News*,2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-57481191>. Acesso em: 17 set. 2022.

CAMMAROSANO, Márcio; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Improbidade administrativa e a jurisprudência do STJ: o esvaziamento do dolo nos arts. 9o e 11, e a inconstitucionalidade da culpa no art. 10. **Revista CEJ – Conselho da Justiça Federal**, Brasília, v. 17, n. 61, set./dez. 2013.

CAMPOS, Tomas Cano. Derecho Administrativo Sancionador. *Revista Espanhola de Direito Constitucional*, Espanha, n. 43, jan./abr. 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1995.

CARDONA, Luz Angela, et al. **Corruption and Human Rights: Possible Relations**. *Human Rights Quarterly*, vol. 40, no. 2, May 2018, p. 317-341, p. 340. HeinOnline.

CARTA Dos Direitos Fundamentais Da União Europeia. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, Portugal, dez. 2000. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 05 set.2020.

CARREIRO, Genilson. Natureza Jurídica da Retroatividade da Lei Penal Benéfica e sua Inaplicabilidade às disposições benignas da Lei n. 14.230/2021. *In*: POZZO, Augusto Neves Dal; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Lei de Improbidade Administrativa Reformada*. [S.l]: *Revista dos Tribunais*, 2022.

CASTRO, Renato de Lima. Atos de improbidade administrativa que violam os princípios da administração pública: as alterações da Lei no 14.230/21 e sua incompatibilidade com a Constituição Federal. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 83, jan./mar. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-20/pesquisa-mostra-sancoes-improbidade-sao-amplas>. Acesso em: 09 set. 2020.

CHITSOVE, Emma. **Legal Aspects of Combatting Corruption in Zimbabwe**, 26 U. Botswana L.J. 41 (2018). Heironline.

CLÉVE, Clémerson Merlin. Direito Constitucional Brasileiro: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. **Revista dos Tribunais**, [s.l.]. 2019, Ed. P., paginação irregular.

COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos. **Corrupción y derechos humanos**. 2019.

	Resolucion	1/18	–
Corrupcion y derechos humanos.	Disponível		em:
http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-18-es.pdf . Acesso em: 30 out. 2021.			

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade**. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assegra de Almeida... [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 85.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Convenção das Nações Unidas contra Corrupção**. Brasília, 2013. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/29691/24/Cartilha_ONU_2016_CGU.pdf. Acesso: 18 set. 2022.

CONVENÇÃO das Nações Unidas Contra a Corrupção. 2007. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso em: 18 set. 2022.

DEMATTE, Flávio Rezende. **Responsabilização de pessoas jurídicas por corrupção: a Lei nº 12.846 segundo o direito de intervenção**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 76.

DE YNSFRÁN, Doris Ojeda. **Relación de la Convención Interamericana contra la Corrupción y los Derechos Humanos Connection between the Inter-American Convention against Corruption and the Human Rights Convención Interamericana**. Rev. juríd. Investigación en ciencias jurídicas y sociales. 2022; 12.1.

DILLON, Sara A. **Global Corruption: International Law's Counterrevolution**, 45 N.C. J. INT'L. 111 (2020).

DUTRA, Luciano. Conceito e sentidos da constituição. São Paulo: Genjurídico, 2017. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/03/10/conceito-e-sentidos-de-constituicao>. Acesso em: 10 set. 2022.

EAR-DUPUY, Haidy; SERRAT, Olivier. **Fighting Corruption with ICT: Strengthening Civil Society's Role**. Asian Development Bank, 2014, p. 4. Disponível em: Disponível em: https://ecommons.cornell.edu/bitstream/handle/1813/87172/ADB_Fighting_Corruption_with_ICT_Strengthening_Civil_Society_s_Role.pdf?sequence=1. Acesso em: 15 set. 2022.

E. BEARE, MARGARET; WILLIAMS, Cynthia; ATKEY, Ron. **Understanding and Taming Public and Private Corruption in the Twenty-First Century**. Osgoode Hall Law Journal, vol. 53, no. 1, 2015, pp. 1-6. HeinOnline.

EARLE, Beverley; CAVA, Anita. **Are Anti-Corruption Efforts Paying Off - International and National Measures in the Asia-Pacific Region and Their Impact on India and Multinational Corporations**. University of Hawai'i Law Review, vol. 31, no. 1, Winter 2008, p. 59-86. HeinOnline.

FERNANDES, José Carlos. Considerações sobre a retroatividade da lei mais benéfica no âmbito da Proteção à Probidade Administrativa: impactos da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, no rol do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, à luz da Constituição da República. **Conamp**, [s.l.], 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. [S.l.]: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de André Karam Trindade**. In: FERRAJOLI, Luigi. et al. (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FILHO, José Wilson Reis; ALVES, Fernando de Brito. Princípio da Vedação do Retrocesso Social: Uma Interpretação Ampliada. [S.n], São Paulo, Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5e6eda66654df2e1>. Acesso em: 09 set. 2022.

FILHO, Napoleão Maia. O princípio da retroatividade da lei sancionadora mais benigna. S.l: Conjur, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-04/napoleao-maia-filho-principio-retroatividade>. Acesso em: 10 set. 2022.

FILHO, Vladimir Brega. Proibição do retrocesso social: o estado da arte em Portugal e no Brasil. **Revista argumenta -ENP**, Jacarezinho, n. 19, p. 103-123. 2013.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. Paginação irregular, livro digital.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html. Acesso em: 10 set. 2022.

_____. O que é garantismo integral? **Revista Defensoria**, Rio Grande do Sul, p. 115, [2013?]. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/77/66>. Acesso em: 10 set. 2022.

FLORES, Maria del Luján. **Algunos aspectos de la lucha contra la corrupción en el ámbito interamericano.** Agenda Internacional, 2005, n. 22, , pp. 131-149, p. 149.

FOLLONI, André; GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. Globalização e Corrupção em uma Sociedade Complexa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [s.l], vol. 162/2019. p. 219 – 256, dez. 2019.

FONSECA, Roberto Carlos. **Mexico's National Anti-Corruption System: Reaching the Finish Line.** University of Miami Inter-American Law Review, vol. 50, no. 2, Spring 2019, pp. 84-121. HeinOnline

FORTINI, Cristina; CAVALCANTI, Caio Mário Lana. **Da retroatividade benigna da Lei nº 14.230/21 enquanto uma decorrência das diretrizes do direito administrativo sancionador.** . In: POZZO, Augusto Neves Dal; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Lei de Improbidade Administrativa Reformada. [S.l]: Revista dos Tribunais, 2022.

FREITAS, Juarez. **Discricionariade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____ A responsabilidade extracontratual do estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de omissão. **Revista De Direito Administrativo**, [s.l], 241, p. 21–38, 2005.

GARCIA, Alejandro Nieto. **Derecho Administrativo** sancionador, segunda edición, Madrir: Ed. Tecnos, 1994, 494 págs.

GARCIA, Emerson. A relevância da má-fé no delineamento da Improbidade Administrativa. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 59, p. 47-65, jul.-set. 2012.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El problema jurídico de las sanciones administrativas. **Revista Española de Derecho Administrativo**, Espanha, n. 10, 1976.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. **La teoría general del garantismo: rasgos principales.** In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo: estudos sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli.** Madrid: Trotta, 2005. p. 30

GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. A proibição de proteção deficiente. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 61, maio. 2008.

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

GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios Processuais no Direito Administrativo Sancionador: Um Estudo à Luz das Garantias Constitucionais. **R. Fac. Dir. Univ. São Paulo**, São Paulo, v. 109 p. 773 - 793 jan.-dez. 2014.

HASSEMER, Winfried. **¿Puede Haber Delitos que no Afecten a un Bien Jurídico Penal?**, p. 98 (p. 95-104).

JÚNIOR, Ricardo Duarte. Lei de Improbidade Administrativa: Os ‘novos’ tipos de improbidade previstos pela Lei 14.230/21. [S.l]: Jota, 2022.

JUNIOR, Luiz Manoel Gomes; FAVRETO, Rogerio. **Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa**. 5ª Edição. [S.l]: Revista dos Tribunais, 2021, p. 119.

KHAIR, Sumaiya. UNCAC and Civil Society Activism Against Corruption In Bangladesh. *Asian Yearbook of International Law*, Volume 20 (2014), p. 115.

KOHL, Cleize Carmelinda; LEAL, Mônia Clarissa Hennig Leal. Boa administração pública e fundamentos constitucionais das políticas públicas na perspectiva do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 7, n. 2, p. 188-196, maio-ago. 2015.

LAUSS, Fernando; MALDONADO, Hélo Deivid Amorim. A prova do dolo nas ações por ato de improbidade administrativa. **Conjecturas**, ISSN: 1657-5830, vol. 22, n. 6, p. 904.

LALANI, Khadija. **McConnell v. United States: Legalized Corruption and the Need for Statutory Reform**. *Northwestern University Law Review Online*, 113, 2018-2019, pp. 29-51. HeinOnline.

LEITE *apud* GARCIA, Sergio Renato Tejada. O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria - análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização. *Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre*, n. 36, p. 05, jun. 2010. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/sergio_tejada.html> Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/sergio_tejada.html. Acesso em: 09 set. 2022.

MAFFINI, Rafael; CAS, Denise Gutiliêrs da. **A retroatividade da Lei nº 14.230/2021**. Porto Alegre, 2022.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. O garantismo penal integral: Enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. **Ver. SJRJ**, Rio de Janeiro, n. 17, n. 29, v.1, p. 185-199, dez. 2010. P 192.

MAGRAF, Alencar Frederico; CORDEIRO, Gustavo Henrique de Andrade; MAGRAF, Priscila de Oliveira. A década de 1940 como matriz fática para a humanização do ordenamento jurídico brasileiro: reflexões sobre a elaboração do código de processo penal brasileiro. **Revista dos Tribunais**, vol. 1000/2019, p. 587 – 597, fev. 2019

MATEUS, Sérgio; SILVA, Carlos. **A Índia e a corrupção: da independência aos dias atuais**. *Bol. Mus. Int. de Roraima* ISSN 2317-5206, V. 14(1): 62-69, 2021, p. 68

MATTOS, José Dalmo Fairbanks Belfort de. **Manual de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 1979.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Livro eletrônico, paginação irregular

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Ministério Público Brasileiro: Desafios e Perspectivas**. Revista dos Tribunais. vol. 1041. ano 111. p. 155-165. São Paulo: Ed. RT, julho 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2021. pg. 872 e 873

_____. **Curso de Direito Administrativo, 32^a ed.** São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 871. *In*: Recurso em Mandado de Segurança, n. 37.031 – SP. 2018, STJ. Min. Rel. Regina Helena Costa.

MELLO, Rafael Munhoz. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. **A & C R. de Dir. Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 25-57, out.-dez. 2005.

_____. **Temas de Direito Administrativo, vol. 17** “Princípios Constitucionais do Direito Sancionador”. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinicius Marques de. **Compliance: concorrência e combate à corrupção**. São Paulo: Trevisan, 2017.

MORAIS DE FARIA, Margarida Ermelinda Lima. **O sistema das sanções e os princípios do direito administrativo sancionador**. Orientador: Doutor José Carlos Vieira de Andrade. 2007. Dissertação (Mestrado) – Gestão Pública, Universidade de Aveiro, Aveiro, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 28, nov./jan. 2011/2012.

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; DA NÓBREGA, Guilherme Pupe. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. São Paulo: Lumen Iures, 2022. p. 167.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **El derecho fundamental a la buena administración y el Derecho Administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance. n. 19. ano 5. p. 299-325. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2021.

NASH, Claudio. **Derechos Humanos y Corrupción. Um enfoque multidimensional**. Estudios de Derecho, N.º 165 ene-jun 2018, ISSN 0120-1867. p. 139.

_____. Naciones Unidas Derechos Humanos. Oficina Del Alto Comisionado. **Principios Recomendados del ACNUDH sobre los Derechos Humanos y la Recuperación de Activos**. p.11

NEDELICU, Dragos-Andrei. **The Impact of Corruption in Europe**. Law Annals from Titu Maiorescu University, 2020, 2020, pp. 175-182. HeinOnline.

NEVES, Daniel Amorim A.; OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. **Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. p. 8.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Divisão Jurídica**, Bauru, n. 31, abr.-jul. 2001.

NÓBREGA, Guilherme Pupe; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. **Julgamento do tema 1.199 e retroatividade da Lei n. 14.230**. [S.l]: Conjur, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-19/improbidade-debate-julgamento-tema-1199-retroatividade-lei-14230>. Acesso em: 17 set. 2022.

NOVELLI, Rodrigo Fernando. A teoria do garantismo penal e o princípio da legalidade. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, MS, v. 16, n. 31, jan.- jun. 2014, p. 120. Disponível em: https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_antiores/31/artigos/artigo06.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 190.

OLIVEIRA, J. R. P; Grotti, D. A. M. Panorama crítico da Lei de Improbidade Administrativa, com as alterações da Lei 14.230/2021. **Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance**, São Paulo, n. 20, ano 6, p. 97-141, Ed. RT, jan.-mar. 2022.

OLIVEIRA, Ana Carolina. **Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador**. Orientador: Pierpaolo Cruz Bottini. Dissertação (Mestrado) – Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. Revista dos Tribunais, 8º Edição, 2022. Livro digital, paginação irregular.

PALAZZO, Fancesco. *I critério de riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative. L’Illecito Penale Amministrativo: Verifica di un Sistema*, Padova: CEDAM, 1987, p. 13. In: ALBERTO, João Carlos. **O Princípio “Audiatur Et Altera Pars” No Direito Sancionatório Público: Procedimento Administrativo, e Processo Judicial. Vícios Formais e Materiais**. 2021. Dissertação (Mestrado) - Ciências Jurídico-Forenses, na vertente, Direito Administrativo, [s.l], 2021

PARISE, Elaine Martins. **A importância do reconhecimento do direito fundamental ao governo probó para a consolidação da democracia brasileira**. 2016. Dissertação (Mestrado) – Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Minas Gerais. 2016. p. 117.

PAULO NETO, Carlos Romero Lauria. Concretização dos direitos fundamentais sociais: funções objetiva e subjetiva e problemas de aplicabilidade e justiciabilidade. **Revista Direito e Desenvolvimento**, [s.l], v. 1, n. 1, p. 237-269, jun. 2010.

PENTEADO, Jaques de Camargo. Improbidade Administrativa e a Lei n. 14.230/21: Brevíssimas e Atualizadas Notas. **Revista LEX de Direito Administrativo**, [s.l], Ano II, n. 4, jan.-abr. 2022.

PEREIRA, Igor Pinheiro; Ziesemer, Henrique da Rosa. **Nova Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. São Paulo: Editora Mizuno. 2022.

PIRES, Luis Manuel Fonseca Pires; MARQUES, Vitor. **O reencontro da improbidade administrativa com o propósito da Constituição Federal de 1988**. In: POZZO, Augusto Neves Dal; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Lei de Improbidade Administrativa Reformada. [S.l]: Revista dos Tribunais, 2022.

UNODC (UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIMES). **Corrupção e desenvolvimento**. [S.l], 2013. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Campanha-2013/CORRUPCAO_E_DESENVOLVIMENTO.pdf. Acesso em: 17 set. 2022.

POZZO, Augusto Neves Dal; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Lei de Improbidade Administrativa Reformada**. 1 ed. [S.l]: Revista dos Tribunais, 2022. Livro digital, paginação irregular

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal** vol. 1. [S.l]: Revista dos Tribunais, 2017. Livro eletrônico.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa. **A Irretroatividade da Nova Lei De Improbidade Administrativa**. 2022. Disponível em: http://www.mpgp.mp.br/portal/arquivos/2021/11/29/13_43_19_209_A_IRRETROATIVIDADE_DA_NOVA_LEI_DE_IMPROBIDADE_ADMINISTRATIVA_1_.pdf. Acesso em: 09 set. 2022.

RAMINA, Larissa o. Tratamento jurídico internacional da corrupção: A Convenção Interamericana Contra a Corrupção da OEA e a Convenção sobre o Combate da Corrupção e Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais Da O.C.D.E. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Paraná, v. 39. 2003.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Considerações sobre o poder sancionatório da Administração Pública. Os ilícitos administrativos e as concessões de serviços públicos. **R. Proc. geral Est. São Paulo**, São Paulo, n. 71:111-153, , p. 124, jan.-jun. 2010.

RAMOS, Hélio Santiago Jr. **Moralidade Administrativa Como Direito Fundamental a Boa Administração Eletrônica e a Relação do Governo Eletrônico Com os Valores do Neoconstitucionalismo**. Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense, 21, 2012, pp. 113-128. HeinOnline.

RECK, Janriê Rodrigues; BEVILACQUA, Maritana Mello. **O direito fundamental à boa administração pública como linha interpretativa para a Lei de Improbidade Administrativa**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 187-206, jan./mar. 2020. DOI: 10.21056/aec.v20i79.1194.

REMÉDIO, José Antônio; LOPES, Thiago Henrique Teles. **A probidade administrativa como direito fundamental difuso**. Revista Paradigma, Ribeirão Preto-SP, a. XXIV, v. 28, n. 2, p. 154-176, mai/ago2019, p. 171

ROCHA, Leonino Gomes. FERNANDES, Fernando Andrade. Rede de combate à corrupção na União Europeia: Um estudo do Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF). **Revista da CGU**, [s.l.], v. 12, n. 21, jan.-jun.2020.

ROSE, Cecily; KUBICIEL, Michael; LANDWEHR, Oliver. **The United Nations Convention against Corruption - A Commentary**. Liverpool Law Review (2020) 41:395-400, Oxford University Press, UK.

SÁ, Acácia Regina Soares de. As alterações no art. 11 da lei 8.429/92: o ponto de equilíbrio. [S.l.]: Migalhas, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/350313/as-alteracoes-no-art-11-da-lei-8-429-92-o-ponto-de-equilibrio>. Acesso em: 09 set. 2022.

SANCLEMENTE-ARCINIEGAS, Javier. **Compliance, Enterprises and Corruption: An International Glance**. Derecho PUCP, 85, 2020, pp. 9-40, p. 19 HeinOnline.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____ **Comentário ao art. 5º, § 2º**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 517.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ecológico**. . 7 ed [S.l.]: Revista dos Tribunais, 2019. Livro digital, paginação irregular.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e constituição. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 240: 43-82, abr.-jun. 2005. P. 52.

SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Direito Constitucional**. [S.l.]: Editora Forum, 2021, p. 482.

SILVA, Marcelo Martins Evaristo. A Lei 14.230/2021 e o controle repressivo da evolução desproporcional do patrimônio do agente público. [S.l.]: Migalhas, 2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/8/A8F2091738F889_ARTIGOENRIQUE CIMENTOILICITOMAR.pdf. Acesso em: 30 out.2021

SKIPPER, Arianna Palma. **The Attorney's Facilitation of Transnational Corruption: Shortcomings of the United States Anti-Money Laundering Framework**. Georgetown Journal of Legal Ethics, vol. 33, no. 3, Summer 2020, p. 825-853, p. 826. HeinOnline

SOUZA, Alexandre Araújo; COSSATIS, Renata Christino. **Corruptissima republica plurimae leges: Retroatividade da Nova Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 14.230/2021)?** [S.l.]: Temas Jurídicos,2021. Disponível em: <https://temasjuridicospdf.com/corruptissima-republica-plurimae-leges-retroatividade-da-nova-lei-de-improbidade-administrativa-lei-no-14-230-2021/> Acesso em: 10 set. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso ("übermassverbot") à proibição de proteção deficiente ("untermassverbot") ou como não há blindagem contra normas inconstitucionais. **Revista da Ajuris**, [s.l.], ano XXXII, n. 97, 2005.

STRECK, Maria Luiza Schafer. O direito penal e o princípio da proibição da proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Orientador: prof^o. Dr. André Luís Callegari. 2008. 161 fls. (Dissertação) – Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008.

TEIXEIRA, Winston de Araújo; FARIA, Níege Medeiros de. As Implicações e Consequências Jurídicas da Lei de Improbidade Administrativa: Análise da Atuação da 3 Promotoria de Justiça do MPRN na Comarca de Caicó/RN no Período de 2010 a 2014. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**, Rio Grande do Norte, v. 2, p. 299-320.

TOURINHO, Rita. **Os acordos de não persecução cível na seara da improbidade administrativa e os impactos trazidos pela Lei nº 14.230/2021**. Lei de Improbidade Administrativa Reformada. [S.l.]: Revista RT, 2022. Livro digital, paginação irregular.

UDOMBANA, Ngozi J. **Strengthening the legal framework on public service accountability in Nigeria**. Vol. 8, 2019, 55. Heironline.

United Nations Human Rights. Office of the high commissioner. **About good governance and human rights**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/good-governance>

UNODC e CGU discutem nova parceria no combate à corrupção. Brasília: UNODC, 2020. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2020/08/unodc-e-cgu-discutem-nova-parceria-no-combate-a-corrupcao.html>. Acesso em: 18 set. 2022.

VILLAGRASA, Oscar Capdeferro. **La obligaci3n jur3dica internacional de luchar contra la corrupci3n y su cumplimiento por el Estado Espanol**. Eonomia: Revista em cultura de la legalidad. n. 13, octubre 2017 – marzo 2018, pp. 114-147.

WORD BANK. **Diretrizes anticorrupção**. Disponível em: <https://www.worldbank.org/content/dam/documents/sanctions/other-documents/osd/brazil112907.pdf>. Acesso em 16 de set. de 2022.