

2024

Danielle de Oliveira Barradas

**DA (IR)RETROATIVIDADE
DA LEI 14.230/21**



1 INTRODUÇÃO

1.1 Delimitação e importância do tema

Neste trabalho, sem pretensão de esgotar o tema, investiga-se a possibilidade de retroação da Lei 14.230/2021 que promoveu grande alteração na matéria de improbidade administrativa.

Tal tema se mostra relevante em razão de um sem número de situações já consolidadas, bem como de ações ainda em trâmite, que podem ser afetadas caso se decida pela retroatividade. A relevância é tal que já houve mesmo reconhecimento de sua repercussão geral por parte do Supremo Tribunal Federal (ARE 843.989), tendo, inclusive, determinado a suspensão do processamento de Recursos Especiais que versem sobre a matéria¹.

Desse modo, trata-se de tema novo, relevante, e objeto de acentuada discordância doutrinária sobre seus mais diversos aspectos, em razão da existência de posicionamentos mais protetivos, em contraposição aos mais literais, voltados à aproximação da improbidade administrativa com os princípios do direito penal.

Assim, dentro do recorte realizado, procura-se oferecer alguma contribuição sobre o tema, a partir da análise dos vários entendimentos, propondo certas diretrizes existentes na doutrina, a fim de auxiliar no debate acerca de tais questionamentos.

1.2 Metodologia

A discussão é introduzida por uma breve análise do conceito de direito administrativo sancionador e de seus princípios constitucionais, para que, em seguida, seja abordada especificamente a natureza do sistema de tutela da probidade administrativa, com a consequente avaliação da compatibilidade de seu regime jurídico com aquele do direito

1 Nesse aspecto, ressalta-se que o ARE 843.989 foi julgado pelo STF em agosto de 2022, após a apresentação da monografia e anteriormente à publicação da presente obra daquela decorrente, sendo a decisão analisada em tópico específico deste trabalho.

administrativo sancionador.

Tal análise possibilita a construção de um arcabouço básico da lógica da improbidade administrativa, de modo a, posteriormente, vislumbrar-se a possibilidade de retroação ou não dos dispositivos da nova lei naquilo que sejam considerados mais favoráveis ao réu.

Assim, o estudo será realizado por meio de um processo indutivo e qualitativo, voltado à análise dos institutos, com base em pesquisa bibliográfica em livros e artigos científicos, que hoje refletem opiniões bastante divergentes sobre o tema.

1.3 Objeto do estudo

O primeiro capítulo (item 2) é composto pela apresentação das noções fundamentais para a compreensão do tema do direito administrativo sancionador, a fim de se elucidar, em um primeiro momento, qual seu conceito e quais os princípios que o regem, analisando-se, ao final, sua relação com o sistema da improbidade administrativa.

No capítulo seguinte (item 3), expõem-se os principais aspectos jurídicos da improbidade administrativa, delimitando-se os aspectos legais e doutrinários que permeiam o tema, de modo a compreender o papel da improbidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de se observar a necessária harmonização com outros institutos voltados à proteção da probidade e da moralidade, delineando a fisionomia de um direito fundamental à boa governança e, de forma particular, à probidade. Assim, abordam-se elementos que darão base para as considerações realizadas acerca da retroatividade da norma superveniente considerada mais benéfica.

Por fim, no último capítulo (item 4), estuda-se especificamente a possibilidade de retroação da norma benéfica na seara da improbidade administrativa, com base nas premissas traçadas nos capítulos anteriores, as quais são utilizadas como chaves para a calibragem da extensão da aplicação do referido princípio.

2 DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

O artigo 1º, §4º, da Lei 8.429/92, com redação dada pela Lei 14.230/2021, afirma aplicarem-se ao âmbito da improbidade administrativa os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador. Assim, é necessário averiguar-se, primordialmente, no que consistiria o denominado direito administrativo sancionador, bem como qual o conteúdo de seus princípios e sua implicação prática na possibilidade ou não de retroação da nova norma de improbidade mais benéfica.

2.1 Conceito

Conforme assevera Emerson Garcia, o Direito Sancionador, em sua amplitude, pode ser fracionado em quatro instâncias de responsabilização, quais sejam: o direito sancionador penal (direito penal), o direito sancionador cível, o direito sancionador político e o direito administrativo sancionador. Ainda, pondera haver permanente diálogo entre essas instâncias, haja vista a possibilidade de aplicação de sanções no âmbito de cada uma delas em razão de uma mesma conduta antijurídica, havendo, dessa maneira, necessidade de estabelecimento de padrões mínimos de comunicação para harmonizar a projeção de seus efeitos umas sobre as outras em razão do mesmo fato.²

Tendo isso como pressuposto, passa-se à análise específica sobre o direito administrativo sancionador, tal como mencionado na nova lei de improbidade.

Em um primeiro aspecto, ressalta-se não haver consenso doutrinário acerca do conteúdo do direito administrativo sancionador, seja em relação a seu conceito, princípios estruturantes, lógica e finalidades de suas sanções e outros temas relacionados. Afinal, trata-se de um tema complexo, ainda em construção, que vem sofrendo diversas alterações e

2 Cf. GARCIA, Emerson. *O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não persecução cível: alguns pontos*. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 80, p. 57-94, abr./jun. 2021, p. 59.

expansões desde a Constituição de 1988.³

Apesar disso, discutir-se-á neste trabalho os aspectos fundamentais deste ramo jurídico, sem intenção de esgotar o tema e com intuito de relacioná-lo com a questão central em análise.

De início, podemos compreender como posicionamento majoritário tratar-se o direito administrativo sancionador de um ramo do direito vocacionado à regulamentação da atividade punitiva do Estado⁴, a qual é concretizada por meio da aplicação de sanções administrativas⁵.

Portanto, segundo uma linha tradicional, o direito administrativo sancionador seria *“a expressão do efetivo poder de punir estatal, que se direciona a movimentar a prerrogativa punitiva do Estado, efetivada por meio da Administração Pública e em face do particular ou administrado”*.⁶

Assim, o direito administrativo sancionador transpassa todos os campos do direito em que a Administração expressa sua prerrogativa punitiva, à exemplo do direito ambiental e tributário quando há a aplicação de multas e penalidades, possuindo um amplo espectro de incidência e características múltiplas voltadas às necessidades de cada ramo sancionador.

O Direito Administrativo, como um todo, encontra-se permeado pela necessidade de tutela do interesse público, protegendo em maior ou menor grau direitos individuais, sociais, difusos e coletivos, como ferramenta promotora da cidadania, da dignidade humana e dos fundamentos da república estabelecidos na Constituição. Para tanto, necessita manejar sanções jurídicas, de modo a regrar as condutas intersubjetivas dos agentes públicos e dos administrados⁷, surgindo daí

3 Cf. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 22, nº 120, p. 83-126, mar./abr. 2020, p. 83/84.

4 Cf. BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coords.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 79.

5 Cf. CASTRO, Leonardo Bellini de. *Lei anticorrupção: impactos sistêmicos e transversais*. Leme, SP: JH Mizuno, 2019, p. 118.

6 Cf. GONÇALVES, Benedito; GRILO, Renato Cesar Guedes. *OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO REGIME DEMOCRÁTICO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988*. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S.l.], v. 7, n. 2, p. 467-478, ago. 2021, p. 468.

7 Cf. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Direito administrativo*

a necessidade de construção de um aparato normativo, doutrinário e jurisprudencial que regulamente e limite tal atuação.

A construção de padrões sancionatórios, pois, torna-se indispensável para o resguardo de bens e interesses essenciais ao Estado, especialmente no âmbito do denominado Estado Democrático de Direito, que demanda a proteção dos direitos e garantias fundamentais e a atuação do Estado limitada à juridicidade.

Desta feita, considerando que a atuação sancionadora da Administração atinge a cidadania dos administrados que cometeram atos ilícitos, afetando posições jurídicas de modo gravoso, nada mais justificável que a dedicação de um ramo jurídico exclusivo - o direito administrativo sancionador - para a disciplina e controle dessa prerrogativa estatal⁸, que atua em posição de hierarquia em razão da denominada supremacia do interesse público sobre o privado.

Fernando Capez, Laerte I. Marzagão Júnior e Maurício Correau, citando o entendimento de Ana Carolina Carlos de Oliveira, mencionam que as características elementares do direito administrativo sancionador podem ser enumeradas da seguinte forma: “a) *imposição da reprimenda por uma autoridade administrativa*; b) *natureza administrativa do procedimento sancionador*; c) *finalidade repressora*; d) *efeito aflitivo da sanção*”.⁹

Segundo Eche, essas características coadunam-se com o entendimento tradicional de direito administrativo sancionador, o qual foi importante na época de sua criação, pois permitia uma diferenciação em relação ao Direito Penal, estando este limitado à expressão do *ius puniendi* na órbita judicial e aquele, na órbita administrativa.¹⁰

Entretanto, alguns autores passaram a questionar e criticar essa

sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. Interesse Público - IP, Belo Horizonte, ano 22, nº 120, p. 83-126, mar./abr. 2020, p. 84.

8 Cf. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. rev., atual. E ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

9 Cf. BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coords.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 79.

10 Cf. ECHE, Luís Mauro Lindenmeyer. *O direito administrativo sancionador e a falta de simetria com o direito penal*. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/luis-eche-direito-administrativo-sancionador-direito-penal#:~:text=0%20Direito%20Administrativo%20Sancionador%20\(DAS,ou%20administrado%22%20](https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/luis-eche-direito-administrativo-sancionador-direito-penal#:~:text=0%20Direito%20Administrativo%20Sancionador%20(DAS,ou%20administrado%22%20)

limitação de que a imposição da reprimenda deveria ser efetuada, necessariamente, por uma autoridade administrativa, argumentando pela possibilidade de aplicação das sanções administrativas também na esfera judicial.

É dessa crítica que surge o conceito de sanção administrativa construída por Fábio Medina Osório conforme se observa na seguinte passagem¹¹:

Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar; no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo. A finalidade repressora, ou punitiva, já inclui a disciplinar; mas não custa deixar clara essa inclusão, para não haver dúvidas.

Oliveira e Grotti afirmam que seria simples utilizar meramente um conceito subjetivo ou orgânico para definir o que se enquadraria no direito administrativo sancionador; isto é, somente a atuação sancionatória efetuada por órgãos e entidades da Administração Pública. Contudo, sustentam que o próprio ordenamento brasileiro contradiz esse critério, visto incluir no âmbito do direito administrativo sancionador sanções aplicadas pelos demais poderes (Legislativo e Judiciário), bem como do Ministério Público e Tribunal de Contas,¹² à exemplo da improbidade.

Assim, segundo tais autores, a fim de possibilitar a inclusão da improbidade administrativa no âmbito do direito administrativo sancionador, seria necessário expandir o seu conceito, de modo a superar a utilização de um critério meramente formal - que leva em conta a função

%5B1%5D.

11 Cf. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. rev., atual. E ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 100.

12 Cf. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades*. Interesse Público - IP, Belo Horizonte, ano 22, nº 120, p. 83-126, mar./abr. 2020, p. 97.

administrativa - ou de um critério meramente material - que ressalta a aplicação da sanção pela própria Administração. Concluem: “fica evidente que a sanção administrativa - sob o critério orgânico - já não é mais a linha do horizonte da disciplina, mas apenas um dos provimentos sancionatórios fundamentais no panorama da atividade sancionatória que tutela os interesses públicos”.¹³

Desta feita, Fábio Medina Osório amplia o conceito de modo a incluir a aplicação de sanções administrativas pelo Poder Judiciário, especialmente quando observado que a própria Administração Pública figura no polo de proteção normativa como entidade potencialmente lesada pela ação de agentes públicos ou particulares, o que incitaria o Direito Punitivo Administrativo-Civil.¹⁴

Assim, preceitua o autor a necessidade de conceituação da sanção administrativa a partir de uma visão formal e material, o que, por consequência, possibilitaria a dilatação do quadro de incidência das sanções administrativa no sentido de proteção de bens jurídicos diversos e com aplicação em diversos campos, incluindo o judicial, corroborando com o tratamento legal dado à improbidade.¹⁵

Segundo Eche, essa demanda pela ampliação do conceito do direito administrativo sancionador decorreu diretamente da denominada “administrativização do direito penal”, sendo repassadas para outros âmbitos certas condutas que não se enquadravam mais no conceito de *ultima ratio*. Ocorre que em muitos casos, o legislador optou por manter a atuação no âmbito judicial, mas em esfera distinta da penal. Daí a necessidade de ampliação do direito administrativo sancionador, de modo a abarcar figuras pautadas no poder sancionatório estatal, sem caráter penal, envolvendo a Administração Pública em alguma medida e tuteladas

13 Cf. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 22, nº 120, p. 83-126, mar./abr. 2020, p. 100/102.

14 Cf. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. rev., atual. E ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 88.

15 Cf. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. rev., atual. E ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 87.

no Judiciário, ao que se denominam infrações cíveis-administrativas.¹⁶

Há, entretanto, vozes contrárias, a exemplo de Rafael Munhoz de Mello, defendendo que o fundamento do direito administrativo sancionador seria justamente a imposição das sanções administrativas pela Administração, sendo este um caráter essencial para sua identificação.¹⁷

Este é o entendimento de Emerson Garcia, que distingue o direito administrativo sancionador do direito sancionador civil, incluindo neste último a improbidade administrativa e caracterizando aquele do seguinte modo:

O direito sancionador administrativo apresenta peculiaridades que o distinguem das duas instâncias já analisadas: é aplicado por uma autoridade administrativa, com observância apenas subsidiária das normas processuais de caráter penal ou cível. Além disso, no seu âmbito, não é exigida a responsabilização por advogado. No âmbito material, é identificada uma maior abertura das figuras tipológicas, o que o aproxima do direito sancionador cível, e não são cominadas sanções privativas de liberdade, no que se distingue do direito penal. É sistemicamente incorreta, portanto, uma construção que defenda a aplicação do direito sancionador administrativo pelos tribunais no exercício de sua atividade finalística. Isto levaria ao desvirtuamento de suas origens e de sua essência às raias do inusitado.¹⁸

Oliveira e Grotti, a seu turno, aduzem que, embora a Constituição tenha estabelecido disciplina sancionatória judicial civil para sua efetivação, as normas materiais concernentes à improbidade administrativa disciplinam responsabilidade de agentes públicos, e, por critério de matéria, são normas de direito público que devem ser

16 Cf. ECHE, Luís Mauro Lindenmeyer. *O direito administrativo sancionador e a falta de simetria com o direito penal*. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/luis-eche-direito-administrativo-sancionador-direito-penal#:~:text=O%20Direito%20Administrativo%20Sancionador%20\(DAS,ou%20administrado%22%20%5B1%5D](https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/luis-eche-direito-administrativo-sancionador-direito-penal#:~:text=O%20Direito%20Administrativo%20Sancionador%20(DAS,ou%20administrado%22%20%5B1%5D)>.

17 Cf. BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coords.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 80.

18 Cf. GARCIA, Emerson. *O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não persecução cível: alguns pontos*. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 80, p. 57-94, abr./jun. 2021, p. 61.

consideradas como sendo de direito administrativo, mais especificamente sancionador. Tal conclusão seria igualmente equiparada por argumento topológico, na medida em que insculpida a previsão constitucional em seu artigo 37, que trata justamente da Administração Pública.¹⁹

Também Medina entende tratar-se de tutela típica de direito administrativo, em que pese judicialmente operacionalizada, porquanto se trata de mera atuação discricionária do legislador a outorga de poderes sancionadores de direito administrativo ao Poder Judiciário.²⁰

Eche, tendo a discussão como parâmetro, constrói uma definição do direito administrativo sancionador que pretende ser mais moderna e afastada do direito penal, inserindo-o definitivamente no campo do direito administrativo com suas peculiaridades de instrumentalizador da promoção do interesse público. Desta feita, conceitua o referido direito como:

[...] a expressão do efetivo poder punitivo do Estado, no âmbito do Direito Administrativo, direcionada à responsabilização do servidor público em sentido amplo e/ou do particular, em órbita não penal, que tenha atentado contra o interesse coletivo, os princípios da administração pública e/ou a moralidade administrativa.²¹

Conclui-se, desse modo, não haver um conceito unânime sobre o âmbito de incidência do direito administrativo sancionador e seu conceito, permeando, entretanto, a discussão acerca de sua relação com a atividade punitiva do Estado associada à necessidade de limitações para a proteção de direitos e garantias fundamentais.

Ademais, para aqueles que defendem não se limitar o direito administrativo sancionador ao âmbito de aplicação de sanções pela

19 Cf. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades*. Interesse Público - IP, Belo Horizonte, ano 22, nº 120, p. 83-126, mar./abr. 2020, p. 100/101.

20 Cf. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. rev., atual. E ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

21 Cf. ECHE, Luís Mauro Lindenmeyer. *O direito administrativo sancionador e a falta de simetria com o direito penal*. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/luis-eche-direito-administrativo-sancionador-direito-penal#:~:text=0%20Direito%20Administrativo%20Sancionador%20\(DAS,ou%20administrado%22%20%5B1%5D](https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/luis-eche-direito-administrativo-sancionador-direito-penal#:~:text=0%20Direito%20Administrativo%20Sancionador%20(DAS,ou%20administrado%22%20%5B1%5D)>.

própria Administração, mas também por via de outros Poderes, à exemplo do Judiciário, cabe ressaltar ter sido necessário um longo percurso de ampliação e redefinição dos conceitos circundantes a este direito, tendo como consequência a inclusão da improbidade nessa esfera.

Salienta-se, outrossim, que, como qualquer outro ramo do direito, deve o direito administrativo sancionador estar permeado por princípios constitucionais para ter legitimidade. Afinal, a Constituição é a norma central do ordenamento jurídico, pela qual deve perpassar qualquer interpretação, norma ou ato, consubstanciando-se em um filtro axiológico, em relação ao qual todo o ordenamento deve basear-se.

Gonçalves e Grilo ressaltam que sendo a realidade social complexa e heterogênea, demandando uma amplitude de instrumentos para harmonização de interesses, estendeu-se, em consequência, a margem de atuação do administrador, o qual possui o poder-dever de atuar permeado diretamente pelas normas da Constituição (princípio da juridicidade), independentemente, em alguns casos, de qualquer intermediação pelo legislador infraconstitucional. Tal prerrogativa, como sequela, vindicou uma maior proteção, por outro lado, das garantias fundamentais dos administrados para protegê-los do arbítrio estatal.²²

Pesa averiguar, deste modo, quais princípios constitucionais adentram a órbita do direito administrativo sancionador, sendo justamente esse o ponto de problematização da novidade legislativa. Antes, contudo, observar-se-á, sucintamente, o tratamento do tema pelo direito comparado.

2.2 Direito administrativo sancionador no direito comparado

Segundo Oliveira e Grotti o direito administrativo sancionador já possui maturidade científica, doutrinária e jurisprudencial em países europeus, especialmente, na Espanha, Portugal, França, Itália e

22 Cf. GONÇALVES, Benedito; GRILO, Renato Cesar Guedes. *OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO REGIME DEMOCRÁTICO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988*. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S.l.], v. 7, n. 2, p. 467-478, ago. 2021, p. 470/472.

Alemanha.²³

Em Portugal, por exemplo, existe uma lei geral sobre a aplicação de sanções no direito administrativo (de cunho especialmente pecuniário), denominada Contraordenações (Decreto-Lei nº 433/1982). Tal normativa decorreu do movimento de transformação das contravenções penais em ilícitos administrativos, de modo a diminuir o arcabouço do direito penal. Em razão disso, nesse ordenamento jurídico houve grande influência do direito penal na lógica do direito administrativo sancionador, podendo-se apontar a existência de um ordenamento geral com regras comuns.²⁴

Especialmente no que se relaciona com a aplicação retroativa de nova lei benéfica, o art. 3º do Regime das Contraordenações estabelece expressamente a retroação da lei benigna, salvo quando a decisão já for definitiva e executada.²⁵ Veja:

Artigo 3º²⁶

Aplicação no tempo

1- A punição da contra-ordenação é determinada pela lei vigente no momento da prática do facto ou do preenchimento dos pressupostos de que depende.

2- Se a lei vigente ao tempo da prática do facto for posteriormente modificada, aplicar-se-á a lei mais favorável ao arguido, salvo se este já tiver sido condenado por decisão definitiva ou transitada em julgado e já executada.

3 - Quando a lei vale para um determinado período de tempo, continua a ser punida a contraordenação praticada durante esse período.

Semelhantemente à Portugal, a Itália também possui detalhada normativa concernente aos ilícitos administrativos e bastante influenciada

23 Cf. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades*. Interesse Público - IP, Belo Horizonte, ano 22, nº 120, p. 83-126, mar./abr. 2020, p. 84.

24 Cf. CAVALCANTE FILHO, João Trindade et al. *Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa (lei nº 14.230/2021)*. Brasília, DF: Unyleya, 2021, p. 43.

25 Cf. CAVALCANTE FILHO, João Trindade et al. *Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa (lei nº 14.230/2021)*. Brasília, DF: Unyleya, 2021, p. 43.

26 Cf. PORTUGAL. Decreto-Lei nº 433/82. Regime Geral das Contra-ordenações. Disponível em: <https://www.cne.pt/sites/default/files/dl/legis_rgco.pdf>.

pelo direito penal, qual seja, a denominada *Legge del 24 novembre 1981, n.º 689*. Contudo, diferentemente, não elenca expressamente a retroatividade da lei benéfica, entendendo, por tal razão a jurisprudência e a doutrina majoritárias aplicar-se o princípio do *tempus regit actum*, com exceção de algumas leis setoriais que eventualmente determinem o contrário.²⁷

A normativa francesa, embora seja esparsa, define, por exemplo, a necessidade de tipificação (lei escrita e certa) da infração administrativa, bem como sua anterioridade. Ademais, exige a jurisprudência a presença dos elementos subjetivos (culpa *lato sensu*) e objetivos (violação da norma que impõe dever).²⁸

O ordenamento espanhol em que pese também apresentar normativa esparsa, aplica os princípios básicos do direito penal no âmbito do direito administrativo sancionador (sentença do tribunal constitucional espanhol de 8 de junho de 1981), ainda que haja necessidade de certas adaptações. Como exemplo, podemos citar os princípios da i. legalidade (reserva legal), ii. tipicidade, iii. culpabilidade, iv. proporcionalidade, v. presunção de inocência, vi. prescrição. Ademais, depreende-se existir posicionamento doutrinário no sentido da retroatividade da lei benéfica, o que supostamente decorreria do art. 25 da Constituição Espanhola.²⁹

Conforme aborda Osório, embora haja controvérsia sobre o *status* da garantia da retroatividade ser constitucional ou meramente legal no âmbito do ordenamento espanhol, seu reconhecimento é inegável nesse ordenamento.³⁰

Citando a obra de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, Rogério Marinho também assevera ser clara a aplicação da retroatividade benéfica no Direito Administrativo sancionador daquele país há tempos, como demonstrado na seguinte passagem do texto dos

27 Cf. CAVALCANTE FILHO, João Trindade et al. *Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa (lei nº 14.230/2021)*. Brasília, DF: Unyleya, 2021, p. 44 e nota de rodapé.

28 Cf. CAVALCANTE FILHO, João Trindade et al. *Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa (lei nº 14.230/2021)*. Brasília, DF: Unyleya, 2021, p. 46.

29 Cf. CAVALCANTE FILHO, João Trindade et al. *Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa (lei nº 14.230/2021)*. Brasília, DF: Unyleya, 2021, p. 46/51.

30 Cf. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. rev., atual. E ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 277.

autores citados:³¹

La regla de irretroactividad de los Reglamentos, así establecida, admitía, sin embargo, algunas modulaciones en casos especiales. Así, por ejemplo, (...) y, por supuesto, como ya notamos, de los Reglamentos in bonus o favorables para los ciudadanos, especialmente de los que disminuyen o extinguen las sanciones según el criterio del artículo 2.2 CP, como hoy dispone el artículo 128.2 LPC y sentencias de 10 de marzo, 29 de mayo de 1998, 27 de octubre de 2001, etc.

Na Argentina, as sanções administrativas são diferenciadas entre as disciplinares (relação especial de sujeição) e as contravencionais (relação geral de sujeição). E, embora não haja uma codificação organizada acerca das normas concernentes às sanções, a doutrina desenvolve-se sobre o tema e, no geral, tende a aproximar o direito administrativo contravencional do direito penal. Inclusive, nesse ordenamento, há aplicação subsidiária do Código de Processo Penal e do Código Penal ao procedimento administrativo.³²

Nesse sentido, o Tribunal de Direitos Humanos da Europa (TEDH) possui um notável precedente, do ano de 1984 (caso Oztürk), no qual enquadrou-se o direito administrativo sancionador como um subsistema da ordem jurídico-penal. Devido a isso, determinados princípios jurídico-penais seriam estendidos ao direito administrativo sancionador, o qual pertenceria a um conceito amplificado de direito penal.³³

Cavalcante Filho argumenta, nesse aspecto, já ter o Tribunal Europeu de Direitos Humanos decidido pela aplicação de garantias materiais e processuais no âmbito administrativo sancionador, bem como, especialmente, quanto à retroatividade da lei benéfica, reconhecido sua possibilidade no caso Scoppola v. Itália (2009), em razão do disposto no

31 Cf. MARINHO, Rogério. *Retroatividade da norma mais benéfica no direito administrativo sancionador*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-19/marinho-norma-benefica-direito-administrativo-sancionador#_ftn4>.

32 Cf. CAVALCANTE FILHO, João Trindade et al. *Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa (lei nº 14.230/2021)*. Brasília, DF: Unyleya, 2021, p. 48/49.

33 Cf. MENDES, Gilmar; BUONICORE, Bruno Tadeu. *A vedação do bis in idem na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador e o princípio da independência mitigada*. Disponível em: <<https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/741/8454>>.

art. 7 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.³⁴

Mudrovitsch e Nóbrega também mencionam o Direito Alemão como fundamento para a aplicação da retroação benéfica no âmbito do direito administrativo sancionador.³⁵

Percebe-se, portanto, de modo geral, algumas semelhanças entre os sistemas apontados, quais sejam, a incidência de princípios constitucionais, a aproximação entre a dogmática penal e o direito administrativo sancionador e o reconhecimento de alguns princípios básicos do direito sancionador como a legalidade, anterioridade, tipicidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, culpabilidade, presunção de inocência, e até restrição ao *bis in idem*.

No que concerne à retroatividade da lei sancionadora benéfica, tal princípio além de estar expressamente consagrado no ordenamento português, é considerado implícito na Constituição espanhola (art. 25, 1) e na própria Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 7) segundo a jurisprudência da Corte.³⁶ Não sendo, todavia, aplicado no âmbito do sistema italiano como consequência da inexistência de disposição legal expressa nesse sentido.

Após sucinta análise sobre o tema no direito comparado, impõe-se o estudo acerca da sua configuração no direito interno, mormente quanto aos princípios aplicáveis e à compatibilização com a improbidade administrativa.

2.3 Princípios Constitucionais do Direito Administrativo Sancionador

Os princípios assumem grande importância na atividade de aplicação das regras jurídicas, atuando como mecanismos viabilizadores da interpretação e aplicação das normas. Conforme afirma Emerson

34 Cf. CAVALCANTE FILHO, João Trindade et al. *Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa (lei nº 14.230/2021)*. Brasília, DF: Unyleya, 2021, p. 49/50.

35 Cf. CAVALCANTE FILHO, João Trindade et al. *Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa (lei nº 14.230/2021)*. Brasília, DF: Unyleya, 2021, p. 49/50.

36 Cf. CAVALCANTE FILHO, João Trindade et al. *Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa (lei nº 14.230/2021)*. Brasília, DF: Unyleya, 2021, p. 50/51.

Garcia³⁷:

Os princípios incidirão diretamente sobre a esfera de determinado bem jurídico, permitindo a integração da regra, aclarando o seu significado linguístico e delimitando o seu objeto. É nesse sentido que avulta a importância dos princípios para o desenvolvimento deste estudo, pois, como será visto, o Poder Público deve sempre atuar em conformidade com a norma, e esta é integrada por regras e princípios, o que permite dizer que a imperatividade destes elementos, cada qual com seu grau de determinabilidade, haverá de ser observado pelo agente.

Do mesmo modo, Celso Antônio Bandeira de Mello³⁸ traz o seguinte conceito:

Princípio - já averbamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica que lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Desse modo, os princípios são de extrema relevância na órbita jurídica, irradiando suas disposições por todo o sistema, especialmente a partir do novo constitucionalismo, que perpetuou a ideia de força normativa da Constituição, passando a norma fundamental, com suas regras e princípios constitucionais, a produzir efeitos sobre todas as relações e situações jurídicas, especialmente para regular a atuação do Estado e proteger as garantias fundamentais dos indivíduos.

Nesse contexto, o regime administrativo deve ser permeado pelos princípios fundamentais, imprescindíveis e naturais mecanismos de controle ínsitos a uma democracia substancial. A constituição deixa

37 Cf. GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9^o ed.. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 102.

38 Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 987.

de ser mero programa político abstrato e diretivo e se habilita como norma suprema distribuidora da competência permeada por critérios de fundamentação e legitimação das decisões estatais, dando início a ideia de juridicidade administrativa.³⁹

Isso porque os princípios e garantias constitucionais adquiriram estatura tal que passaram a reger toda e qualquer manifestação do poder estatal, mormente sancionador, seja no âmbito da Administração ou do Judiciário. Doravante, o poder punitivo do Estado passa a ser contido e conformado de forma imediata pelo conteúdo desse núcleo normativo constituído por princípios constitucionais.⁴⁰

Como bem observa Blazeck, o poder punitivo estatal permite ou mesmo impõe a aplicação de sanções por parte da própria administração pública, o que, entretanto, não se faz sem que sejam observados os princípios e garantias reconhecidos não apenas pelo Direito Administrativo, mas pela Constituição Federal.⁴¹

Gonçalves e Grilo ressaltam que o fato de se tratar de uma sanção com natureza administrativa, mesmo que judicialmente aplicada - como ocorre com a improbidade administrativa -, não põe de lado a necessidade de respeito às garantias constitucionais dos sujeitos. Nesse sentido, defendem tais autores inexistir influxo reduzido de princípios constitucionais garantísticos, posto que, tanto o direito administrativo, como o penal, devem receber a mesma carga axiológica plasmada na Carta de 1988.⁴²

Isso porque entendem não haver qualitativamente qualquer diferença entre punição administrativa e penal, na medida em que seriam ambas formas de expressão do poder punitivo do Estado mediante

39 Cf. CASTRO, Leonardo Bellini de. *Lei anticorrupção: impactos sistêmicos e transversais*. Leme, SP: JH Mizuno, 2019, p. 120/121.

40 Cf. BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coords.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 122/123.

41 Cf. BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coords.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 122.

42 Cf. GONÇALVES, Benedito; GRILO, Renato Cesar Guedes. *OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO REGIME DEMOCRÁTICO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988*. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S.l.], v. 7, n. 2, p. 467-478, ago. 2021, p. 472.

atuação de órgãos públicos competentes.⁴³

Embora vejam natureza única no direito sancionador, admitem que, em razão do grau de intensidade da sanção - que pode ser mais ou menos intensa -, a garantia pode se alterar, o que não afasta a existência e necessidade de um núcleo comum de normas garantidoras.⁴⁴

Nesse aspecto, a Lei 14.230/2021 inseriu expressamente a aplicação dos denominados princípios constitucionais do direito sancionador no âmbito do microsistema de improbidade administrativa. Contudo, não atuou de modo a elencá-los ou defini-los individualmente, repassando tal atribuição à doutrina e à jurisprudência, as quais ficarão responsáveis pela delimitação e averiguação acerca da proximidade ou não com os princípios do direito penal.

Embora inexista consenso doutrinário, a doutrina majoritária elenca como integrantes do direito administrativo sancionador especialmente os seguintes princípios fundamentais de cunho material: i. legalidade/reserva legal, e seus desdobramentos; ii. retroatividade da lei benéfica (para alguns); iii. intranscendência da pena; iv. individualização da pena; v. presunção de inocência; vi. razoabilidade/proporcionalidade; vii. proibição da dupla punição na mesma esfera pelo mesmo fato (*ne bis in idem*).⁴⁵

Dentre tais princípios, salienta-se desde já que aquele que detém real importância no presente trabalho é o da retroatividade da lei benéfica, de modo a averiguar-se a possibilidade ou não de sua incidência no âmbito do direito administrativo sancionador, assim como no da improbidade, e, em caso afirmativo, qual a medida de sua aplicação, o que será analisado mais à frente.

No cenário interno, pode-se constatar que a doutrina e a jurisprudência, em sua maioria, compreendem pela proximidade entre

43 Cf. GONÇALVES, Benedito; GRILO, Renato Cesar Guedes. *OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO REGIME DEMOCRÁTICO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988*. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S.l.], v. 7, n. 2, p. 467-478, ago. 2021, p. 469.

44 Cf. GONÇALVES, Benedito; GRILO, Renato Cesar Guedes. *OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO REGIME DEMOCRÁTICO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988*. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S.l.], v. 7, n. 2, p. 467-478, ago. 2021, p. 473/474.

45 Cf. CAVALCANTE FILHO, João Trindade et al. *Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa (lei nº 14.230/2021)*. Brasília, DF: Unyleya, 2021, p. 40.

o direito penal e o direito administrativo sancionador, especialmente pela aplicação dos princípios daquele ramo ao direito administrativo sancionatório, de modo a possibilitar maior garantia ao cidadão em face do possível abuso do poder punitivo estatal.⁴⁶

Ressalta-se, nesse sentido, que, em seu surgimento, o direito administrativo sancionador sofreu forte influência do direito penal, partindo-se da ideia, equivocada, de que aquele seria um fragmento deste. No início, inclusive, denominava-se o direito administrativo sancionador de direito penal administrativo. Com a evolução, veio a adoção da atual nomenclatura, o que representou, mais do que mera mudança simbólica, efetiva ruptura com a doutrina até então vigente que identificava os dois ramos,⁴⁷ embora tal denominação também seja contemporaneamente criticada.

Helena Regina Lobo da Costa, por exemplo, assevera que as sanções administrativas e penais estariam permeadas pelas mesmas funções, voltadas à repressão e prevenção de atos ilícitos, o que demonstraria uma proximidade entre os ramos do direito penal e administrativo sancionador ensejadora da necessidade de diálogo entre ambos para construção de uma dogmática mais desenvolvida.⁴⁸

Contudo, afirma:

É forçoso concluir que o regime jurídico aplicável tanto ao direito penal quanto ao direito administrativo precisa apresentar um núcleo comum. Entendo que esse núcleo comum não decorre de um suposto *jus puniendi* único, que abrangeria o direito penal e o direito administrativo sancionador, mas sim do simples fato de os dois setores trabalharem com a aplicação de sanções aos particulares, atividade que, pela sua natureza, exige legitimação, limitação, garantias e procedimentos próprios. Nessa linha, pode-se identificar na própria Constituição normas jurídicas aplicáveis aos

46 Cf. CAVALCANTE FILHO, João Trindade et al. *Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa (lei nº 14.230/2021)*. Brasília, DF: Unyleya, 2021, p. 51.

47 Cf. ECHE, Luís Mauro Lindenmeyer. *O direito administrativo sancionador e a falta de simetria com o direito penal*. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/luis-eche-direito-administrativo-sancionador-direito-penal#:~:text=O%20Direito%20Administrativo%20Sancionador%20\(DAS,ou%20administrado%22%20%5B1%5D](https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/luis-eche-direito-administrativo-sancionador-direito-penal#:~:text=O%20Direito%20Administrativo%20Sancionador%20(DAS,ou%20administrado%22%20%5B1%5D)>.

48 Cf. BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coords.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 111.

dois campos, que podem receber concretizações distintas, mas, repita-se, apresentam um núcleo comum.⁴⁹

É certo que, dada a possibilidade de que se atinjam direitos fundamentais, certos dogmas, antes limitados ao direito penal, necessitam ser transportados, com as conformações necessárias, para o direito administrativo, tendo-se em mira que, repisa-se, em ambos é necessário o devido respeito aos direitos e garantias individuais como forma de baliza ao arbítrio.⁵⁰

De todo modo, como bem nota Eche, nada disso pode levar à conclusão de que o direito administrativo sancionador se vincula ou se subordina ao direito penal e seus predicados, porquanto já se reconheceu que tais sistemas não guardam similitude lógica e operativa, possuindo perfis singulares e demandando esforço para a caracterização do campo de suas respectivas atuações. Não há, pois, simetria. O direito administrativo sancionador, enquanto ordem jurídica parcial da atividade do Estado, está umbilicalmente atado a uma instrumentalização ótima de interesses públicos. Em sendo direito administrativo, tem por escopo primordial a tutela de direitos coletivos, que se sobrepõem a interesses meramente singulares. Ora, como esmiúça com clareza exemplar Eche, o direito administrativo sancionador tem por traço distintivo a tutela dos princípios da administração pública, notadamente aquele da moralidade administrativa, a qual não recebe tutela de mesma estatura por parte do direito penal. Ademais, não incorpora a possibilidade de sancionar privando de liberdade.⁵¹

Blazeck, citando Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Flávio Amaral Garcia, atenta para o fato de que há fortes semelhanças entre os ilícitos administrativos e penais. Verificam-se pontos de contato, sobretudo, no

49 Cf. BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coords.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 112.

50 Cf. CASTRO, Leonardo Bellini de. *Lei anticorrupção: impactos sistêmicos e transversais*. Leme, SP: JH Mizuno, 2019, p. 118/119.

51 Cf. ECHE, Luís Mauro Lindenmeyer. *O direito administrativo sancionador e a falta de simetria com o direito penal*. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/luis-eche-direito-administrativo-sancionador-direito-penal#:~:text=0%20Direito%20Administrativo%20Sancionador%20\(DAS,ou%20administrado%22%20%5B1%5D](https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/luis-eche-direito-administrativo-sancionador-direito-penal#:~:text=0%20Direito%20Administrativo%20Sancionador%20(DAS,ou%20administrado%22%20%5B1%5D)>.

quanto diz respeito aos princípios regentes, tais como a legalidade, a tipicidade, o *non bis in idem*, a irretroatividade das normas sancionadoras, presunção de inocência, o devido processo legal, a proporcionalidade, a retroatividade da norma mais favorável, o princípio do *in dubio pro reo*, a existência de causas legais de exclusão de ilicitude, entre outros.⁵²

No que se refere à retroatividade da norma benéfica, para Fábio Medina Osório, o direito punitivo em geral, aqui incluído o direito administrativo sancionador, deve seguir a lógica do direito penal. A lição do renomado autor é no sentido de que, mudados os padrões valorativos da sociedade, é razoável que haja extensão de tal mudança ao passado, reconhecendo-se uma evolução do padrão, de modo que sejam preservados o princípio constitucional da igualdade e os valores relacionados à justiça à atualização de normas protetoras de direitos fundamentais.⁵³

Mesmo o Superior Tribunal de Justiça possui julgados aplicando o princípio da retroatividade benéfica ao direito administrativo sancionador. Embora tais decisões não se refiram especificamente à improbidade administrativa, há doutrina defendendo a sua aplicação também neste âmbito, como veremos mais à frente.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. MULTA ADMINISTRATIVA. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. POSSIBILIDADE. ART. 5º, XL, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRINCÍPIO DO DIREITO SANCIONATÓRIO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. HONORÁRIOS RECURSAIS. NÃO CABIMENTO. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO. I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal está determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015. II – O art. 5º, XL, da Constituição da República prevê a possibilidade de retroatividade da lei penal, sendo cabível extrair-se do dispositivo constitucional princípio implícito do

52 Cf. BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coords.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 133/134.

53 Cf. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. rev., atual. E ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 277.

Direito Sancionatório, segundo o qual a lei mais benéfica retroage no caso de sanções menos graves, como a administrativa. Precedente. III – Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida. IV – Honorários recursais. Não cabimento. V – Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, §4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso. VI – Agravo Interno improvido. (AgInt no REsp 1602122/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018).

Também Gomes Junior, Lima e Favreto buscam justificar a aplicação da retroatividade da norma mais benéfica no direito administrativo sancionador, argumentando que o artigo 5º, XL, da Constituição, deve ser lido como um princípio jurídico geral aplicável a qualquer manifestação do *ius puniendi*, e não somente à norma penal. A razão ensejadora da retroatividade, estaria presente em todos os ramos sancionadores, podendo ser sintetizada na ideia de que o mais favorável deve sempre ser ampliado, e o odioso, restringido.⁵⁴

De todo modo, Medina Osório afirma que não se equiparam o direito administrativo sancionador e o direito penal, em razão do dinamismo daquele. Ocorre que mesmo não sendo possível defender uma equiparação, não significa que a retroatividade benéfica não deva ser também aplicada, mas somente que o será em níveis e intensidades distintos.⁵⁵

A Constituição de 1988 evidentemente submete a ação estatal à observância do interesse público com respeito aos direitos fundamentais do cidadão, consistindo na ideia de Estado Democrático de Direito a evitar conduta arbitrária do poder público. Por tal razão a atividade sancionatória do Estado, de modo geral, deve estar permeada por regras de contenção do poder punitivo, seja no âmbito administrativo

54 Cf. GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; RODRIGUES, João Paulo Souza; BORGES, Sabrina Nunes. *Caminhos para tratamento adequado aos processos em curso a partir da nova LIA*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-nov-16/opiniaio-tratamento-aos-processos-curso-partir-lia>>.

55 Cf. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. rev., atual. E ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 278.

ou penal.⁵⁶ Tais regras de contenção seriam aquelas estatuídas no art. 5º da Constituição de 1988, responsáveis por delimitar, em seu conjunto, o devido processo legal substantivo e adjetivo.

No sentido do que já se expôs, também José Carlos Fernandes Júnior preleciona que o direito administrativo sancionador, assim como qualquer norma infraconstitucional, deve, tal qual o direito penal, obediência ao regime de direitos e garantias fundamentais insculpido na Constituição, nele fundando sua legitimidade e a sua juridicidade. É nessa ordem de ideias, como bem dito, que vozes sustentam a aplicação ao direito administrativo sancionador do princípio da legalidade e os substratos da tipicidade e da retroatividade da lei mais favorável.⁵⁷

De forma cirúrgica, muito bem observa Emerson Garcia que o nó górdio consiste exatamente no transporte irrefletido de tudo aquilo que vale para o direito penal às demais instâncias, o que se revela incompatível com o sistema brasileiro. Isso porque o próprio Poder Legislativo, dentro de sua margem de conformação, regra as instâncias de maneira notoriamente distinta: as normas processuais são distintas; a tipicidade se aplica de forma substancialmente distinta nas duas searas (sendo frequentemente de grande abertura no campo do direito administrativo sancionador); os legitimados para a persecução são diversos; a representação do acusado nem mesmo é essencial em algumas instâncias (podendo-se citar o processo administrativo disciplinar, outra expressão do direito administrativo sancionador); a autoridade sancionadora também não coincide, o que tem importantes repercussões em cada um dos ramos, sobretudo no que pertine aos deveres de imparcialidade e motivação das decisões.⁵⁸

No direito penal, as sanções cominadas, as quais potencialmente

56 Cf. BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coords.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 20.

57 Cf. FERNANDES JUNIOR, José Carlos. *Considerações sobre a retroatividade da lei mais benéfica no âmbito da Proteção à Probidade Administrativa*: impactos da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, no rol do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, à luz da Constituição da República. *Percurso*, [S.l.], v. 1, n. 38, p. 282 - 296, jul. 2021. ISSN 2316-7521.

58 Cf. GARCIA, Emerson. *O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não persecução cível: alguns pontos*. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 80, p. 57-94, abr./jun. 2021, p. 58.

atingem a liberdade, não podem ser aplicadas senão mediante atuação do órgão jurisdicional, ainda que para fins de homologação (como no caso do acordo de não persecução). Isso, por si só, já permite que se distinga de maneira suficiente o direito penal das demais instâncias de responsabilização, as quais podem atuar por intermédio de órgãos não jurisdicionais, bem como protegem bens jurídicos diversos. Especificamente, no direito sancionador que GARCIA tem por bem chamar de civil (o regime da improbidade administrativa), há um traço de proximidade, qual seja a necessidade de aplicação por órgão jurisdicional no bojo de uma ação, e também um de distanciamento, qual seja a impossibilidade de que haja privação de liberdade. Ademais, nota-se que o instrumento utilizado é o processo de natureza civil, e que a técnica tipológica empregada assume textura mais aberta, assim como no direito administrativo sancionador.⁵⁹

Em vista das especificidades desse regime que, segundo Garcia, citando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, é de natureza cível, constitui-se um sistema com autonomia existencial, que não pode ser simplesmente reconduzido nem ao direito penal, e nem ao direito administrativo sancionador. Isso porque ao direito administrativo sancionador, opina Garcia, ficam restritas as sanções aplicadas por uma autoridade de natureza administrativa. Não se olvida, ademais, que o Brasil adota um sistema de instâncias independentes, e, embora exija-se compatibilidade sistêmica nas soluções a serem dadas a problemas comuns dos sistemas, devem ser mantidas separadas as peculiaridades ínsitas a uma ou outra instância.⁶⁰

Retornando ao que se refere especificamente à retroatividade da norma mais benéfica, como já apresentado, sua incidência no âmbito normativo do direito administrativo sancionador é posicionamento predominante tanto na doutrina quanto na jurisprudência, não se

59 Cf. GARCIA, Emerson. *O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não persecução cível: alguns pontos*. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 80, p. 57-94, abr./jun. 2021, p. 59/60.

60 Cf. GARCIA, Emerson. *O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não persecução cível: alguns pontos*. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 80, p. 57-94, abr./jun. 2021, p. 60/61.

limitando, portanto, ao direito penal. Cavalcante Filho, nesse diapasão, aponta que a retroatividade deriva da própria Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), não dependendo, assim, do reconhecimento expresso de norma legal ou infralegal.⁶¹

Isso não significa, todavia, que não haja vozes que levantam contra aludida tese, dentre as quais citam-se Rafael Munhoz de Mello e a própria Advocacia-Geral da União, que, baseados em leitura mais restritiva do art. 6º da LINDB, defendem, sem exceções, o princípio do *tempus regit actum*.⁶²

Fazendo referência ao direito comparado, Mudrovitsch e Nóbrega apontam que, à luz de normas presentes nos direitos alemão, português, e espanhol a retroatividade comporta aplicação ampla, alcançando a seara sancionadora. Seguem tais autores defendendo a retroatividade igualmente com base na já citada Convenção Americana, a qual, em seu artigo 9, não teria limitado a retroatividade à norma penal, e, em se tratando de norma supralegal, haveria de se sobrepôr à legislação infraconstitucional brasileira. E, buscando reforçar o peso do argumento, trazem à lume o seguinte:⁶³

Mesmo que se ignorassem aqueles elementos, amostras contundentes de aplicação do citado princípio nos diversos segmentos do Direito Administrativo sancionador militam em favor de sua assimilação por esse ramo como um todo. A esse respeito, vale mencionar: 1) o artigo 106 do Código Tributário Nacional e o Parecer nº 11.315/2020/ME/PGFN, na seara tributária; 2) o Processo Administrativo Sancionador nº 12/03, junto à Comissão de Valores Mobiliários; 3) o Parecer 0427/2012/PHE-ANEEL-PGF/AGU, junto à Agência Nacional de Energia Elétrica; 4) o acórdão no Processo Administrativo 08012.001183/2009-08, junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica; e 5) o Acórdão nº 1.036/2019,

61 Cf. CAVALCANTE FILHO, João Trindade et al. *Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa (lei nº 14.230/2021)*. Brasília, DF: Unyleya, 2021, p. 53.

62 Cf. CAVALCANTE FILHO, João Trindade et al. *Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa (lei nº 14.230/2021)*. Brasília, DF: Unyleya, 2021, p. 53.

63 Cf. MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe. *Reforma da lei de improbidade administrativa e retroatividade*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-out-22/improbidade-debate-reforma-lei-improbidade-administrativa-retroatividade>>.