

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: INFLUXOS DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI N. 14.230/21

Administrative Dishonesty: Influxes of Criminal Law and Criminal Procedure. Retroactive application of Law n. 14,230/21.

Fernando Fukassawa¹

ÁREA: Direito Administrativo e Direito Penal.

SUBÁREA: Improbidade administrativa.

RESUMO: A Lei n. 8.429/1992 sofreu alterações pela Lei n. 14.230/2021, com tal profundidade e extensão que a levou a receber o nome de Nova Lei de Improbidade Administrativa. Ao determinar a aplicação dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no sistema de repressão dos atos de improbidade, trouxe implicações quanto à sua natureza e forma processual na sua persecução. O texto analisa o direito sancionador em face das novéis disposições, e o *jus puniendi* do Estado. Traça distinções e aproximações entre o Direito Administrativo e o Direito Penal na punição do agente público e faz considerações sobre os influxos do Direito Penal e do Direito Processual Penal na Lei de Improbidade Administrativa. Conclui que, se os atos de improbidade administrativa, na configuração originária, tinham natureza *penaliforme*, presentemente têm verdadeira natureza penal e a retroatividade *in mitius* deve ser aplicada amplamente, inclusive em casos com trânsito em julgado.

PALAVRAS-CHAVES: Improbidade Administrativa. Alterações pela Lei n. 14.230/2021. Natureza penal dos atos de improbidade. Retroatividade benéfica ampla.

¹ Advogado. Promotor de Justiça aposentado. f.fukassawa@hotmail.com

ABSTRACT: Law n. 8,429/1992 was amended by Law n. 14,230/2021, with such depth and extension that led it to be named the New Law of Administrative Dishonesty. By determining the application of the constitutional principles of sanctioning administrative law in the system of repression of acts of dishonesty, it brought implications regarding its nature and procedural form in its pursuit. The text analyzes the sanctioning law in the face of the new provisions, and the *jus puniendi* of the State. It draws distinctions and approximations between Administrative Law and Criminal Law in the punishment of public agents and raises questions about the influences of Criminal Law and Criminal Procedural Law in the Law of Administrative Dishonesty. It concludes that, if the acts of administrative dishonesty, in their original configurations, had a criminal nature, they currently have a true criminal nature and retroactivity *in mitius* must be widely applied, including in *res judicata* cases.

KEYWORDS: Administrative Dishonesty. Amendments by Law n. 14,230/2021. Criminal nature of acts of administrative dishonesty. Broad beneficial retroactivity.

SUMÁRIO:

1. A Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021; 2. O Direito Administrativo Sancionador. O *jus puniendi*; 3. Direito Penal e Direito Administrativo Disciplinar; 4. Natureza penal e processual penal da lei de improbidade administrativa; 5. Irretroatividade da lei. Retroatividade *in mitius* da Lei n. 14.230/2021.

1. A LEI N. 14.230, DE 25 DE OUTUBRO DE 2021

A Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021, reformulando a Lei de Improbidade Administrativa n. 8.429/1992, dispôs em seu art. 1º, § 4º, que “Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador”. Certamente, essa a disposição de maior relevo. Dela decorrem importantíssimas alterações, expressas ou tácitas, as quais, por conta de sua extensão e profundidade, permitiu à comunidade jurídica designá-la como Nova Lei de Improbidade Administrativa que teve início de vigência em 26 de outubro de 2021.

2. O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. O *JUS PUNIENDI*.

O direito sancionatório tem característica dúctil e o vocábulo sanção é polisêmico. Sanção pode significar aderência, conformidade, como o ato do presidente da República que aquiesce com o projeto de lei, transformando-o em lei (art. 48, da Constituição Federal). E tem significado inverso no âmbito repressivo, como reprovação; daí que nos tipos crime, atrelado ao seu preceito descritivo, insere-se o preceito *sancionador*, emanações do princípio da legalidade penal. No âmbito civil a sanção pode ser estabelecida até mesmo entre particulares (*e.g.*, art. 1.334, IV, do Código Civil).

Leciona GERALDO ATALIBA que “A sanção não é sempre e necessariamente um castigo. É mera consequência jurídica que se desencadeia (incide) no caso de ser desobedecido o mandamento principal da norma. É um preconceito que precisa ser dissipado - por flagrantemente anti-científico - a afirmação vulgar infelizmente repetida por alguns juristas, no sentido de que a sanção é castigo. Pode ser, algumas vezes. Não o é muitas vezes”². A lição tem fundamentos em HANS KELSEN, para quem “O prêmio e o castigo podem compreender-se no conceito de sanção. No entanto, usualmente, designa-se por sanção somente a pena, isto é, um mal - a privação de certos bens como a vida, a saúde, a liberdade, a honra, valores econômicos - a aplicar como consequência de uma determinada conduta, mas já não o prêmio ou a recompensa”³.

Ao tratarmos de Direito Administrativo Sancionador, surge à instantânea compreensão o direito de o Administrador aplicar sanção. Logo, até pelo costume, a conexão se faz à ideia de reprovação, pena, castigo. Como usualmente admitido e utilizado, o direito sancionador constitui na possibilidade de o Administrador impor uma *sanção negativa*, correspondente à reprovação da conduta ilícita do agente. E é nesse sentido, repressivo, que é tratada a *sanctio juris*, vale dizer, na vertente do direito de punir do Estado, do *jus puniendi*, mesmo porque seria contraditório dar um prêmio a quem viola o direito. O elemento teleológico é componente aflitivo da sanção e sua conexão imediata com uma infração, e por isso não constituem *jus puniendi* o ressarcimento de dano que é mera consequência civil, e os atos coativos, restitutivos ou preventivos. Os conhecidos princípios do direito administrativo sancionador aplicáveis no sistema de improbidade administrativa, não poderiam ser outros, senão, aqueles usados para punição do infrator no direito penal e no direito processual penal, tais o

² ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 38

³ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo : Martins Fontes, 1998, p. 176

da legalidade, tipicidade, proporcionalidade, *non bis in idem*, irretroatividade, retroatividade benéfica, devido processo legal.

O *jus puniendi* tende para uma função do Estado, que se coordena no Direito Penal e também no Direito Administrativo, ambos ramos do Direito Público. O poder sancionador da Administração e o poder sancionador dos Tribunais fazem parte dessa manifestação superior e necessária do Estado que é uno, de modo que nada mais são do que simples atuação concreta dele. Aliás, uno também é o direito feito em compartimentos e subcompartimentos, acompanhando a crescente e irrefreável tendência atomizadora da ciência jurídica, com cada qual ramo reivindicando sua própria autonomia, por vezes desprezando os traços originais da estrutura lógica do conhecimento ou mesmo a essência dos seus entes constitutivos. Por isso, não se pode argumentar com diferenças de tratamento normativo entre o direito administrativo e o direito penal quanto ao poder punitivo estatal, e é ilógico e inadequado deduzir a natureza de uma sanção a partir de particularidades.

Esse direito de punir pode ser exercido também pelo particular ou por um agrupamento, por encorajamento do Estado, dando-lhe o poder disciplinar, elemento fundado na teoria da instituição. Para cumprimento desse desiderato, dispõe de meios coercitivos adequados, intervindo na aplicação de sanções com observância do princípio da legalidade das infrações, tais como das autoridades de certas ordens profissionais regulamentadas, ou singelamente, o professor que detém o poder correccional na sala de aula, ou ainda o chefe da empresa privada em face de seus empregados. Essa, a liberdade do direito punitivo que termina onde começam as leis do Estado.

Importa aqui o *jus puniendi* como supraconceito de que partem as manifestações sancionadoras do Estado. Para contenção de arbitrariedades do governante no exercício do poder punitivo, e das leis, Beccaria orientava no século XVIII, que “Deve, pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas”, na qual se inspirou Montesquieu e outros do Iluminismo para dar origem ao princípio que prevê a não retroatividade geral das leis. Essa orientação, que apenas em feição teria rudimentar natureza de direito penal, se estendeu por quase três séculos a outros ramos, chegando hoje ao princípio da proporcionalidade que, mesmo não expresso, está ínsito no primado do Estado de Direito. Esse, como ilustração, é apenas um aspecto do largo poder punitivo do Estado, residualmente espargido em diferentes regimes jurídicos, nominados de penal, administrativo, tributário etc. e exercido por meio da Administração e dos Tribunais.

Não é de estranhar, assim, que comumente o *jus puniendi* seja tratado no Direito Penal; mas, como afirmava JIMÉNEZ DE ASÚA, “embora o assunto seja tí-

pico do filósofo, não deve ser desconhecido pelos penalistas, embora haja quem pense - por exemplo Radbruch - que o direito penal não tem que tratar do *jus puniendi* e das escolas penais, por entender que esta matéria corresponde ao Direito Público *stricto sensu*. Os mais exagerados consideram um sinal de atraso lidar com essas questões no direito penal”⁴.

O Direito Administrativo Sancionador seria um subsistema penal, e DE LEÓN VILLALBA, professor de Direito Penal na Universidad de Castilla-La Mancha, após discorrer acerca dos conceitos de sanção, campos de intervenção do Estado, os processos de despenalização, o fluxo e refluxo quanto ao caráter penal ou administrativo de uma sanção, conclui que “Essas circunstâncias, aliadas a uma nova tipologia sancionadora nascida no Direito Comunitário, rompem definitivamente com a tradicional separação, em nosso ordenamento jurídico, entre o direito administrativo sancionador, reforçando a ideia de um único *jus puniendi* ou direito penal em sentido amplo”⁵.

3. DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

FREDERICO MARQUES, há muito ensinava que “O direito penal não deixa de ser uma ciência jurídica que se desprende do Direito Administrativo para ter individualidade própria no quadro enciclopédico do Direito. A função de punir é função administrativa porque a observância da lei penal beneficia indeterminadamente a todos, e é de interesse geral, cuja promoção incumbe ao poder administrativo. Por isso, disse o professor Joaquim Canuto Mendes de Almeida que a atividade penal é, fundamentalmente, administrativa”⁶.

Sem referir à punição disciplinar em si, mas genericamente sobre a punição administrativa em geral, ensinava NELSON HUNGRIA que “A punição de certos ilícitos na esfera do direito administrativo, ao invés de o ser na órbita do direito penal comum, não obedece...senão a razões de conveniência política: para o direito penal comum é transportado apenas o ilícito administrativo de maior gravidade objetiva ou que afeta mais direta e intensamente o interesse público

⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A., 1950, Tomo II, p. 13.

⁵ DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier. Acumulación de sanciones penales y administrativas. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., 1998, p. 241.

⁶ MARQUES, José Frederico. Curso de Direito Penal. São Paulo: Ed.Saraiva, 1954, vol. II, p. 40

ou social, passando, assim, a ilícito penal. O ilícito penal de menor entidade não reclama a severidade da pena criminal”⁷.

Com características que tanto aproximam e convergem ambas áreas do Direito, sobretudo por afinidades quanto ao poder punitivo, algumas vezes o direito disciplinar recebeu a denominação de Direito Penal Administrativo (por se tratar de um setor específico do Direito Penal, tal como Direito Penal Econômico, Direito Penal Tributário, Direito Penal do Trabalho etc.), ou de Direito Administrativo Penal (por introdução de sanções administrativas para substituir o Direito Penal em certos casos como o Meio-Ambiente, Trânsito, Fiscais etc.). Viam-se diferenças quanto à natureza, mas também muitas semelhanças quanto à finalidade sancionatória, possibilitando aplicação conjunta de duas penas (penal e administrativa) para a mesma infração, sem ocorrência de *bis in idem*. Entre ambos existiriam diferenças que levariam a tratá-los como instituições distintas; uma delas, que o direito penal somente se aplica quando uma lei qualifique a infração como delito e determinando a pena correspondente, enquanto no regime administrativo a discricionariedade da autoridade competente poderia determinar a aplicação de uma sanção, e se disciplinares não acarretariam, como na maioria das outras, a privação de liberdade. Também outra diferença era vista como importante: enquanto a sanção penal está fundada sobre o direito de punição derivada de atribuições gerais da *puissance publique*, a sanção administrativa punitiva se apoia no poder particular do Estado em face da função pública. E que o princípio *nulla poena sine lege* não se aplicaria à sanção disciplinar. Tudo isso ao tempo em que, no direito administrativo, a infração disciplinar e correspondente punição podiam vir determinadas por um ato normativo, pelo poder regulamentar da função pública como prerrogativa de governo.

Em face de então incipiente regramento do poder punitivo disciplinar que não se sujeitava ao princípio da tipicidade e da reserva legal, inclusive quanto ao controle jurisdicional que haveria de ser exercido sobre esse poder, há mais de setenta anos vislumbrava luminosamente JIMÉNEZ DE ASÚA: “Parece que semelhante liberdade está admitida ainda hoje em que as preocupações liberais se tem feito mais agudas. Em realidade, o Direito penal disciplinar deverá procurar no futuro melhores garantias que os meros recursos administrativos”, concluindo que “O direito penal disciplinar pertence realmente à Administração Pública. Então, pode receber o nome de “pena” a sanção que o superior impõe”⁸.

⁷ HUNGRIA, Nelson. *Ilícito Administrativo e Ilícito Penal*, Novas questões Jurídico-penais. Rio de Janeiro: END, 1945, p. 265

⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luiz Jiménez. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A, 1950, Tomo I, pp. 39 e 40

Se o ato do agente público violar seus deveres e obrigações, estará sujeito à punição disciplinar, e se o ato é tão grave que constitua um ato criminoso, a punição penal será infligida independentemente da sanção disciplinar. Dito de outro modo, o *jus puniendi* do Estado sobre seus agentes públicos, se manifesta aplicando-lhes duas penas diversas: *a)* aquelas decorrentes da lei de serviço a que pertencem, aplicáveis pela Administração Pública), e *b)* aquelas decorrentes das leis penais, aplicáveis pelo Judiciário, com domínios distintos: o primeiro se destina ao funcionamento do serviço público e garantir a segurança geral da comunidade, e o segundo a repressão penal, não excludentes entre si.

A repressão administrativa disciplinar e a repressão penal são exercidas distintamente, pelo que um mesmo fato perpetrado pela mesma pessoa, pode ensejar dupla punição, uma administrativa e uma penal, uma espécie de curso formal de ilícitos de naturezas diversas. A decisão emanada da autoridade administrativa, de regra, não vincula à decisão proferida pela autoridade jurisdicional no âmbito penal.

O Código Penal brasileiro (arts. 312 e segs.) e legislação esparsa correlata preveem várias infrações próprias do agente público, se não na totalidade delas, mediante tipos de incriminação de conduta tendo por objeto o descumprimento do dever de probidade que, se violado, o sujeita à responsabilização penal. O legislador é livre para escolher entre a repressão administrativa e a repressão penal, não sendo essa escolha em si considerada discriminatória. E pode mesmo fazê-la concomitante.

Embora as sanções administrativas tenham caráter de pena, não é Direito Penal propriamente dito o disciplinar, o administrativo e o fiscal. Um aspecto que pode evidenciar a diferença nos dois setores é que a punição disciplinar só é aplicável aos agentes públicos enquanto se encontrem investidos nessa função⁹. Não se desconhece orientação jurisprudencial, sobretudo do Superior Tribunal de Justiça, que “o fato do servidor já não mais ostentar a condição de servidor público, não elide a necessidade de apuração de possível falta disciplinar, uma vez que da apuração da responsabilidade administrativa pode decorrer outros desdobramentos, diferentes da penalidade administrativa, tais como: remessa do relatório ao Ministério Público para eventual propositura de ação penal, obrigatoriedade de a Advocacia-Geral da União de ingressar com ação de

⁹ Apesar disso, o art. 172 da Lei nº 8.112/1990 dispõe que “o servidor que responder a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada”. Assim, a lei impede o deferimento do pedido enquanto pendente processo que pode acarretar sanção disciplinar. Por outro lado, no tocante aos membros da Magistratura e do Ministério Público, as respectivas Leis Orgânicas não contemplam restrição semelhante, e não seria possível a sua aplicação analógica *in malam parte*.

reparação de danos civis e registro nos assentamentos funcionais, para efeito de reincidência no caso de reingresso no serviço público”¹⁰. Entretanto, cessado o vínculo funcional, o agente não mais está subordinado à Administração que sobre ele detinha a supremacia, restando impossível a aplicação de sanção, exatamente pela ausência de poder disciplinar que é fundado no poder hierárquico, elemento orgânico da função pública. Argumentos, laterais, da necessidade de apuração por conta de desdobramentos de eventual punição, não têm nenhuma pertinência porque possível iniciativa do Ministério Público para ação penal não depende de nenhum relatório de processo disciplinar que, aliás, não pode se ocupar em substituir a investigação policial. Eventual reparação civil a ser pleiteada pelo ente público, igualmente independe de apuração ou conclusão do processo disciplinar, bastando quaisquer elementos de prova lícita. E o registro dos assentamentos funcionais para efeitos de reincidência, só seria possível em face de pena legal e anterior, vale dizer, ao servidor ainda integrante da Administração, pelo que resulta em petição de princípio admitir reincidência em face de pena que não podia ser aplicada.

Conseqüentemente, as penas disciplinares restam inaplicáveis quando já inexistente o vínculo jurídico entre a Administração e o agente público. O impedimento de se exonerar ou de se aposentar voluntariamente durante o curso de processo administrativo disciplinar, teria por finalidade assegurar o cumprimento de eventual sanção. Seria, no mínimo, discutível a juridicidade da norma porque o servidor, por vínculo de direito, não pode ser obrigado a continuar no cargo contra sua vontade. Há aí um resquício autoritário do Direito Administrativo Sancionador e Disciplinar que, historicamente, sempre teve dificuldades de incorporar os seculares princípios e institutos do Direito Penal, de contenção do *jus puniendi*. Importante lembrar nesse ponto antiga doutrina de Gaston Jèze, para quem há diferença teleológica entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal: o poder disciplinar tem por objeto essencial melhorar, aperfeiçoar o funcionamento do serviço público, e é em nome deste interesse que ele se exerce, e não em nome do sentimento de justiça repressiva, que inspira a legislação penal, sentimento que, a seu ver, não existe no primeiro ou é completamente secundário¹¹. Por isso, explicável que as penas disciplinares, via de regra, não têm um conteúdo patrimonial, próprio das penas civis, mas um conteúdo aflitivo. Tem por objeto reprimir a conduta do funcionário, seja no

¹⁰ *e.g.*, Superior Tribunal de Justiça, AgInt no REsp n. 1.371.490, julgamento em 20 de fevereiro de 2018

¹¹ JÈZE, Gaston. *Princípios Generales del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Depalma, trad. argentina da 3.ª edição francesa, 1948, tomo III, p. 92

exercício de sua função, seja mesmo na vida privada, pois ela se inspira tanto no sentimento de dignidade corporativa e a gravidade da falta individual, seja dentro ou fora do exercício de sua função, um ato suscetível de abalar o prestígio ou a confiança que inspira a função pública. Há um direito de supremacia exercitado pelo Estado sobre aqueles que se colocam em um estado de especial sujeição ao assumirem uma função pública.

O estatuto disciplinar é lei objetiva própria de um determinado serviço público. E conforme o nosso direito superior, conferindo o *poder disciplinar* para todos os entes da federação que “instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas (art. 39, da Constituição Federal). As infrações disciplinares devem estar previstas e definidas por cada uma dessas normas. Nenhum ato será punível se não se ajustar à definição legal anterior ao fato e as penalidades também nelas previstas exaustivamente (*Nullum crime, nulla poena sine praevia lege*).

Nos limites punitivos, e para evitar arbitrariedades e abuso do poder discricionário, a autoridade administrativa só pode exercer o poder punitivo desde que as condutas e as penas estejam previstas em lei formal. A lei penal estrita, a despeito de necessariamente trazer tipo fechado, como importante garantia do cidadão a evitar perseguição por aparente infração, não consegue abranger muitos ilícitos do agente público no exercício de sua função. E considerando que nem sempre isso é possível, não raramente o legislador lança mão de regras gerais, através das quais estabelece a proibição. No Direito Penal, em lição que subsiste atual, ensinava HANS WELZEL que “nem todos os tipos satisfazem esse ideal de descrição exaustiva ou de tipos fechados. Mas há muitos em que a lei descreve apenas parte dos caracteres do tipo, deixando a tarefa de completar a outra parte ao juiz, indicando apenas o critério segundo o qual ele deve assumir a tarefa de completá-lo”¹².

As leis jamais conseguiriam englobar todos os casos que ocorrem na vida, daí o Direito penal valer-se, como regra, do tipo fechado, e com pequenas exceções, do tipo aberto. Aberto, porque nele a conduta proibida não está esgotada objetiva e exaustivamente, e aí o tipo penal não constitui indício de antijuridicidade tal como ocorre no tipo fechado. Neste, restaria impossível estabelecer qualquer diferença entre o comportamento proibido e o permitido, tão somente com o auxílio da descrição feita pela lei. Consequência disso seria que o juiz no

¹² WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán (Parte General): Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1976, 11ª. Edição, p. 75

lugar do procedimento negativo habitual próprio dos tipos fechados, aqui teria que comprovar a antijuridicidade de forma positiva. Para ele, ao determinar a realização do tipo aberto, deve investigar a antijuridicidade mediante a comprovação dos chamados elementos do dever jurídico. Contrariamente, na doutrina de JESCHECK “a teoria dos tipos abertos deve, sem embargo, rechaçar-se, pois se o tipo se entende como classe de injusto, pode somente imaginar-se como “fechado”, já que do contrário lhe faltaria, precisamente, o caráter típico. Isto significa que o tipo deve conter todos, sem exceção, os elementos que contribuem para determinar o conteúdo de injusto de uma classe de delito, e que a pergunta pela antijuridicidade pode somente fazer-se de forma negativa, quer dizer, no sentido de se se acha excluída pela presença de causas de justificação”¹³.

No âmbito administrativo, em razão da multiplicidade de condutas puníveis, a lei talvez não conseguisse abrangê-las dado o nível de detalhamento que seria necessário; do contrário, haveria de descrevê-las infinitamente, e ainda assim, de maneira mais ampla. Seria impossível uma lei descrever todas as infrações disciplinares, sobretudo aquelas menos graves em que pudesse o servidor incidir. Por isso, o recurso às descrições genéricas delas, o que pode comprometer a reserva legal absoluta. Rigorosamente, atento ao princípio da legalidade formal dos tipos, o comportamento disciplinar punível, em simetria com o direito penal, deve estar exaustivamente descrito, delimitando com segurança e de maneira hermética a matéria de proibição. Porém, anota NIETO GARCIA, “a descrição rigorosa e perfeita da infração é, salvo exceções, praticamente impossível. O detalhismo do tipo tem seu limite. As exigências maximalistas apenas conduzem, portanto, à paralisia regulamentar ou à anulação de grande parte das disposições sancionatórias existentes ou a serem ditadas”¹⁴. Assim, nem sempre os tipos de infrações disciplinares se apresentam fechado; frequentemente trazem tipificação de infração sem descrição precisa, por tipo aberto mediante palavras ou expressões como “procedimento irregular”, “ineficiência do serviço”, “falta grave”, “desídia” que, como visto, gera insegurança jurídica. A tipicidade aberta é uma realidade e um antigo problema no Direito Penal, com o qual também convive o Direito administrativo.

O sistema de punição administrativa disciplinar conta com determinadas regras de punição criminal, por meio de princípios comuns de repressão. As garantias decorrentes dos princípios gerais do direito penal e do processo penal devem ser respeitadas no âmbito da repressão administrativa, com as nuances

¹³ JESCHECK, Hans Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Barcelona: Ed. Bosch, 1978, vol. I, p. 336

¹⁴ NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Madrid: Tecnos, 1993, p. 215

que lhe são próprias. Impõe-se, por isso, o cumprimento dos princípios da proporcionalidade, legalidade, irretroatividade e retroatividade benéfica, *non bis in idem*, personalização e individualização das penas etc., explícitas e implícitas na Constituição e também os princípios da independência e imparcialidade do tribunal, dos direitos de defesa, meios de recurso, etc., aplicáveis no quadro da repressão criminal.

Ainda que debilmente, foi introduzido o art. 1º, § 4º, da lei 14.230/21, dispositivo determinando aplicação dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador. Esse empréstimo colateral é bastante racional e lógico porque na verdade essas garantias devem ser previstas. Poder-se-ia argumentar que os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador teriam aproximação, mas não equivalência com os princípios do direito penal, pelo que não estaria autorizada a transposição destes últimos para o sistema de repressão de improbidade administrativa. Teria sido mais enfático e preciso se remetendo mais claramente aos princípios constitucionais que regem o direito penal e o processo penal, os quais devem sempre ter assento quando o mecanismo de coerção estatal de repressão é implementado. Todavia, não o fez também para dessa forma camuflar a real natureza das sanções nela previstas.

Além do perfunctório olhar a árvore e não a floresta, é perda de tempo procurar dualidade de tratamento e querer desemaranhar a interpenetração ou imbricação de regimes, do Direito Penal com o Direito Administrativo Sancionador, posto que de qualquer maneira a potestade sancionadora da Administração é uma manifestação do *jus puniendi*, o direito de castigar do Estado. Aquela norma, se não fosse desnecessária, é útil para poder auxiliar no entendimento que a recente lei 14.230/21, apesar de não dizê-lo, tem aplicação retroativa *in mitius*, como será discorrido mais à frente¹⁵.

4. NATUREZA PENAL E PROCESSUAL PENAL DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Enquanto o direito penal rege em toda a República, o direito administrativo disciplinar, igualmente sancionador, atua no âmbito local porque as sanções

¹⁵ A lei n. 9.784/1999, que regula o processo administrativo, prevê em seu art. 65: “Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada”. Cuida de procedimento administrativo de revisão, mas dele pode ser extraído que uma lei ulterior benéfica prevendo sanção menos grave (circunstância relevante), pode ser aplicada retroativamente se benéfica ao sancionado que, ao tempo da lei anterior, recebera sanção mais grave, inadequada.

punitivas contra o agente público somente podem ser pronunciadas em face de infrações tipificadas por lei de cada ente federado, pela autoridade administrativa no exercício do poder administrativo hierárquico, ou mesmo não aplicar nenhuma sanção na hipótese de cessação do vínculo funcional.

Se o agente público já estava sujeito às leis penais e às leis de regência do seu serviço, a Lei de Improbidade Administrativa n. 8.429/92, lhe acresceu outra responsabilização, com outras penas, ou até mesmo com pena de mesma espécie a exemplo da multa basicamente prevista no art. 32, III, do Código Penal. Ao estabelecer muito especialmente sanções em face de agentes públicos, tem-se a impressão que o Direito Penal deixou de ser considerado a *ultima ratio* e já não mais se cogitaria de sua intervenção mínima para resolução de conflitos da sociedade pelo *jus puniendi* do Estado. Em todo caso, se não antes porque previa na sua redação originária a punição de conduta culposa em caso de dano ao erário (art. 10), agora com a reforma introduzida pela Lei n. 14.230/21 passou a reprimir somente condutas marcadas pela desonestidade no desempenho do cargo ou função, *i.e.*, com dolo, elemento intencional identificador de má-fé, que é regra também em matéria de repressão de delitos. A punição de conduta negligente, por culpa *stricto sensu*, é exceção. Esse fenômeno da *abolitio improbitatis* culposa faz elucidar quanto a possível identidade de tratamento e *abolitio criminis* do peculato culposo no Código Penal (art. 312, § 2º); mas, não haveria essa transladação porque embora todos os tipos de crimes especiais contra a Administração Pública contenham, de uma forma geral, um ato de improbidade administrativa, nem todo ato de improbidade administrativa chega a constituir crime.

Com as mudanças na lei, corretamente optou-se por uma tipificação fechada, senão pelo menos escancaradamente aberta, tudo a indicar maior proximidade com os conceitos utilizados no Direito Penal que, presentemente, na repressão de crimes de perigo abstrato e complexos, vem sendo expandido e, conseqüentemente, o aumento do poder punitivo pelo Estado, porém na contramão do movimento despenalizador. Em grande parte das descrições de condutas, muitas delas em relação consuntiva, se encontram tipificadas nos estatutos disciplinares da entidade ou órgão no qual integrados, e também no código penal e legislação correlata, situação a ensejar frequentemente tripla imputação ao agente público, mediante a) processo administrativo disciplinar, b) processo judicial penal e c) processo judicial por improbidade administrativa.

O fato de uma pessoa não incorrer em pena de prisão não é, por si só, determinante para efeitos da aplicabilidade da vertente penal. Nessa tendência de integração da sanção administrativa à categoria mais ampla de direito repressi-

vo, lembrava MICHEL DOBKINE, antigo magistrado francês, que “o surgimento de uma nova categoria de sanções, designadas “sanções pecuniárias”, é talvez chamado a unificar a questão repressiva não passível de prisão e tornar obsoletas as distinções tradicionais entre sanções administrativas e penais”¹⁶.

Nada obstante a reforma legislativa, para THIAGO MARRARA os atos de improbidade são de natureza extrapenal, e conclui que “não se trata de crime e por isso, não são apurados pelo sistema processual penal...”¹⁷. Essa afirmação tem certa ressonância em face do quanto previsto no art. 37, § 4º da Constituição que, após definir as penas aplicáveis aos atos de improbidade administrativa, inseriu ao final a expressão de ressalva “sem prejuízo da ação penal cabível”, e com isso restaria afastada a identidade formal e substancial dos ilícitos. E se na repartição constitucional da jurisdição comum são os ramos civil e criminal, conclusivamente a ação por improbidade administrativa seria civil. Tem-se que essa norma constitucional expressou o quanto seria evidente, mas até desnecessário porque sempre terá cabimento a ação penal quando o ato de improbidade também encontrar tipificação na lei penal. Mas, parece que somente a partir do texto constitucional não se pode concluir, com clareza, quanto à natureza dos atos de improbidade administrativa, incerteza que levada a mais um passo adiante quanto às sanções, desde o seu início levou uns e outros a entenderem que, tanto os atos como as penas teriam natureza administrativa ou de natureza civil. Parece que o constituinte não quisera, e talvez nem fosse lugar para tanto, conceder uma natureza específica aos atos de improbidade administrativa e nem à ação que os veiculem, isso porque os *atos de improbidade administrativa por excelência*, desde sempre estiveram previstos no Código Penal e legislação correlata, como crimes contra a Administração Pública.

Normalmente, em outros ordenamentos jurídicos a improbidade administrativa é reprimida na esfera penal, e até escusado dizer, por leis penais¹⁸. Qualquer reação jurídica do ordenamento ante o cometimento de uma infração que tenha caráter repressivo, há de ser entendida como direito punitivo. Tem-se que

¹⁶ DOBKINE, Michel. L'Ordre répressif administratif: Paris: Dalloz, 1993, p. 157, *apud* Emmanuel Rosenfeld et Jean Veil, Sanction administrative, sanction pénale. In Pouvoirs 2009/1 n°128 p.61

¹⁷ MARRARA, Thiago. Atos de Improbidade: Como a lei nº 14.230/2021 modificou os tipos infrativos da LIA?, Revista Digital de Direito Administrativo, USP. <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v10i1p162-178>

¹⁸ *e.g.*, nos sistemas de regulações com as alterações mais recentes, do Código Penal da Argentina, Ley 11.179, de 1984 (arts. 256 a 274); do Código Penal do Chile, de 1874 (arts. 233 a 260); do Código Penal da Espanha, Ley Organica 10/1995 (arts. 419 a 427), do Código Penal da França (arts. 432-10 a 432-16, com designação “Des manquements au devoir de probité”, com tipificação de figuras semelhantemente àquelas já previstas no nosso código penal, e cominação de penas privativas de liberdade e multa).

o nosso sistema da Lei de Improbidade Administrativa, no afã de maior abrangência e mais rigorosa proteção do erário e da moralidade no serviço público, teria surgido para colmatar ou complementar certas ineficiências ou deficiências do sistema punitivo no âmbito penal, sobretudo pela dificuldade de sua adaptação na repressão às pessoas jurídicas, e possivelmente também menos exigente quanto ao elemento subjetivo. E o fez na lei originária, de regra, com tipos de descrição fechada, mas não evitou tipos escandalosamente abertos, que sempre suscitaram eternas discussões. E prevê penas segundo a gravidade do ato (art. 12, I, II e III), inclusive a pena de perda da função pública, mas que não segue em linha com a proporcionalidade que racionalmente vai estabelecida nos estatutos na punição de infrações disciplinares, a exemplo das penas de advertência ou suspensão do cargo público por um tempo, menor ou maior, inexistentes na lei de improbidade.

De todo modo, é conclusivo que, ao fundo, todas as normas repressoras de improbidade administrativa têm natureza punitiva. Entretanto, nesse propósito de tutelar mais amplamente possível a probidade na Administração Pública, imbricam-se infrações e respectivas penas, suscitando relevantes questões em face do princípio do *non bis in idem*. Com efeito, uma pessoa não pode ser sancionada ou punida duas vezes (*non bis*) pela mesma conduta (*in idem*), e na vertente processual o mesmo fato não pode ser objeto de dois processos diferentes. Este aspecto processual carrega uma complexidade quando da atuação paralela da jurisdição (processo judicial) e da administração (processo administrativo), mas essa questão seria minimizada por terem naturezas distintas, não quanto ao *jus puniendi* do Estado, que é uno, mas em razão dos seus objetivos primários: repressivo, no processo judicial, e aperfeiçoamento do serviço público, no processo administrativo. Esse aspecto estabeleceria a diferença porque, embora presente a identidade absoluta de fatos, há distinção quanto ao fundamento das sanções e, mais, porque aplicadas por autoridades também de relações distintas: de hierarquia ou supremacia nas sanções disciplinares, inexistente na aplicação de sanções penais pelo juiz.

A teoria da autonomia e independência das instâncias, majoritadamente aceita pela doutrina e jurisprudência nacional, mas pouco aceita em outros sistemas jurídicos, fundamenta-se na diferença ontológica entre infrações penais e administrativas, que na realidade não pode ser identificada pela ausência de distinção material entre elas, a exigirem orientações valorativas. Outro fundamento dessa teoria é que a competência para aplicar sanções punitivas é atribuição inerente à função administrativa exercida pelo Poder Executivo, ou de outros Poderes no exercício dessa função, mas que em verdade somente o ordenamen-

to jurídico pode fazer a distinção, não em razão das infrações, mas, em razão das sanções previstas pelo Direito Penal.

No entanto, na mesma instância punitiva, o art. 12 da Lei 8.429/92 estabelece sanções pelo Poder Judiciário aos agentes condenados por atos de improbidade, e determina que elas sejam aplicadas *independentemente das sanções penais comum e de responsabilidade, civis e administrativas*¹⁹. A extrema facilidade em inserir tal expressão na lei, dispondo genericamente sobre aplicação de sanções de naturezas diversas, contrasta com as enormes dificuldades por ela engendradas em face do princípio *ne bis in idem* que, conquanto não expresso na Constituição Federal, se constitui em garantia fundamental derivada do seu art. 5º, § 2º. Erigida à categoria de garantia fundamental da pessoa em sujeitar-se à persecução uma só vez pelo mesmo fato, a sua formulação tem base na unidade do poder punitivo estatal manifestado conjuntamente, mas de forma limitada e contida, pelo Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. Aquela disposição legal, com objetivo de punir severa e largamente o ato de improbidade administrativa, termina por multiplicar ao máximo as esferas punitivas em relação ao mesmo acusado pelo mesmo ilícito, o que pode se mostrar incompatível com o modelo de Estado de Direito. Ao prever, como punição para os atos de improbidade, sanções *independentemente* daquelas outras elencadas na sequência, dificuldades se assomam ao tentar, sem muita esperança de êxito, identificar alguma outra sanção, de natureza ou categoria diversa que fosse aplicável.

Pondo-se de lado a possível e consolidada convivência jurídica da punição do agente público por improbidade no âmbito disciplinar mediante sanções previstas nos estatutos administrativos (direito administrativo sancionador) e também no âmbito penal (direito penal sancionador), à perquirição quanto à natureza jurídica das sanções por improbidade administrativa, é possível depreender do texto legal que as sanções por ato de improbidade administrativa, decorrentes da extensão do *jus puniendi* estatal e do sistema penal, são de natureza penal especial, posto que aplicáveis independentemente das “*sanções penais comum e de responsabilidade*”.

A lei de improbidade administrativa prevê aplicação de *sanções penais especiais*. Tem característica penal sem ter esse rótulo, a fazer parte do direito em aparência, e que na sua versão original considerava sujeito ímprobo mesmo o obtuso, incompetente ou mesmo ineficiente agente público. Gestores públi-

¹⁹ A teoria da autonomia e independência das instâncias vem adotada pela Lei n. 8.112/90 (regime jurídico único dos servidores da União) ao estabelecer em seu art. 125 que “As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si”.

cos, notadamente prefeitos, e mesmo servidores de menor escalão, atuavam, e atuam, buscando mais a sua proteção pessoal e menos o interesse público, fenômeno que recebeu o nome de “apagação das canetas”, pelo receio de serem atingidos por ação de improbidade e arcar com pesados ônus e honorários advocatícios, muitas vezes despoletada depois de longa e arrastada investigação em inquérito civil, não raramente quando já tinham deixado os seus cargos ou funções. A vulnerabilidade dos agentes públicos se fazia mais aguda porque eram reiteradas as ações temerárias com descrições genéricas, veiculando atos supostamente ímprobos, sem individualização de condutas e pedidos com todas as possibilidades, e até por só violação de princípios ou somente por culpa *stricto sensu*. Os riscos eram agravados, não somente pela aplicação do *in dubio pro societatis* ao ajuizamento da demanda, e deficiente ou insuficiente motivação, ou mesmo ausência dela, para decretar a indisponibilidade de bens e afastamento do autor da função, constrangimentos que praticamente se eternizavam apesar de superior determinação judiciária na prioridade no andamento dos respectivos processos. Por tudo isso, aos poucos e com o tempo, a lei veio recebendo severa e contínua rejeição dos tribunais.

Para disfarçar a sua essência penal, e se não fosse para contornar a vedação do *ne bis in idem*, na origem o legislador camaleônico de 1992 empreendeu fuga do direito penal clássico para estabelecer sanções penais camufladas a serem doravante impostas ao destinatário, porém sem obediência dos requisitos de legalidade do direito penal e do processo penal, uma vez que o legislador o teria batizado de administrativo. E o autor da infração, assim, não carregaria o desonroso título de delinquente, não podendo ser preso e ser réu ou acusado, mas na jurisdição civil. Os juízes se dobrariam diante do nominalismo legislativo porque não é seu ofício controlar as leis e, sim aplicá-las. Todavia, certo que o hábito não faz o monge, e que se pode enxergar em três dimensões, na realidade não se deve ver com os olhos, e sim com o cérebro.

O caráter de uma norma não depende do nome que lhe dá o legislador, salvo quando ele a designa expressamente. Entre nós, sempre foi usual - embora estranho -, empregar no preceito sancionador do tipo o vocábulo “pena” para infração penal, e “penalidade” (que na verdade é caráter da pena) para infração administrativa. A Lei n. 8.112/1990 (Regime Jurídico dos Servidores Civis da União) de forma geral profusamente emprega o termo “penalidade”²⁰, mas às

²⁰ e.g., art. 127. “São penalidades disciplinares:..”

vezes emprega o termo “pena”²¹. A tendência em esconder a real natureza das coisas mediante eufemismos pode ser vista, num exemplo, na profusa utilização no direito penal e processual, do termo “medida cautelar” para identificar prisões, ditas *processuais* e provisórias, tais como a prisão temporária e preventiva, conceituadas por alguns como um “mal sensorial”.

A expressão máxima da potestade sancionadora do Estado está constituída pelas normas de direito penal que impõe as sanções de maior gravidade punitiva. E a sanção administrativa pune uma falta imputável ao seu autor, evocando claramente os mesmos elementos material e moral da infração penal, mas de caráter complementar (e não alternativo) por construir ilícitos e cobrir situações antijurídicas não contempladas pelo direito penal. Para sanções de menor gravidade, é um pequeno sistema penal, é um Direito Penal degenerado. A finalidade em ambos é a proteção dos bens jurídicos, e a forma de punição dos agressores, com a escolha e o escalonamento das sanções, é opção do legislador.

A improbidade administrativa reprimida pela lei n. 8.429/92 não é senão a desonestidade do agente público, amplamente considerada, mas não punida pela autoridade com superioridade hierárquica do órgão, e sim por um juiz, e até como se intui, por vir hipoteticamente revestida de maior gravidade a exigir bastante imparcialidade no julgamento, virtude nem sempre tão presente no âmbito administrativo. Essa potestade sancionatória originariamente é da Administração porque o direito administrativo disciplinar quanto à aplicação das sanções não é, ao fundo, senão o direito penal particular das instituições. A punição administrativa pode revestir um aspecto penal e a inflicção de uma pena não parte necessariamente da jurisdição, posto que no exercício desse poder sancionador a autoridade da Administração detém o “*privilège d’action ou d’exécution d’office*”, impondo-lhe necessariamente se antecipar ao Poder Judiciário.

Se o exercício do direito de punir o agente público é legitimado pela manifestação do poder hierárquico e disciplinar que a Administração detém para lhe aplicar sanções enquanto subsistente o vínculo entre ambos, diversamente, as sanções previstas nas leis penais e na lei de improbidade administrativa lhe serão aplicáveis pelo Judiciário mesmo depois de cessado o liame funcional. E se há o recurso à jurisdição visando punir o servidor por improbidade administrativa, como o faz a Lei n. 8.429/92 ao comando do art. 37, § 4º da Constituição, o sistema deve sobretudo respeitar um certo número de garantias fundamentais.

²¹ *e.g.*, art. 133, § 6º: Caracterizada a acumulação ilegal e provada a má-fé, aplicar-se-á a pena de demissão...; art. 167, § 2º: Havendo mais de um indiciado e diversidade de sanções, o julgamento caberá à autoridade competente para a imposição da pena mais grave”.

A noção de lei penal, assim, é *lato sensu*. O fato de uma lei ser oficialmente qualificada como não penal, ou ser assim considerada, não se apresenta suficiente para impedir a aplicação dos princípios gerais do direito penal. O objetivo punitivo e a severidade da sanção fornecem a indicação final, e na maioria das vezes decisiva, da forma penal, embora como tal não declarada.

Por tudo, não se deixando enganar pelo mimetismo, ajustando-se as lentes e ao remover o véu do disfarce e da máscara que recobrem a sua natureza, será visto com muita clareza tratar-se de uma lei penal que somente em aparência teria outra natureza por não escarmentar a privação ou a restrição da liberdade. Quanto ao mais, assumiria o legislador, formal e abertamente de vez a natureza penal se designasse “Dos crimes” na lei n. 8.429/92, o Capítulo II “Dos atos de improbidade administrativa”. Mas, aí já não poderiam ser criados, como o foram, tipos escancaradamente abertos para descrever certas condutas e adicionar o advérbio “e notadamente” a produzir dúvidas semânticas, com violação da *lex certa*.

A natureza penal também pode ser extraída dos próprios termos, característica e amplamente usuais no âmbito do Direito Penal e Processual Penal, agora expressa e literalmente empregados na Lei de Improbidade Administrativa, quanto a “condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei”, “vontade livre e consciente de alcançar o resultado típico, ato doloso com fim ilícito” (art. 1º, par. 1º, 2º e 3º), com exigência da individualização da conduta imputada (art. 17, § 6º, I), indicação precisa da tipificação do ato de improbidade (artigo 17, §10-C), dever de fazer a correlação do ato imputado a um único tipo (artigo 17, § 10-D), e nulidade da sentença que condenar por tipo diverso daquele definido na petição inicial (artigo 17, §10-F, I). E para não deixar qualquer dúvida, dispor (art. 17-D) que a ação por improbidade administrativa é *repressiva*, de caráter *sancionatório*, destinada à aplicação de sanções de *caráter pessoal*, aí reafirmando o secular princípio constitucional da personalização da pena (art. 5º, XLV, da Constituição) e, para não gerar nenhum equívoco, a lei ajunta com clareza solar que “não constitui ação civil”.

A lei de improbidade tipifica condutas puníveis e estabelece sanções punitivas passíveis de aplicação a todos os agentes públicos em geral, de todos os níveis da federação, pouco importando a subsistência, ou não, do vínculo com a Administração, fenômeno que em natureza muito a identifica com a lei penal. A pena de perda de bens e valores acrescidos, ressarcimento e perda da função pública, previstos no art. 12 da lei n. 8.429/92, são também efeitos genéricos e específicos de condenação criminal (arts. 91 e 92, do Código Penal). Essa coligação de sistemas repressivos se dá não somente pelo caráter comum,

nacional e punitivo de ambas as leis, mas também porque - como ocorre com as ações penais, a correspondente ação judicial por improbidade administrativa é promovida pelo Ministério Público, legitimidade ativa que a princípio lhe foi conferida com exclusividade pelo art. 17, *caput*, da lei 14.230/21, mas o Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADIs ns. 7042 e 7043, restabeleceu a legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas.

Prevê o art. 17, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa, que a ação para a aplicação das sanções seguirá o código de processo civil, *com algumas ressalvas*. Mesclando com disposições de processo penal, assegura ao réu o direito de ser interrogado, e a recusa ou silêncio não implicar confissão (art. 17, §18), dando efetividade ao princípio da não autoincriminação. Embora a Constituição (art.5º, LXIII) restrinja a dizer que o “preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado”, o direito ao silêncio constitui apenas uma das manifestações desse princípio positivado também no art.186, parágrafo único, do Código de Processo Penal, agora especialmente estendido para a ação por improbidade administrativa, que «não constitui ação civil». Sem dúvida, uma radical guinada do legislador introduzindo também características processuais penais no modo de coerção, instituindo ferramentas para contenção do poder punitivo do Estado.

Quanto à ação de improbidade, ainda na vigência da redação original da lei n. 8.429/92 concebia-se que teria ela natureza civil porque o “processo não-penal” tem curso na jurisdição civil. Mas, ulteriores movimentos pendulares da doutrina e da jurisprudência já se afastavam daquela concepção, e lhe apon-tavam para um viés penaliforme. Em 2010, o saudoso Ministro Teori Zavascki expressava que “... se trata de uma *ação de caráter repressivo, semelhante à ação penal*, diferente das outras ações com matriz constitucional, como a Ação Popular (CF, art. 5º, LXXIII, disciplinada na Lei 4.717/65), cujo objeto típico é de natureza essencialmente desconstitutiva (anulação de atos administrativos ilegítimos) e a Ação Civil Pública para a tutela do patrimônio público (CF, art. 129, III e Lei 7.347/85), cujo objeto típico é de natureza preventiva, desconstitutiva ou reparatória”²².

Para ARNOLD WALD e GILMAR MENDES, “é inegável que a chamada ação de improbidade administrativa tem cunho civil”... e que “tais características, no entanto, fazem da ação de improbidade administrativa uma *ação civil de forte*

²² REsp n. 827.445. j. 2.2.2010, rel. Ministro Teori Albino Zavascki

conteúdo penal, e com inegáveis aspectos políticos”²³. Ainda sob a égide da lei reformada, o Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de ressaltar que “A condenação dos sentenciados pela prática das condutas descritas no art. 10, da Lei nº 8.429/92 (atos que causam prejuízo ao Erário), implica na análise do elemento subjetivo dos atos de improbidade na aplicação das penalidades restritivas e da indenização ao Erário, na qualidade de *ação penaliforme*”²⁴. Em outra oportunidade, “[...] Entendo que a ação de improbidade administrativa tem *caráter penaliforme*, pois visa essencialmente à aplicação de sanções aos agentes ímprobos, de modo que tanto a punição quanto a contagem do prazo prescricional devem ser individualizadas”²⁵. Registrou-se também que “Sempre é importante lembrar que a ação de Improbidade tem *natureza penaliforme*, embora demarcada como ação que é ajuizada com base em leis civis...”²⁶.

O legislador reformista, sem conceder literal ou expressamente natureza penal e processual penal à lei reformada, agora imprimiu característica verdadeiramente penal, não somente quanto à ação, mas quanto aos atos de improbidade administrativa, indicando aplicação à luz desses normativos. E para disfarçar essa natureza, canhestamente porque nem seria preciso designar, designou de *civil* a multa como pena (art. 12 e incisos), enquanto nem o código penal e nem outras leis repressivas fazem adjetivação das multas nelas previstas.

Se a lei não contém palavras inúteis, já no Capítulo III, o designou “Das Penas”, e não “penalidades” como normalmente seriam, e continuam sendo designadas em preceito sancionador de infrações administrativas. Ademais, estabelece “pena de demissão” (art. 13, § 3º), e orienta para a “fixação das penas” (Art. 17-C, VI), e na aplicação das sanções a ressalva quanto à “pena de ressarcimento” (art. 21, inc. I). Relevante observar também que no caso de continuidade de ilícitos, refere “a soma das penas” (art. 18-A, inc. I) e a perda de cargo ou função pública (art. 12, I e II), tais vêm simetricamente previstas no Código Penal, respectivamente, como crime continuado (art. 71) e efeito de condenação (art. 92, I).

A nova lei veio por descaracterizar a improbidade administrativa como questão pertinente à tutela dos direitos difusos. Como argutamente observam YARSHELL e SICA, notáveis expoentes do direito processual civil que, “em realidade, a ação de improbidade administrativa sempre foi instrumento inequivo-

²³ WALD, Arnold. MENDES, Gilmar. Atualizadores da obra de Hely Lopes Meirelles, Mandado de Segurança. São Paulo: Ed. Malheiros, 28ª edição, p. 215

²⁴ REsp 1463122, j. 5.8.2020, rel. Ministra Regina Helena Costa

²⁵ REsp 1840417, j. 22.4.2020, rel. Ministro Benedito Gonçalves

²⁶ REsp 1844759, j. 3.3.2020, rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

camente sancionatório, e esse elemento se apresenta ausente dos demais meios de tutela de interesses transindividuais, como a ação popular (apta a desconstituir atos administrativo e a veicular pretensão ressarcitória) e as demais ações coletivas (que abrigam, sobretudo, tutelas específicas de deveres de fazer e não fazer aptas a recompor ou cessar a ameaças ou violações a direitos coletivos em sentido amplo). Nesse contexto, a Lei nº 14.230/2021 tem por inequívoco objetivo reposicionar a ação de improbidade administrativa, afastando-a do microssistema de tutela dos interesses transindividuais e inserindo-a no amplo campo do “direito sancionador”²⁷.

Retirando-se a improbidade administrativa do campo dos interesses difusos e coletivos, foi ela introduzida no nosso sistema jurídico repressivo a ser veiculada por uma ação *sui generis*. Se a ação que veicula pretensão de condenação por improbidade administrativa, em amplo senso e por expressa disposição legal “não constitui ação civil” (art. 17-D), e se obviamente não constitui ação manejável no campo trabalhista, eleitoral e militar, tem-se residualmente e dentre as alternativas existentes, que somente poderá se classificada como “ação penal”, mas que estranhamente tem curso na jurisdição civil.

Por último, neste tópico, cabe uma pequena abordagem. O art. 21,§ 4º da Nova Lei, dispõe: “A absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Código de Processo Penal”. Abstraem-se aqui discussões e muitas controvérsias que podem ser vislumbradas em face da redação desse dispositivo, e de sua interpretação quanto à influência da absolvição criminal fora dos critérios tradicionais dos arts. 65 e 66, do Código de Processo Penal, e art. 935, do Código Civil. De uma certa maneira, reafirma o *ne bis in idem* aplicado no campo das consequências jurídicas da infração, embora a rigor o princípio devesse se projetar desde o momento de criação das normas sancionadoras e construção dos tipos de ilícitos. Conquanto a lei queira estabelecer distinção entre ação penal e “ação da qual trata esta Lei”, em última análise dela pode ser inferida que, na busca de uma solução justa e única, confere tratamento objetivo idêntico à improbidade administrativa e ao crime pelo qual o autor recebeu absolvição por qualquer um dos fundamentos legais, exatamente pela identidade concomitante “dos mesmos fatos”.

²⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. SICA, Heitor Vitor Mendonça, in <https://www.conjur.com.br/2022-jan-26/yarshell-sica-reposicionamento-acao-improbidade#author>

5. IRRETROATIVIDADE DA LEI. RETROATIVIDADE *IN MITIUS* DA LEI N. 14.230/21

Conforme disposição do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, “A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”²⁸. Uma lei nova é criada para fatos futuros, mas se ela atingir fatos consumados na vigência da lei anterior, está proibida a retroatividade. Esse critério é muito objetivo, pelo qual a norma posterior prevalece sobre a norma anterior, assim como a especial prevalece sobre a geral. A questão da aplicabilidade de uma ou outra norma (anterior e posterior) surge em face dos fatos pendentes e da inexistência de retroatividade tácita. Assim, no direito de transição, presentes duas normas que seriam aplicáveis à mesma situação fática por serem sucessivos no tempo, é necessário optar por uma delas.

Um dos critérios para a escolha é aquele do princípio da *lex posterior derogat priori*, que é regra e bastante lógico. Outro critério, por exceção, é a retroatividade *in mitius* traduzido em lei por uma ficção e considerações de ordem ética e política. Tradicionalmente, no âmbito penal, a questão se funda em considerações de equidade e de humanidade, e juridicamente decorre do princípio da necessidade das penas. O princípio da irretroatividade de uma lei penal baseia-se no princípio da legalidade das infrações e das penas. A conduta punível deve ser determinada previamente para que a lei cumpra sua função de generalidade e proteja a todos. No âmbito administrativo, traduz em segurança jurídica essencial que visa proteger determinadas situações jurídicas suscetíveis de criar direitos a favor dos cidadãos.

O princípio da irretroatividade do direito penal mais severo contribui para a previsibilidade do direito penal e também se relaciona com o combate à arbitrariedade que se reflete no princípio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. A primeira formulação histórica do princípio, contida no artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, e muito tempo depois adquiriu implicitamente valor constitucional a partir de decisões do Conselho Constitucional francês. Além de sancionar definitivamente o princípio da não retroatividade das disposições legislativas penais mais severas, por outro lado alargou o seu âmbito de aplicação, em grande parte pelo fenômeno da constitucionalização de todas as questões ditas repressivas, e como conse-

²⁸ Decreto-Lei n.4.657/1942, designada Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, alterado pela Lei n. 12.376/2010 renomeada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

quência, a extensão dos princípios constitucionais determinando a aplicação de uma pena a todas as sanções que tenham um caráter de punição.

Se o legislador adota uma nova lei mais branda é porque a velha lei já não é necessária para a defesa da sociedade. Esse, o fundamento do princípio da retroatividade *in mitius* ou *leges favorabiles*. Deste princípio decorre a regra segundo a qual o novo direito, quando revoga uma infração penal, ou a restringe, ou prevê penas menos severas do que a antiga lei, aplicam-se aos autores de infrações cometidas antes de sua entrada em vigor.

Embora a irretroatividade seja princípio de valor absoluto, e a exceção seja a aceitação da retroatividade de lei penal mais branda (art. 2º e parágrafo único, do Código Penal), no âmbito do direito administrativo ainda hoje persiste no nosso meio jurídico a controvérsia sobre se essas garantias, constitucionais e legais, também devam, ou não, ser aplicadas quanto às infrações e sanções punitivas em matéria administrativa, sob fundamento que a Constituição é expressa quanto à lei penal (art. 5º, XL), polêmica que vem agora estendida quanto à lei n. 14.230/21 de alteração da Lei de Improbidade Administrativa, que embora pudesse ser expressa, foi silente quanto à sua retroatividade. E isso não raramente ocorre porque o nosso legislador, muitas vezes pressuroso para atender às demandas populistas e atrair para si as luzes da fama, além de comodamente não se acautelar em face de dúvidas supervenientes, e nem prever os seus efeitos, nem sempre parece se preocupar com a segurança jurídica delas.

Nem sempre é fácil delinear maior brandura de uma nova lei, a exemplo da n. 14.230/21 em foco; mas, com reformar largamente a trintenária lei de improbidade administrativa, dentre outros se destacam: *a)* extinção da improbidade culposa, até então excepcionalmente prevista no art. 10, e exigir, em qualquer hipótese, a conduta dolosa do agente (art. 1º, § 1º); *b)* revogação dos incisos I, II, IX e X do art. 11 e, com a alteração, os seus incisos passam a ser taxativos e não exemplificativos; *c)* para configuração da improbidade não basta a voluntariedade do agente, e dando particular relevo ao elemento subjetivo na conduta do agente, não mais se contenta com o dolo genérico na realização dos tipos de improbidade, passando a exigir o *plus* de dolo específico (art. 1º, § 2º), informado pela especial intenção do agente em alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11, que deve ser demonstrado nas ações de improbidade ainda em curso, mesmo porque, nos termos do art. 17, § 6º, II, dentre outras exigências, a petição inicial será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado, e que deverá ser analisado pelo juiz para formação de sua convicção (art.21, § 2º). Essas são, dentre outras, razões bastantes para concluir ser ela benéfica e, por-

tanto, de aplicação retroativa. Em caso de dúvida ou indeterminação, o próprio imputado poderá ser consultado -como o faz alguns sistemas estrangeiros²⁹ - para confirmá-la, ou não.

Arrefeceram-se os argumentos quanto à retroatividade da nova lei que afrontaria princípios constitucionais de combate à corrupção, e com isso a violação à vedação de retrocesso à tutela dos direitos humanos. Ainda que a probidade seja direito fundamental da sociedade à boa administração, é inadequado argumentar com violação do princípio da proibição de regresso de modo a impedir aplicação da *lex mitius*. Esse raciocínio representaria uma *reductio ad absurdum* ao impor ao legislador, sem fundamento jurídico sério, iniciativas *necessariamente* cada vez sempre mais severas, contra autores de ilícitos penais ou administrativos. Ao contrário do que se pensa, não há essa proibição porque a nova norma não trata de revogação ou redução do grau de concretização de *direitos sociais* que tenham sido regulamentados, sem criação de alternativas compensatórias e benéficas. Além disso, a repressão de condutas ilícitas sempre pôde ser amenizada ou desconstituída pelo direito posterior, e nunca foi mencionado que isso importasse em *retrocesso* ou *regresso*, tratamento que não pode ser diverso para condutas ditas ímprobas ou criminosas. Não se submete a nova lei, que não versa questões sociais, a esse princípio, posto veicular direito punitivo do Estado contra o servidor. Aliás, decorre do próprio sistema do direito constitucional a contenção do arbítrio desse poder. E pela retroação benéfica aplica-se aos casos em curso e já foram definitivamente julgados.

A questão acerca da retroatividade, ou não, da lei n. 14.320/21, foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal em setembro de 2022 no julgamento do ARE nº 843.989/PR (Tema nº 1.199), concluindo pela sua retroatividade *somente* nos casos de improbidade culposa, por exigência de dolo para configuração de qualquer ato de improbidade, e cujos processos judiciais estejam em curso. Importantes observações podem ser feitas da decisão. Uma delas é a afirmação que a Lei de Improbidade Administrativa está no campo do Direito Civil (ministros Luiz Fux e Cármen Lúcia). Esse entendimento, pode-se dizer extraído com esforço hercúleo, quando muito pareceria adequado em face das disposições primitivas da lei de improbidade, e assim mesmo se o Direito fosse compartilhado apenas em civil e penal, sem contar o administrativo. Todavia, como

²⁹ *e.g.*, o Código Penal da Espanha dispõe em seu art. 2.2 que “No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. **En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo.** Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario”.

adverte RANDO CASERMEIRO, professor na Universidad de Sevilla, analisando o ponto em face do princípio da fragmentação, “as construções restritivas do direito penal sobrepõem *jus puniendi* e direito penal, obviando a existência de um direito administrativo sancionador que conforma uma parte essencial do direito punitivo. É por isso que o subsistema punitivo administrativo não deveria ser tratado analiticamente junto ao direito civil ou ao estabelecimento de políticas de prevenção em níveis de controle primários, para dar dois exemplos frequentemente citados como alternativas menos danosas ao direito penal. Ao contrário, seu pertencimento ao gênero comum *direito punitivo* o aproxima do direito penal”³⁰.

Portanto, não dar retroatividade sob fundamento que a lei de reforma está no campo do Direito Civil, parece descuidar a questão de fundo, não somente quanto à natureza da lei de improbidade administrativa, mas sobretudo quanto à natureza punitiva das sanções nela previstas. É certo que dúvidas são suscitadas e incertezas se assomam ao não se depreender com clareza, se a sanção teria natureza penal ou não-penal, quando mais fácil seria a opção de resolver, dando-lhe, residualmente, natureza civil. Em matéria de direito punitivo, em caso de dúvida, a interpretação deve ser sempre dirigida em favor do agente que sofre a imputação. Essa regra não se aplica apenas aos tribunais quanto a sanções penais, mas também a sanções administrativas punitivas, inclusive disciplinares.

A ação que veicula pretensão punitiva em face de ato de improbidade administrativa, não tem expressa característica penal, por isso não é ajuizada na jurisdição penal, e a improbidade administrativa não seria crime porque a ação é ajuizada na jurisdição civil. Mas, a despeito dessa notável petição de princípio, não se pode negar ou hesitar que a pretensão nela inserida tem finalidade punitiva. Por outro, se de lei civil (ou não-penal) se tratasse, a lei de reforma bem possivelmente não admitiria ou autorizaria nenhuma retroatividade, muito menos *in mitius*. Sintomaticamente, muito importante ressaltar que o julgado da Corte máxima, ao dar retroatividade à nova lei porque os atos culposos deixaram de ser tipificados como improbidade administrativa, iniludivelmente lhe dá natureza penal (*abolitio criminis*) ou, quando menos, lhe dá natureza penali-forme de maneira a justificar a *abolitio improbitatis*.

Por outro, a afirmação naquele julgado, que a norma constitucional refere-se apenas à lei penal, interpretando-a literalmente e de maneira altamente restri-

³⁰RANDO CASERMEIRO, Pablo. La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Valencia: Tirant lo Blanch. 2010, p. 377/8

tiva para não reconhecer efeito retroativo da Lei de reforma (Ministra Rosa Weber), por tudo quanto já foi dito, privilegia a aparência, ao invés da essência do direito. E a afirmação que a lei de improbidade administrativa está no âmbito do direito administrativo sancionador, e não do direito penal (Ministro Alexandre de Moraes), em realidade não nega; antes, confirma o caráter punitivo que nela se insere, com muita evidência, nas infrações e penas nela previstas. A visão sistêmica do direito, se não veda, aconselha evitar aplicar parcialmente uma lei.

É certo que o Direito Administrativo Sancionador não vem cercado do garantismo reconhecido no secular Direito Penal, o que é uma forte razão para gerar dúvidas sobre o intercâmbio de princípios. Porém, nos tempos de um processo mais democrático, as diferenças quanto aos direitos e garantias dos sistemas sancionatórios vêm sendo reduzidas, até mesmo por conta de funcionamento parecido entre eles, como se vê às claras pelas referidas alterações inseridas na Lei de Improbidade Administrativa. Definitivamente, e deve ser incontroverso, tratar-se duma lei punitiva. Assim, desde que uma medida tenha característica punitiva, predominantemente repressiva de uma pessoa, qualquer que seja a sua significação, não devem ser ignorados os princípios gerais e fundamentais do Direito Penal, e dentre eles, principalmente aquele com assento constitucional, o da retroatividade da lei (mais) benéfica (art. 5º, inciso XL, da Constituição), o que afasta a ideia muito simplista e restrita que a retroatividade benéfica fosse aplicável apenas no campo do direito estritamente penal.

Observa FRANCK MODERNE, então professor da Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne) que o princípio da retroatividade das leis de repressão administrativa mais branda parece ser o corolário do princípio da irretroatividade das leis mais severas, nem sempre encontra, no entanto, proteção constitucional. E abordando a questão em torno da Constituição da Espanha, anota que “O juiz constitucional espanhol, por exemplo, recusa-se a considerar, do artigo 25.º-1 da Constituição³¹, que os cidadãos têm direito fundamental à aplicação retroativa de uma lei (penal ou não penal) mais favorável do que a lei anterior. Conclui-se que o recurso de amparo (que diz respeito aos direitos fundamentais) não pode ser utilizado para obter o benefício de uma lei que contenha incriminações ou sanções administrativas menos severas do que as leis existentes. Mas, tal afirmação deve ela mesma ser relativizada: o princípio da retroatividade das disposições legislativas repressivas aparece, nos termos

³¹ Artículo 25. 1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

do artigo 9.º-3³², entre os princípios constitucionais (basta usar um raciocínio *a contrario*), mas não como um direito fundamental. Como proteção constitucional é, portanto, reduzida”³³.

Mesmo para quem esse princípio constitucional não devesse ser estendido para o âmbito da repressão administrativa, a exemplo de GEORGE DELLIS, professor e magistrado junto à então Corte de Justiça das Comunidades Europeias, dissertando sobre a retroatividade *in mitius*, ensinava que “A observância do princípio em questão quanto à repressão administrativa não deve mais ser contestada; deve-se, no entanto, reconhecer que tem valor infralegislativo, uma vez que ainda não foi consagrado pelo juiz constitucional fora do direito penal”³⁴. Entre nós, DANIEL FERREIRA, professor de Direito Administrativo em Curitiba, pontua que “Não obstante se apresente na Constituição Federal da República Federativa do Brasil como uma aparente possibilidade, e não como uma imposição, a retroação da lei mais benigna em matéria sancionadora é um direito do sancionado ou, até mesmo, do acusado, qualquer que tenha sido o ilícito praticado ou imputado”³⁵.

Assim, alinhados à mais profunda compreensão do direito essencial, as normas no campo do direito administrativo sancionador são equiparadas às normas penais (Ministro Ricardo Lewandowski), e que a semelhança entre os sistemas de persecução de ilícitos administrativos e criminais (Ministro Gilmar Mendes) permite a retroatividade da lei. Nessa base de raciocínio, há quase quarenta anos, a emérita juspenalista professora DELMAS-MARTY, do Collège de France, recentemente falecida, já ensinava que “tanto a repressão administrativa como a repressão criminal pertencem à matéria penal na acepção da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”³⁶.

Também rege o princípio da retroatividade da lei benéfica ao infrator no Direito Administrativo Sancionador, inclusive ainda que a nova lei mais favorável entre em vigor quando já esteja cumprindo a sanção administrativa. Isso porque, como

³² Artículo 9. 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

³³ MODERNE, Franck. *Sanctions Administratives et Justice Constitutionnelle*. Paris: Economica. 1993, p. 262

³⁴ DELLIS, George. *Droit Pénal et Droit Administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*. Paris: L.G.D.J., E.J.A. et George Dellis, Ed. 1997, p.292

³⁵ FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001, p. 138.

³⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. *Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain*. Paris: Ed. Dalloz, 1986, p. 27

antes mencionado, tanto o Direito Penal como o Direito Administrativo Sancionador são manifestações do *jus puniendi* do Estado, compartilhando princípios comuns de seu exercício, no qual se materializa em Direito Penal, quando se trata de repreender condutas tipificadas como delitos, e no Direito Administrativo Sancionador para correção de outros ilícitos de menor gravidade.

A punição do agente público, seja disciplinarmente pela Administração, seja penalmente por Tribunal Criminal, ou seja, em improbidade por Tribunal Civil, repousam sobre o mesmo fundamento, pelo que haverá de ser aplicado o mesmo direito. Hermeneuticamente, *“ubi eadem ratio ibi idem jus”*. Assim, do princípio constitucional da irretroatividade penal, se lhe segue o da retroatividade benigna da nova lei, que em semelhança é imediatamente aplicável às sanções administrativas punitivas. Por sua natureza e seus efeitos, a responsabilização disciplinar do agente público tem caráter penal e as sanções disciplinares, quando impostas pelos tribunais, são penas.

O Conselho Constitucional francês, que exerce jurisdição notadamente de controle de conformidade da lei à Constituição, no já longínquo ano 1982 decidiu que: “Considerando que o princípio da irretroatividade assim formulado não diz respeito apenas às penas aplicadas pelos tribunais penais, mas *estende-se necessariamente a qualquer sanção que tenha caráter sancionatório*, ainda que o legislador julgue necessário deixá-la a cargo da pronúncia a uma autoridade não judicial”³⁷. Comentando essa decisão, MICHEL DEGOFFE, então professor de direito público na Universidade de Reims, após observar que a punição é uma sanção, mas nem todas as sanções são punições, exaltou que “essa motivação brilha por sua clareza: há sanções que não têm o caráter de punição. Os princípios do direito penal que se aplicam às penas mesmo que pronunciadas por uma autoridade administrativa não se aplicarão necessariamente às sanções não punitivas”³⁸.

Em 2007, em julgamento de questão não propriamente de natureza disciplinar, mas administrativa envolvendo uma empresa privada, o Conselho de Estado francês decidiu lembrando que a norma decorrente do artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 “segundo a qual a nova lei penal deve, quando revoga uma incriminação ou prevê menos penas menos severas do que a lei anterior, aplicar-se aos autores de infrações cometidas antes da sua entrada em vigor e que não tenham dado origem a condenações transitadas em

³⁷ Conseil Constitutionnel, 30 décembre 1982, n° 82-155 DC (pesquisa on line)

³⁸ DEGOFFE, Michel. Droit de la sanction non pénale. Paris: Ed. Economica, 2000, pp. 28/29

julgado (...) aplica-se não só às sentenças proferidas pelos tribunais penais, mas também às sanções administrativas”³⁹.

De natureza administrativa, também o é a sanção disciplinar. A aceitação do princípio da retroatividade *in mitius*, se agora alargado às sanções administrativas punitivas, segue-se que, em semelhança e *a fortiori*, deve ser considerado aceitável para a punição disciplinar, espécie daquelas. A sua natureza, se não estritamente de sanção penal, certamente dela se aproxima, levando-se em consideração que a punição tem caráter estigmatizante e consequências danosas, morais e materiais, para o futuro do servidor público, como são as penas previstas na lei de improbidade administrativa, sobretudo de perda da função pública, suspensão de direitos políticos e multa civil.

No direito belga, também em 2007, analisando especificamente a questão sob o prisma da sanção disciplinar, já doutrinavam os professores RENDERS e ANDERSEN, da Universidade Católica de Louvain, observando que “o artigo 7º, n. 1, da Convenção para a proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais dispõe, em particular, que “nenhuma pena será imposta maior do que aquela que era aplicável no momento em que o delito foi cometido”. Decorre da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que a sanção administrativa – incluindo a sanção disciplinar – é suscetível de integrar o âmbito de aplicação do artigo 7.º”, e também que “o artigo 15, n. 1, do Pacto Internacional sobre os direitos civis e políticos se expressa em termos, por assim dizer, idênticos. No entanto, acrescenta: “se, na sequência desta infração, a lei prevê a aplicação de pena mais leve, o infrator deve dela se beneficiar”. A jurisprudência parece considerar que o artigo 15.º é suscetível de incluir também a sanção administrativa – incluindo a sanção disciplinar – no seu âmbito de aplicação⁴⁰.

JACQUES MOURGEON, em tese de doutorado na Universidade de Toulouse, há mais de cinquenta anos considerava que nada impede a aplicação do princípio da retroatividade em matéria administrativa - como em matéria penal - dado que a legalidade nos serviços públicos não impede a atenuação da sanção disciplinar por analogia, prevista na lei no momento da prática do delito. Da mesma forma, a retroatividade de uma lei mais branda não é contrária ao princípio da legalidade, mas dá mais vantagem em termos de justiça e equidade⁴¹. Em face da máxima relevância do princípio da retroatividade *in mitius*, já em

³⁹ Conseil d’État, 16 novembre 2007, Section du Contentieux, n. 289184 (pesquisa on line)

⁴⁰ RENDERS, David et al, *in* ANDERSEN. Robert. Les sanctions administratives. Bruxelles: Ed. Bruylant, 2007, pp. 182 e 183

⁴¹ MOURGEON. Jacques. La répression administrative. Paris: Ed. L.G.D.J., 1967, pp. 117 e 118.

1996 o Tribunal Constitucional do Chile concluíra que “os princípios inspiradores da ordem penal contemplados na Constituição Política da República devem ser aplicados, por regra geral, ao direito administrativo sancionador, posto que ambos são manifestações do *jus puniendi* próprio do Estado”⁴².

Mais extensivamente, anota ROMÁN CORDERO, professor de Direito na Universidad de Chile, que “A doutrina majoritária sustenta que os princípios penais devem ser aplicados ao Direito Administrativo Sancionador, porém não de forma matizada, senão no sentido originário deles. Trata-se, em consequência, de aplicar princípios penais ao Derecho Administrativo Sancionador ao *modo penal*. Por ele, não é estranho constatar que muitos autores não utilizem a expressão Direito Administrativo Sancionador, a qual ressalta o caráter autônomo desta matéria, senão a expressão Direito Penal Administrativo, como um ramo do Direito Penal”⁴³.

Por fim, na doutrina nacional, teorizando sobre a aplicação da norma sancionadora, OSÓRIO observa que “O desafio mais difícil consiste em interpretar o silêncio legal na cadeia de normas sucessivas. Uma norma sancionadora mais favorável nada dispõe sobre o tema, deixando ambígua sua posição. E os valores por ela tutelados são relativamente estáveis, daqueles que demandam políticas públicas punitivas coerentes e centradas em escolhas racionais, dotadas de vocação à estabilidade, o que revelaria, *a priori*, vocação à retroatividade. Em tais casos, não há dúvidas que as normas retroagem, como se fosse o próprio Direito Penal, na busca de salvaguardar critérios de justiça e segurança, em homenagem ao tratamento simétrico com a outra principal vertente do Direito Punitivo. Essa retroatividade está amparada na cláusula constitucional do devido processo legal e nos valores ali abrigados”⁴⁴.

Outros aspectos relevantes da nova Lei n. 14.230/2021 podem ser notados: a) suprimiu as sanções de perda da função e suspensão dos direitos políticos, por ato ímprobo que viola princípios da administração pública (art. 11); b) a imputação de improbidade do art. 11, *caput*, cujos fatos não encontrem tipificação nos seus incisos, não subsiste. No julgamento do Tema 1.199, o Supremo Tribunal Federal, a partir de caso em que envolvia imputação por improbidade culposa perpetrada antes da reforma, embora tenha concluído pela aplicação da

⁴² Jurisprudência Constitucional, Tomo III y IV, rol n. 244-1996, p. 632 (consulta on line).

⁴³ ROMÁN CORDERO, Cristian. Derecho Administrativo Sancionador: ¿Ser o no ser? He ahí el dilema. In Derecho Administrativo – 120 años de cátedra, coordinador Rolando Pantoja Bauzá. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 134

^a OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p.271.

nova lei retroativamente aos *atos culposos*, em realidade não analisou a retroatividade da lei em face de todas as situações e circunstâncias em que ela pode se apresentar benéfica ao autor, sobretudo quanto aos atos dolosos. Tem-se que a nova *legis favorabilis* não deva ter lugar somente quanto à improbidade culposa, e sim para ser aplicada por inteiro a todos os atos tipificados como improbidade administrativa. Impõe-se a aplicação da retroatividade benéfica apta a atingir condenações pronunciadas sob a égide do regime antigo, inclusive que estejam sob o manto da coisa julgada material (*abolitio improbitatis*).

A retroatividade da nova lei, seguindo idêntico raciocínio, também deve ser aplicada à prescrição. A Constituição Federal estabeleceu em seu art. 37, § 5º, que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento. Tem-se, nessa conformidade, que o ressarcimento ao erário, sobre não ter caráter punitivo, seria apenas reposição ao *statu quo ante*. Acrescentou-se no seu art. 5º, LXXVIII, que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

No âmbito penal, a prescrição é a perda da pretensão punitiva ou executória do Estado em razão de sua inércia e pelo decurso do tempo, funcionando como uma causa de extinção da punibilidade de um crime ou contravenção (artigo 107, inciso IV, do Código Penal). O direito à prescrição vem reconhecido como um dos direitos fundamentais, posto que o prolongamento injustificado da persecução afronta a dignidade da pessoa humana. De um lado tem-se o poder/dever do Estado em exercer o *jus puniendi*; de outro, a prescrição como direito público indisponível, de observância obrigatória.

Embora o julgado do Supremo Tribunal Federal, anteriormente mencionado, tenha reconhecido a retroatividade *in mitius* para não mais punir os atos culposos de improbidade, decidiu-se ali que “o novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é irretroativo, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei”. Contudo, a retroatividade penal benéfica há de ser em tudo aplicável às improbidades administrativas. Por não se admitir interpretação e nem aplicação da lei em tiras, deve aplicar-se também à prescrição, ainda que intercorrente. A sua natureza jurídica é de direito penal material, de ordem pública, e forma de *extinção de punibilidade do agente*. A questão não se cinge ao argumento de possível incúria do Estado ou sua renúncia em exercer o *jus puniendi*. A pretensão de condenar o agente por improbidade administrativa é de interesse público, e a prescrição aí, semelhantemente à prescrição penal, é

ordenada em favor do agente em face desse interesse, e por isso mesmo reconhecível de ofício (art. 23, § 8º).

Concluindo. Com a reforma introduzida pela lei n. 14.230/2021, alterando significativamente na sua essência a estrutura da lei n. 8.429/92, os tipos de improbidade e as respectivas sanções nela previstos já não têm mais natureza *penaliforme* como se entendia sob a égide da lei em sua versão original. Continua não trazendo o rótulo, mas têm indisfarçável natureza penal, e como tal merece ou deve ser amplamente tratada.

(Dedico este artigo ao amigo Juiz Osni Assis Pereira, *in memoriam*)

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

DE LEÓN VILLALBA. Francisco Javier. Acumulación de sanciones penales y administrativas. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., 1998

DEGOFFE, Michel. Droit de la sanction non pénale. Paris: Ed. Economica, 2000

DELLIS, George. Droit Pénal et Droit Administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif. Paris: L.G.D.J., E.J.A. et George Dellis, Ed. 1997

DELMAS-MARTY, Mireille. Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain. Paris: Ed. Dalloz, 1986

DOBKINE, Michel. L'Ordre répressif administratif: Paris: Dalloz, 1993

FERREIRA, Daniel. Sanções Administrativas. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001

HUNGRIA, Nelson. *Ilícito Administrativo e Ilícito Penal, Novas questões Jurídico-penais*. Rio de Janeiro: END, 1945

JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Ed. Bosch, 1978

JÈZE, Gaston. *Princípios Generales del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Depalma, trad. argentina da 3.^a edição francesa, 1948

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A., 1950, Tomo I e Tomo II

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo : Martins Fontes, 1998

MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Ed.Saraiva, 1954, vol. II

MARRARA, Thiago. *Atos de Improbidade: Como a lei nº 14.230/2021 modificou os tipos infrativos da LIA?*, Revista Digital de Direito Administrativo, USP. <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v10i1p162-178>

MODERNE, Franck. *Sanctions Administratives et Justice Constitutionnelle*. Paris: Economica, 1993

MOURGEON, Jacques. *La répression administrative*. Paris: Ed. L.G.D.J., 1967

NIETO GARCIA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos, 1993

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009

RANDO CASERMEIRO, Pablo. *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010

RENDERS, David. ANDERSEN, Robert. Les sanctions administratives. Bruxelles: Ed. Bruylant, 2007

ROMÁN CORDERO, Cristian. Derecho Administrativo Sancionador: ¿Ser o no ser? He ahí el dilema. *In* Derecho Administrativo – 120 años de cátedra, coordinador Rolando Pantoja Bauzá. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008

WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán (Parte General): Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976, 11^a. Edição

YARSHELL, Flávio Luiz. SICA, Heitor Vitor Mendonça, in <https://www.conjur.com.br/2022-jan-26/yarshell-sica-reposicionamento-acao-improbidade#author>

Submissão: 09.agosto.2023

Aprovação: 11.setembro.2023