

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Leonardo Lucas Dias

**A MITIGAÇÃO DA INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS PENAL E
ADMINISTRATIVA SOB A PERSPECTIVA DA NOVA DISCIPLINA DA LEI DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.**

Florianópolis

2022

Leonardo Lucas Dias

A MITIGAÇÃO DA INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA SOB A PERSPECTIVA DA NOVA DISCIPLINA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Pedro de Menezes Niebuhr, Dr.

Florianópolis

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Dias, Leonardo Lucas

A Mitigação da Independência entre as Instâncias Penal e Administrativa sob a Perspectiva da Nova Disciplina da Lei

de Improbidade Administrativa. / Leonardo Lucas Dias ; orientador, Pedro de Menezes Niebuhr, 2022.

108 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Improbidade Administrativa. 3. Direito Administrativo Sancionador. 4. Independência entre Instâncias. I. Niebuhr, Pedro de Menezes. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

Leonardo Lucas Dias

A MITIGAÇÃO DA INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA SOB A PERSPECTIVA DA NOVA DISCIPLINA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

Este Trabalho Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do Título de “Bacharel” e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito.

Florianópolis, 13 de junho de 2022.

Prof. Luiz Henrique Urquhart Cademartori, Dr.
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof. Pedro de Menezes Niebuhr, Dr.
Orientador

Edinando Luiz Brustolin, Me.
Avaliador

Rafael Barreto da Silva, Me.
Avaliador

Marcelo Harger, Dr.
Avaliador

"A coisa mais difícil é a decisão de agir. O resto é meramente tenacidade. Os medos são tigres de papel. Você pode fazer o que decidir fazer. Você pode agir para mudar e controlar sua vida e o procedimento. O processo é a sua própria recompensa."

(Amelia Earhart, 1897-1937)

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Pedro de Menezes Niebuhr, por generosamente alimentar em mim o interesse pelo Direito Administrativo e processual administrativo; por me proporcionar enriquecedores e inspiradores debates em suas aulas; por compartilhar comigo seus excepcionais conhecimentos e por direcionar, com excelência, esta pesquisa.

Agradeço aos membros da banca, Me. Edinando Luiz Brustolin, Me. Rafael Barreto da Silva e Dr. Marcelo Harger por gentilmente terem aceitado o convite de avaliação da minha monografia e pelas considerações que, indubitavelmente, engrandecerão este trabalho.

Agradeço aos meus pais, Ildemar e Valda, pela vida e amor ilimitado, sempre mostrando, com muito carinho, o caminho certo a ser seguido. Também pelo incentivo emocional e financeiro, sempre dispostos a me ajudar em qualquer situação.

Agradeço aos meus irmãos, Francine e Derkian, por sempre se mostrarem grandes incentivadores na minha trajetória acadêmica e profissional. Devo a eles a grata escolha do curso de Direito.

Agradeço especialmente à minha namorada, Julia, por todo o apoio prestado e toda a companhia nessa trajetória dos últimos anos de graduação. Obrigado por entender minha ausência e meus momentos de angústia. Teu abraço acalentador me proporcionou alívio e calma quando a preocupação e ansiedade tomavam conta dos meus pensamentos.

Agradeço aos meus nobres colegas do escritório de advocacia Fey Probst & Brustolin – agora denominado Bessa Neto & Brustolin –, em especial aos Drs. Marcos Fey Probst, Edinando Brustolin, Luis Bessa Neto e André Jannis, por todos os ensinamentos (não somente jurídicos) e por despertarem em mim o interesse pela advocacia e pelo Direito Administrativo. Sempre possuirei respeito e estima por todos.

Agradeço aos meus colegas de graduação, Aliathan Martins, Henderson Maciel e Lucas Reich, por todos os momentos de estudo e descontração durante os felizes cinco anos de Universidade Federal de Santa Catarina.

Por fim, agradeço aos meus grandes amigos do grupo PGP, por me proporcionarem infindáveis momentos felizes em minha vida e por entenderem minha ausência durante os últimos tempos.

A todos, meu muitíssimo obrigado!

RESUMO

A presente monografia possui como temática central a mitigação do princípio da independência entre as instâncias penal e administrativa à luz das alterações introduzidas pela Lei 14.230/2021 na Lei de Improbidade Administrativa. Dessa forma, como plano de fundo, o objeto é inserido no contexto fenomenológico da multiplicidade sancionatória estatal, na medida em que o Estado (detentor do *ius puniendi*) dispõe de um plural espectro de vertentes sancionatórias que se fazem valer sobre o mesmo sujeito em razão de uma mesma conduta antijurídica. Nesse sentido, a problemática exsurge sob a forma do seguinte questionamento: “a ação penal e seus resultados (condenação ou absolvição) podem interferir na ação de improbidade administrativa com objeto semelhante – mitigando-se a independência constitucional entre ambas as instâncias sancionadoras?”. Isso posto, o objetivo geral é demonstrar que, ante a inegável proximidade entre Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal, o forte axioma da independência entre instâncias deve ser *relativizado* para que seja adotado um enfoque conjunto e integrado no campo da política sancionadora. Para tanto, foi empregada a metodologia dedutiva, partindo-se de uma revisão bibliográfica e jurisprudencial acerca da aproximação entre o Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal, passando-se pela abordagem da improbidade administrativa e as alterações advindas da Lei 14.230/2021, para finalizar com a análise específica da mitigação da independência entre instâncias na seara da improbidade. Os resultados revelam a necessidade de relativizar o referido mantra – outrora assumido para ceifar a proporcionalidade e razoabilidade sancionatória –, para que o julgador da ação de improbidade administrativa, utilizando-se das lentes da *proporcionalidade*, volte os olhos para as decisões advindas de outras esferas punitivas (mormente a penal) e aplique a regra de comunicabilidade dos fundamentos penais absolutórios e a regra da compensação de sanções de mesma natureza.

Palavras-chave: Princípio da independência entre instâncias. Direito Administrativo Sancionador. Improbidade Administrativa. Direito Penal.

ABSTRACT

This monograph has as its central theme the mitigation of the principle of independence between the criminal and administrative bodies in light of the changes introduced by Law 14.230/2021 in the Administrative Improbability Law. In this way, as a background, the object is inserted in the phenomenological context of the multiplicity of state sanctions, insofar as the State (holder of the *ius puniendi*) has a plural spectrum of sanctioning aspects that apply to the same subject due to of the same unlawful conduct. In this sense, the problem arises in the form of the following question: “can the criminal action and its results (conviction or acquittal) interfere in the action of administrative improbity with a similar object – mitigating the constitutional independence between both sanctioning bodies?”. That said, the general objective is to demonstrate that, given the undeniable proximity between Sanctioning Administrative Law and Criminal Law, the strong axiom of independence between instances must be relativized so that a joint and integrated approach is adopted in the field of sanctioning policy. To this end, the deductive methodology was used, starting from a bibliographic and jurisprudential review about the approximation between Sanctioning Administrative Law and Criminal Law, passing through the approach of administrative improbity and the changes arising from Law 14.230/2021, to finish with the specific analysis of the mitigation of independence between instances in the area of improbity. The results reveal the need to relativize the aforementioned mantra - once assumed to reap proportionality and sanctioning reasonableness -, so that the judge of the administrative improbity action, using the lens of proportionality, turns his eyes to the decisions coming from other spheres. punitive (especially criminal) and apply the rule of communicability of absolute criminal grounds and the rule of compensation for sanctions of the same nature.

Keywords: Principle of independence between instances. Sanctioning Administrative Law. Administrative Dishonesty. Criminal Law.

RESUMEN

Esta monografía tiene como tema central la mitigación del principio de la independencia entre los órganos penales y administrativos a la luz de los cambios introducidos por la Ley 14.230/2021 en la Ley de Improbidad Administrativa. De esta manera, como trasfondo, el objeto se inserta en el contexto fenomenológico de la multiplicidad de sanciones estatales, una vez que el Estado (titular del *ius puniendi*), debido a la pluralidad de segmentos punitivos que posee, termina por aplicar a un mismo sujeto diversas sanciones por razón de la misma conducta ilícita. En ese sentido, el problema se plantea en el siguiente cuestionamiento: “¿puede la acción penal y sus resultados (condenación o absolución) interferir en la acción de improbidad administrativa que tenga un objeto similar – atenuando la independencia constitucional entre ambos órganos sancionadores?”. Dicho esto, el objetivo general de este trabajo es demostrar que, dada la innegable proximidad entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal, debe relativizarse el fuerte axioma de la independencia entre instancias para que se adopte un enfoque conjunto e integrado en el ámbito de la política sancionadora. Para ello se utilizó la metodología deductiva, partiendo de una revisión bibliográfica y jurisprudencial sobre la aproximación entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal, pasando por el enfoque de la improbidad administrativa y las modificaciones derivadas de la Ley 14.230/2021, para finalizar con un análisis específico sobre la atenuación de la independencia entre instancias en el ámbito de la improbidad. Los resultados revelan la necesidad de relativizar el mencionado tema – que ha sido adoptado para cosechar la proporcionalidad y la razonabilidad sancionadora –, para que el juez encargado de la acción administrativa de improbidad, respaldado en la proporcionalidad, vuelva su mirada a las decisiones provenientes de otras esferas punitivas (especialmente la penal) y, con eso, transfiera la fundamentación de absolución penal utilizada y aplique la regla de la compensación por sanciones de la misma naturaleza.

Palabras clave: Principio de la independencia entre instancias. Improbidad Administrativa. Derecho Administrativo Sancionador. Derecho Penal.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
BACEN	Banco Central
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
DAS	Direito Administrativo Sancionador
HC	<i>Habeas Corpus</i>
LIA	Lei de Improbidade Administrativa
LINDB	Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro
MS	Mandado de Segurança
PL	Projeto de Lei
REsp	Recurso Especial
Rlc	Reclamação
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
TJ	Tribunal de Justiça
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	13
2	A APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	17
2.1	EVOLUÇÃO E CONCEITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA.....	19
2.2	FLUXOS DINÂMICOS ENTRE O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E O DIREITO PENAL.....	23
2.2.1	O fenômeno da “administrativização” do Direito Penal.....	24
2.2.2	O fenômeno da penalização do Direito Administrativo Sancionador.....	29
2.3	SANÇÃO ADMINISTRATIVA, SANÇÃO PENAL E A TEORIA UNITÁRIA DO <i>IUS PUNIENDI</i> ESTATAL.....	33
2.4	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS APLICÁVEIS AO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	36
2.4.1	Princípio do devido processo legal	37
2.4.2	Princípio da legalidade	38
2.4.3	Princípio da tipicidade	40
2.4.4	Princípio da retroatividade da norma sancionadora mais benéfica	42
3	A NOVA DISCIPLINA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	45
3.1	BREVE HISTÓRICO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	45
3.2	A PUBLICAÇÃO DA LEI Nº 14.230/2021.....	49
3.3	AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI Nº 14.230/2021 NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A APROXIMAÇÃO AOS INSTITUTOS DO DIREITO PENAL	51
3.3.1	Alterações de caráter geral realizadas pela Nova Lei	51

3.3.2	Alterações de natureza processual realizadas pela Nova Lei	60
3.4	O ART. 21, §§ 4º E 5º, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	65
3.5	CONCLUSÕES PRELIMINARES SOBRE A LEI 14.230/2021	68
4	A MITIGAÇÃO DA INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	70
4.1	O PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA ENTRE INSTÂNCIAS COMO JUSTIFICAÇÃO PARA A MÚLTIPLA E DESMEDIDA INCIDÊNCIA SANCIONATÓRIA.	70
4.2	A MITIGAÇÃO DA INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA	74
4.3	A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....	76
4.4	OS REFLEXOS DA SENTENÇA PENAL NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	79
4.4.1	A sentença penal absolutória na ação de improbidade administrativa	79
4.4.2	A sentença penal condenatória na ação de improbidade administrativa	84
4.5	A PROPORCIONALIDADE COMO BASE HERMENÊUTICA AO JULGADOR..	89
5	CONCLUSÃO	95
	REFERÊNCIAS	98

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico versa sobre a relativização do princípio da independência entre as instâncias penal e administrativa, à luz das novas disposições introduzidas pela Lei 14.230/21 na Lei de Improbidade Administrativa.

A temática abordada é de suma relevância na esfera do Direito Público. Ora, o agente público/político, no âmbito de suas atribuições, é constantemente demandado a tomar importantes decisões visando ao bom funcionamento da máquina pública. Todavia, tal poder decisório, por vezes, é acompanhado de consequências gravíssimas, em face do alto risco de responsabilização decorrente de um controle externo excessivo e disfuncional, a culminar no fenômeno denominado “Direito Administrativo do Medo”¹.

Sob um contexto de um aparato de controle sedento por punições, não é raro que o agente administrativo que pratica uma conduta ilícita venha a ser processado e punido em mais de uma esfera jurídica – mormente, administrativa e criminal – devido a uma mesma ação antijurídica.

Historicamente, constata-se que a problemática da multiplicidade sancionatória estatal tem origem na ocorrência de movimentos pendulares entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal, recorrendo o legislador ora a um, ora a outro, para sancionar condutas ilícitas.

Nesse contexto, em um fluxo dinâmico, ambas as searas intensamente se aproximaram. O Direito Penal caminhou, a passos largos, em direção ao Direito Administrativo, dando origem ao fenômeno da “administrativização” do Direito Penal. O Direito Administrativo, por sua vez, caminhou, firmemente, em direção ao Direito Penal, desembocando no fenômeno da penalização do Direito Administrativo – donde se observa uma proliferação de leis estatais cada vez mais rigorosas e repressivas.

Após tal movimento pendular – ora de “administrativização”, ora de penalização do *ius puniendi* estatal –, verificou-se, de um lado, a hipertrofia do Direito Penal e, de outro, a hipertrofia do Direito Administrativo Sancionador. Como resultado às expansões de seus âmbitos de abrangência, houve verdadeira zona de penumbra entre ambos, vigorando, atualmente, uma verdadeira profusão de competências nas diversas esferas para julgar fatos idênticos envolvendo os mesmos agentes.

¹ DOS SANTOS, Rodrigo Valgas. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

Nesse cenário, o principal garantidor da possibilidade de dispersão de responsabilidade e sancionamentos em diferentes esferas jurisdicionais é o princípio da independência das instâncias – uma espécie de mantra, repetido à exaustão, para justificar a imposição de desproporcionais e injustas condenações.

Tal princípio prevê que uma ação ou omissão é capaz de gerar reflexos em diversos campos jurídicos, o que traduz na necessidade de se estabelecer sanções diversas ao autor de transgressão das normas previstas. Dessa forma, a independência entre instâncias, se traduz na hipótese de o Estado – detentor do poder sancionatório – ocupar a posição de sujeito passivo em diferentes campos jurídicos, sem a necessidade de que as múltiplas instâncias sancionatórias guardem coerência, harmonia e proporcionalidade.

No ponto, há de se ressaltar que a Constituição Federal brasileira trata os atos de improbidade administrativa – tema objeto do presente estudo – como eventos de incidência múltipla, ao firmar, em seu art. 37, §4º, que "sem prejuízo da ação penal cabível", eles importarão "a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei". Dessa forma, atribui-se autonomia entre a esfera criminal e a esfera administrativa/civil.

Ocorre que, em 25 de outubro de 2021, foi publicada a Lei 14.230, que trouxe novos ares à Lei de Improbidade Administrativa. E, dentro das significativas alterações advindas da novel legislação, passou-se a prever: (i) no art. 21, § 4º, da LIA, que a absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, com base em qualquer dos fundamentos estampados no art. 386 do Código de Processo Penal, desde que confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação de improbidade administrativa; e, (ii) no art. 21, § 5º, da LIA, que sanções eventualmente aplicadas em outras esferas deverão ser compensadas com as sanções aplicadas nos termos da Lei de Improbidade Administrativa.

Isso posto, elaborou-se a seguinte problemática: a ação penal e seus resultados (condenação ou absolvição) podem interferir na ação de improbidade administrativa com objeto semelhante – mitigando-se a independência constitucional entre ambas as instâncias sancionadoras?

Nesse sentido, o objetivo geral é demonstrar que, ante a inegável proximidade entre Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal – podendo-se considerar o *ius puniendi* estatal como unitário –, o forte axioma da independência entre instâncias deve ser *relativizado* para que se adote um enfoque conjunto e integrado no campo da política sancionadora. Assim, o julgador da ação de improbidade administrativa, utilizando-se das lentes da

proporcionalidade, deve voltar os olhos para as decisões advindas de outras esferas punitivas (mormente a penal) para proceder: (i) em caso de absolvição penal, com a comunicação de seus fundamentos para a esfera da improbidade administrativa, evitando-se decisões contraditórias; ou, (ii) em caso de condenação, com a compensação de sanções de mesma natureza já aplicadas, de modo a considerar, globalmente, os ramos sancionadores e impor medidas adequadas, necessárias e proporcionais à conduta.

Ao longo do estudo, o método de abordagem a ser utilizado é o dedutivo, uma vez que se parte dos argumentos gerais da aproximação entre o Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal – para fincar a unidade do *ius puniendi* estatal –, passando-se pela abordagem da improbidade administrativa e as alterações advindas da Lei 14.230/2021, chegando-se, ao final, na exposição dos fundamentos específicos para mitigação da independência entre as instâncias penal e administrativa na LIA e seus efeitos. Já, quanto aos procedimentos e técnicas empregados, realizar-se-á pesquisa descritiva e explicativa, com análises bibliográfica, jurisprudencial, hermenêutica e de dados.

Para melhor cumprir o objetivo e alcançar a conclusão de maneira lógica, subdividiu-se o presente trabalho em três capítulos.

O primeiro deles, intitulado “A aproximação entre o Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador”, promoverá, inicialmente, uma análise evolutiva e conceitual do Direito Administrativo Sancionador e sanção administrativa. Em seguida, tratar-se-á dos fluxos dinâmicos entre as searas mencionadas – ora de “administrativização”, ora de penalização. Por último, serão brevemente analisadas as (in)diferenças entre sanção administrativa e sanção penal e se apresentará a teoria unitária do *ius puniendi* estatal.

Já no segundo capítulo, denominado “A nova disciplina da Lei de Improbidade Administrativa”, far-se-á, em primeiro lugar, a exposição da origem, do conceito e das características gerais da LIA. Em um segundo momento, serão examinadas as alterações de caráter geral e de natureza processual realizadas pela Lei 14.230/2021. Ao final, se estabelecerão conclusões preliminares sobre a novel legislação.

Por derradeiro, o terceiro capítulo, cujo título é “A mitigação da independência entre as instâncias penal e administrativa na Lei de Improbidade Administrativa”, se tecerão considerações sobre a utilização do princípio da independência entre instâncias como justificção para múltipla e desmedida incidência sancionatória. Posteriormente, serão abordados os argumentos que fundamentam a necessidade de se relativizar o referido princípio, com análise de jurisprudência de julgados dos tribunais superiores. Na sequência,

averiguar-se-ão os reflexos da sentença penal absolutória e condenatória na ação de improbidade administrativa, consoante os ditames da Lei 14.230/2021. Por último, se estabelecerá a proporcionalidade como base hermenêutica ao julgador, na aplicação do art. 21, § 4º e 5º, da LIA.

2 A APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Por óbvio, o Direito Penal e o Direito Administrativo – como vertentes do Direito Público que verticalizam a relação entre o Estado e o indivíduo, em homenagem à supremacia dos interesses coletivos – não podem ser vistos como ramos do ordenamento jurídico completamente dissociados.

Sabe-se que, desde 1830, com o Código Criminal do Império do Brasil, até o “atual” Código Penal de 1940, prevê-se punição aos crimes contra a administração pública, perseguindo-se, segundo Noronha, “fatos que impedem ou perturbam o desenvolvimento regular da atividade do Estado e dos outros entes públicos”².

O próprio delito de tráfico de entorpecentes, tipificado no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, caracteriza-se como norma penal em branco, que somente se concretiza através de uma portaria da Administração Pública (ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária) para complementação.

Todavia, a aproximação entre as instâncias penal e administrativa não se limita a levantamentos rasos, meramente referenciais uma a outra. Ao contrário, é movimento complexo que envolve ampla análise histórica, sociológica, jurídica e política.

Hodiernamente, o Estado é demandado a responder de maneira rápida e eficiente aos mais diferentes receios dos administrados. E, as mudanças sociais, econômicas, bem como a necessidade de proteção frente a danos difusos e coletivos, tornam inviável que a repressão se opere, unicamente, através do Direito Penal – no qual as reprimendas do poder punitivo estatal são aparentemente severas³.

Da multifacetada dinâmica do Direito Administrativo – entendido como conjunto de normas jurídicas disciplinadoras da organização, do funcionamento, da estruturação, do exercício, dos resultados e consequências, e do controle da produção jurídica a cargo das Administrações Públicas nos diversos órgãos e Poderes da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal⁴ – urge a necessidade, para efetividade na defesa dos

² NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 227. 4 v.

³ VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 40

⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti Grotti. **Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020.

interesses públicos, do estabelecimento de sanções para regramento das condutas de agentes públicos e administrados (pessoas físicas e jurídicas).

Da ideia de Estado, como interventor nos mais variados âmbitos da vida privada e promovedor de bem-estar social, nasce, então, a figura do Direito Administrativo Sancionador, incontestável manifestação do poder punitivo estatal, tal qual o Direito Penal. E o poder sancionatório da Administração Pública expandiu-se, tanto em razão do crescimento exponencial da quantidade de órgãos e entidades revestidos de tal competência sancionatória, como do grau de lesividade das sanções aplicadas⁵.

Semelhantemente, viu-se o Direito Penal, crescente e acentuadamente, caminhando em direção ao Direito Administrativo, em razão da complexidade e dinamicidade evolutiva da sociedade e novas realidades socioeconômicas, buscando-se a tutela eficiente frente aos novos tipos de criminalidade. Dessa forma, urge um direito penal reformulado, expansivo e prestes a afastar-se do preceito de *ultima ratio* – com o acolhimento de novos bens jurídicos tuteláveis e a renúncia à exigência da ocorrência de dano efetivo para punição⁶.

Nesse diapasão, a utilização concomitante do Direito Administrativo Sancionador e do Direito Penal como instrumentos aos desafios da sociedade moderna e às expansões de seus âmbitos de abrangência, gera verdadeira zona de penumbra entre ambos, cuja busca pela individualização e classificação é empreitada há muito iniciada pela doutrina⁷.

Nessa conjuntura complexa e imbricada, é fundamental reconhecer que os direitos penal e administrativo, através de um fluxo dinâmico e não linear, se comunicaram ao longo do tempo, trocando características e prioridades, sendo indispensável – ante o inegável viés interdisciplinar (e até mesmo unitário) entre as matérias – avaliar a aplicabilidade de princípios e garantias constitucionais identificadas diretamente com o Direito Penal no âmbito do Direito Administrativo Sancionador⁸.

⁵ ROMAN CORDERO, Cristián. **El derecho administrativo sancionador em Chile**. Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, ano 8, n. 16, 2009, p. 89-101.

⁶ BACH, Marion. **Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem e proporcionalidade**. 2021. Tese (Doutorado) – Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2021, p. 33

⁷ GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. **Princípios processuais no direito administrativo sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais**. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89256/Rev_2014_27. Acesso em: 03 mar. 2021.

⁸ FÉO, Rebecca. **Direito Administrativo Sancionador e os princípios constitucionais penais: análise dos processos da ANP**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 45.

2.1 EVOLUÇÃO E CONCEITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA

Precipuamente, há de se realizar breve incursão nas origens e evoluções do Direito Administrativo Sancionador, bem como dos principais conceitos que o permeiam.

Embora o nascimento do Direito Administrativo, como ramo autônomo, tenha se dado em fins do século XVIII e início do século XIX⁹, observou-se, no Brasil, a verdadeira e crescente expansão da Administração Pública com o advento da Constituição Federal de 1988. Manifestação máxima da relevância do seu marco jurídico-institucional, como elemento fundamental no processo de desenvolvimento da sociedade brasileira, é o capítulo próprio dedicado a ela (Título III, Capítulo VII da CFRB/88).

Ainda em termos constitucionais, de se ver que, desde 1988, o desenvolvimento do Direito Administrativo deu-se também com inauguração do modelo de Estado Social e Democrático de Direito¹⁰. O Estado Social, ao visar à proteção estatal de garantias fundamentais individuais e sociais, provoca a dilatação das áreas em que a administração atua. Já o Estado Democrático, ao garantir o pluralismo político e a consagração de diversos instrumentos de participação dos cidadãos e da sociedade na organização, gestão e controle da política pública, resultou na gradativa “administrativização” da vida social¹¹.

Utilizando-se da constatação de Alice Voronoff, o Direito Administrativo ocupou espaços e tornou-se onipresente¹²: no trânsito, na vigilância sanitária, no setor elétrico, no meio ambiente, nas compras públicas, na telefonia, entre outras infinitas hipóteses.

Esse acréscimo de funções conferidas à Administração Pública acarretou o aumento na produção normativa, no que se refere à própria atuação administrativa, trazendo tais normas direitos e deveres para os administrados – comportamentos a serem adotados ou a serem suportados pelos indivíduos¹³.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30.ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 34.

¹⁰ BACH, Marion. **Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem e proporcionalidade**. 2021. Tese (Doutorado) – Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2021, p. 45.

¹¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades**. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020, p. 02.

¹² VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 25

¹³ PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção Administrativa Geral: anatomia e autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 35.

Parte relevante desse fenômeno se faz sentir justamente no campo sancionatório. Nesse sentido, a Administração Pública – visando à efetiva tutela de interesses públicos e da garantia de direitos individuais, sociais, difusos e coletivos –, diante de condutas ilícitas de agentes públicos e administrados que ofendem bens e interesses relevantes à organização do Estado, necessita impor sanções administrativas para vigorar¹⁴.

Nesse viés, poder-se-ia apresentar o conceito europeu de sanção administrativa, tal qual entende Sauy Rincón, como qualquer mal infligido pela Administração a um administrado como consequência de uma conduta ilegal a resultar de um procedimento administrativo e com finalidade puramente repressora¹⁵.

Em análise, veja-se que tal proposta teórica apresenta como elementos estruturais para definição de sanção administrativa, (i) a finalidade repressora da sanção (elemento teleológico), (ii) a autoridade administrativa como aplicadora (elemento subjetivo) e (iii) a natureza administrativa do procedimento (elemento formal)¹⁶.

Todavia, o estudo do Direito Administrativo Sancionador no Brasil leva a identificação de diversas problemáticas a tal definição, estritamente relacionadas aos seus elementos formadores.

Quanto ao elemento teleológico, não se descarta o efeito aflitivo e repressivo da sanção administrativa – uma situação desfavorável imposta a quem pratique um ilícito administrativo, mediante privação de direitos, imposição de deveres, restrição de liberdades ou condicionamento –, entendimento este compartilhado pelos doutrinadores administrativistas Rafael Munhoz de Mello¹⁷, Fábio Medina Osório¹⁸, Daniel Ferreira¹⁹ e Regis Fernandes de Oliveira²⁰. Entretanto, deve-se considerar, em mesma proporção, a

¹⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades**. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020, p.2

¹⁵ RINCÓN, Jose Suay. **Sancciones administrativas**. Studio Albornotiana. Bolonha: Publicaciones del Real Coleio de España, 1989.

¹⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 95.

¹⁷ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 76.

¹⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 112.

¹⁹ FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 21.

²⁰ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2. ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2005, p. 19-20.

finalidade preventiva da sanção, já que voltada a desestimular possíveis infratores com a ameaça de um efeito desfavorável²¹.

Quanto ao elemento subjetivo, não obstante a predominante aplicação de sanções administrativas pelo Poder Executivo – como acusadora ou promotora do processo punitivo –, tal qual sugere a definição europeia de sanção administrativa, diversamente, esta não é imprescindível à sua caracterização no ordenamento jurídico brasileiro²². A ideia de sanção administrativa por esse viés essencialmente subjetivo, atinente à presença da Administração Pública como órgão sancionador em um dos polos do procedimento, deixa de lado sanções administrativas conduzidas – e, nesse momento, já adentrando a análise do elemento formal (procedimento) da conceituação europeia – e impostas pelo Poder Judiciário, Poder Legislativo²³, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas²⁴.

Nesse viés, cumpre destacar que a Administração Pública, na constatação de ataques a bens jurídicos por ela protegidos, ou que ferem sua existência, pode assumir polos variados na perspectiva processual – como promotora de acusações, como vítimas de ilícitos, ou ambas simultaneamente. E, na posição de vítima, por mais que se tutele o interesse público, pode ocorrer que a titularidade para a imposição de sanções seja outorgada por deliberação do legislador ao judiciário, o que não afasta a aplicação do Direito Administrativo²⁵.

Exemplo máximo da ruptura do elemento subjetivo da sanção administrativa e que merece guarida no bojo do Direito Administrativo Sancionador são o surgimento e a consolidação do domínio da improbidade administrativa – expresso no artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal, regulamentado, inicialmente, pela Lei nº 8.429/1992.

²¹ VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 65-67.

²² OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 99.

²³ Digno de registro, nesse diapasão, a atividade sancionatória relacionada com a gestão de carreiras, de licitações, de contratos, de utilização de bens públicos, que representam o exercício de função administrativa típica, no caso, de caráter instrumental, considerando a função legislativa como a principal dos Poderes Legislativos. Ademais, cita-se o regime jurídico sancionador próprio das sanções de perda do mandato de membros dos Poderes Legislativos, nas unidades federativas (artigos 32, parágrafo 3º e 27, parágrafo 1º, e 55 da Constituição Federal de 1988) que constitui, segundo OLIVEIRA e GROTTI, o denominado Direito Administrativo Sancionador Disciplinar Parlamentar. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades**. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020, p. 15-16.

²⁴ Com o status constitucional de órgão autônomo de controle contábil, financeiro e orçamentário (artigo 71, caput CF), as sanções editadas pelos Tribunais de Contas (artigo 71, inciso VIII, CFRB/88) devem ser consideradas sob o império do DAS, no pressuposto de que estas relevantes Instituições de Controle Externo exercem função administrativa singular de controle de legalidade, legitimidade e economicidade (art. 70, caput CFRB/88). OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Op. cit.*, p. 15-16.

²⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 100.

Esse domínio da improbidade administrativa, aliás, fora impulsionado pelo crescente fenômeno de enfrentamento de práticas corruptivas que, inegavelmente, influenciou a evolução e desenvolvimento do próprio Direito Administrativo Sancionador²⁶.

Nesse contexto, não se descuida que o tema da improbidade administrativa seja objeto de análise de estudiosos de diversos campos do Direito, como constitucionalistas²⁷, penalistas²⁸ e processualistas²⁹. Todavia, o estudo de tal sistema punitivo cabe, do ponto de vista material, ao Direito Administrativo Sancionador, por trata-se de sistema de responsabilização geral e autônomo de agentes públicos e terceiros (pessoas físicas e jurídicas) que atentam contra a legislação regente que tutela a Administração Pública no contexto da Organização do Estado³⁰.

Ademais, importante destacar, nesse viés, que a Reforma da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.249/92), promovida pela Lei 14.230/2021 – cujas digressões maiores serão feitas no Capítulo 3 – consagrou, explicitamente, a aplicabilidade dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador (derivados do Direito Penal e Processual Penal) ao campo da improbidade administrativa. Ao fazê-lo, apenas consolidou direitos fundamentais aos réus e acusados em geral, reforçando o Estado Democrático de Direito³¹.

Por esta razão, deve-se reconhecer, definitivamente, que a improbidade administrativa pode e deve ser vinculada ao campo do Direito Administrativo Sancionador, mesmo que venham a ser aplicadas diretamente pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, ante o exposto, o conceito de sanção administrativa deve ser atribuído com base no âmbito de incidência do Direito Administrativo, tanto no seu aspecto formal, quanto material, permitindo-se a ampliação do campo abrangido pelo Direito Administrativo Sancionador para que englobe a tutela dos mais variados bens jurídicos, inclusive no plano judicial, como ocorre com a improbidade administrativa³².

²⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Op. cit.*, p. 11-13.

²⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei nº 8.429/1992**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

²⁸ CAPEZ, Fernando. **Limites constitucionais à lei de improbidade**. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁹ NEIVA, José Antônio Lisboa. **Improbidade administrativa: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento e cautelar**. Niterói: Impetus, 2006.

³⁰ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Op. cit.*, p. 11-12.

³¹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 104-106.

³² OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 99.

Consoante a primorosa lição de Fábio Medina Osório, consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo com efeitos aflitivos, 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 Administrativo³³.

Urge salientar, no ponto, a caracterização da sanção administrativa como um *mal*, uma *situação desfavorável*, e até mesmo um *castigo*. Ora, em termos conceituais, admite-se, doutrinariamente, uma aproximação com termos usualmente adotados no Direito Penal para se referir às penas, sugerindo haver uma origem unitária ao poder punitivo estatal e uma identidade nos fins buscados entre as searas administrativa e penal (identidade ontológica), vez que justificadas a partir das mesmas bases teóricas³⁴.

É com essa definição *lato sensu* de sanção administrativa – a qual se atribui como sinônimo de sanção de Direito Administrativo, visando a não excluir, etimologicamente, as sanções aplicadas pelo Judiciário – que se buscará o exame da unidade de pretensão punitiva do Estado e o alcance dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador, a partir da funcionalidade normativa da cláusula constitucional de devido processo legal.

Antes, porém, há de se analisar uma espécie de crise de identidade do direito punitivo estatal, que alavanca fluxos não lineares, ora de “administrativização” de condutas antes disciplinadas pelo Direito Penal, ora de penalização de atividades até então tratadas como infrações administrativas, que reforçam a proximidade de ambos os institutos.

2.2 FLUXOS DINÂMICOS ENTRE O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E O DIREITO PENAL

A depender da configuração do Estado, das opções ideológicas adotadas, bem como do modelo de proteção dos bens jurídicos individuais e coletivos, constata-se, historicamente, a ocorrência de movimentos pendulares entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal, recorrendo o legislador ora a um, ora a outro, para disciplinar ilicitudes.

³³ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 108.

³⁴ VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 96

Nesse diapasão, em um fluxo dinâmico, o Direito Penal caminhou, a passos largos, em direção ao Direito Administrativo, dando origem ao fenômeno da “administrativização” do Direito Penal. O Direito Administrativo, por sua vez, caminhou firmemente em direção ao Direito Penal, desembocando no fenômeno da penalização do Direito Administrativo – também chamado como “recrudescimento sancionatório”³⁵.

Como resultado, houve intensa aproximação (e, conseqüentemente, recorrente sobreposição) entre ambas as instâncias, trazendo dificuldades ao operador do direito na delimitação do espaço a ser ocupado pelo Direito Administrativo Sancionador, bem como nas balizas voltadas a orientar a atuação sancionatória da Administração Pública³⁶.

2.2.1 O fenômeno da “administrativização” do Direito Penal

A “administrativização” do Direito Penal é expressão que comporta, para seu entendimento, a complementação de preceitos distintos relacionados ao fenômeno: (i) o apoio do Direito Penal no Direito Administrativo – em que a configuração da ilicitude penal depende de regulamentos ou atos administrativos, através de técnicas legislativas de reenvio; e, (ii) a utilização do Direito Penal, pelo Estado, como reforço ao Direito Administrativo Sancionador, visando a assegurar o bom funcionamento da Administração Pública³⁷.

Em aspecto amplo e não exaustivo, intende destacar que tal fenômeno possui origem nos avanços científicos e tecnológicos que marcaram os últimos séculos e que criaram diversos riscos globais universais³⁸ – todos se tornam, a um só tempo, vítimas e autores potenciais de ilícitos –, de modo a desembocar no que Ulrich Beck denominou de *Sociedade de Risco*³⁹.

Ante os riscos advindos e a necessidade de contê-los, o Poder Punitivo Estatal necessita socorrer-se ao Direito Penal como instrumento de força e potência.

³⁵ BACH, Marion. **Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem e proporcionalidade**. 2021. Tese (Doutorado) – Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2021, p. 17.

³⁶ VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 120.

³⁷ BACH, Marion. **Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem e proporcionalidade**. 2021. Tese (Doutorado) – Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2021, p. 34.

³⁸ "Esta sociedade mundial do risco trata-se, portanto, de uma sociedade catastrófica, na medida em que se caracteriza pelo surgimento de catástrofes nucleares, de desastres genéticos, de crises financeiras ou ameaças terroristas globais, e cuja reflexividade torna a maior parte dos aspectos da atividade social suscetíveis à revisão crônica à luz de novas informações ou conhecimentos". ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. **Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 46, 2004, p. 73-93.

³⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

Todavia, campos da sociedade como o sistema financeiro, o sistema tributário, o meio ambiente, o setor de energia nuclear, o sistema de biossegurança, o sistema industrial alimentício e farmacológico etc., são altamente formalizados e exigem do legislador penal um conhecimento técnico e aprofundado, o qual não possui.

Assim, aproximando as searas penal e administrativa, o legislador busca nas regulamentações e normativas técnicas da Administração Pública, as informações e complementos necessários à legislação⁴⁰.

Num primeiro momento, a “administrativização” do Direito Penal transparece em distintas técnicas legislativas que, ao criminalizarem condutas, fazem remissão ao direito administrativo – denominadas técnicas de reenvio. Para restringir o estudo às mais frequentes e importantes, registre-se o caso das (i) leis penais em branco, dos (ii) tipos penais abertos e das (iii) remissões a atos administrativos individuais.

Nesse contexto, têm-se as *leis penais em branco*, consistentes em tipos penais incompletos e que remetem seu complemento a atos da administração pública como autorizações, permissões e licenças⁴¹. Exemplo clássico dessa conceituação é a já mencionada Lei 11.343/2006 (popularmente conhecida como Lei de Drogas), que se utiliza da Portaria n. 344/98 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) – ente da administração pública indireta⁴² – para definição e caracterização do que é droga.

Dessa forma, a utilização pelo poder legislativo das leis penais em branco, dá-se, tradicionalmente, para permitir à lei penal que se flexibilize e se atualize, de forma acelerada e contínua⁴³, visando a que esta acompanhe as constantes evoluções sociais da Sociedade de Risco – da qual o Direito Penal não seria capaz de amparar, se o Direito Administrativo não o complementasse⁴⁴.

Nesse sentido, Garcia-Pablos de Molina sintetiza que, diante da presença e setores complexos e dinâmicos – como é o caso do meio ambiente, da genética, da ordem econômica, etc. – há uma inevitável escolha: a permanente alteração da lei penal ou a sua petrificação e

⁴⁰ GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. **Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal**. São Paulo: Almedina, 2014, p. 163.

⁴¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal. Parte Geral**. 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: ICPC. Lumen Juris, 2008, p. 260.

⁴² BRASIL. ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/anvisa/agencia>. Acesso em: 19 abr. 2022.

⁴³ VEGA, Dulce María Santana. **El Concepto de Ley Penal en Blanco**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, p. 17.

⁴⁴ FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro**. 1 ed. Florianópolis: Emais Academia, 2020, p. 101.

superação. Assim, complementa o doutrinador espanhol, que é recomendável que a lei penal seja somente um “marco”, e se transfira a normatização do seu conteúdo variável à autoridade hierarquicamente inferior⁴⁵.

Da mesma forma, há de se tecer considerações sobre a técnica de reenvio do Direito Penal ao Direito Administrativo dos *tipos penais abertos*. Nesse caso, o legislador penal, ao invés de descrever de modo completo e exaustivo a conduta proibida, opta por descrevê-la de modo incompleto, transferindo ao intérprete o encargo de complementar o tipo⁴⁶. E, atendendo o escopo do presente trabalho, por vezes, o intérprete irá se socorrer no Direito Administrativo.

No ponto, urge salientar que o legislador não opta pela criação de tipos penais abertos por arbítrio e a seu bel prazer. Os tipos penais abertos – guardando nova relação com os mencionados avanços científicos e tecnológicos – existem em razão da impossibilidade de prever e descrever todas as condutas possíveis de acontecer em sociedade⁴⁷.

Como exemplo, pode-se citar o que acontece em uma morte decorrente de acidente de trânsito. Para que o Poder Judiciário conclua pela (in)ocorrência de homicídio doloso na direção de veículo automotor, é necessário que recorra às normativas administrativas de trânsito para observar se essas foram ou não descumpridas.

A terceira técnica legislativa mencionada, que guarda importante relação com a acessoriedade administrativa do Direito Penal, trata-se das *remissões penais a atos administrativos individuais* – considerados em caráter de alcance geral (portarias, decretos e resoluções). Nessa hipótese, diferentemente dos tipos penais abertos, o julgador não necessita buscar complementos que “fechem” o tipo penal, mas tão somente verificar se, no caso concreto, houve ou não a observância ao provimento administrativo imposto pelo legislador⁴⁸.

É possível a observação de tal técnica de reenvio nas recorrentes tipificações que se utilizarão de preceitos como “fazer tal conduta sem autorização”, “realizar tal conduta em desacordo com a autorização legal”, “realizar tal conduta sem a autorização expressa da autoridade competente”.

⁴⁵ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho Penal – Parte General**. Madri: Jurista Editores, 2009, p. 364.

⁴⁶ ASSIS TOLEDO, Francisco. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 136.

⁴⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 12^a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 162.

⁴⁸ GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. **Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal**. São Paulo: Almedina, 2014, p. 42.

A legislação penal está repleta de remissões penais a atos administrativos concretos, sendo o exemplo mais latente a Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998), nos crimes contra a fauna tipificados nos artigos 29⁴⁹, 30⁵⁰ e 31⁵¹.

Ante o exposto, é possível constatar que as leis penais têm feito constante utilização de técnicas de reenvio de seus tipos ao Direito Administrativo, tornando evidente a íntima aproximação entre as duas searas⁵².

Todavia, o fenômeno da “administrativização” do Direito Penal não se encerra nesse único panorama. Outra sintomática de tal manifestação é a utilização, pela atividade administrativa estatal, do seu instrumento de força maior – o Direito Penal – como meio de reforço ao seu bom funcionamento.

Pois bem. A globalização de transportes e comunicações, intensificada no final do século XX, deslocou para o ambiente corporativo privado parcelas de poder antes ocupadas pelo Estado. No Brasil, a onda neoliberal, da década de 90, transferiu de mãos atividades respectivas a setores estratégicos da vida econômico-social – como telecomunicações, telefonia, transportes, fornecimento de água e luz. Como consequência, houve o enfraquecimento do aparelho de Estado, passando a ter um papel de gerência das atividades deslocadas para a iniciativa particular⁵³.

Ademais, o panorama de consolidação da economia capitalista em escala mundial – com a combinação de industrialização, urbanização, mercado, produtividade, competitividade e individualismos –, potencializado pela ampliação dos meios de comunicação em massa, gera um ambiente explosivo na já mencionada Sociedade de Riscos⁵⁴, que clama por respostas rápidas e efetivas.

Nesse cenário, o Estado, para gerenciar tais atividades e conter os riscos da modernidade, percebe que o Direito Administrativo, unicamente, não satisfaz as expectativas

⁴⁹ Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.

⁵⁰ Art. 30. Exportar para o exterior peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, sem a autorização da autoridade ambiental competente: Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

⁵¹ Art. 31. Introduzir espécime animal no País, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

⁵² BACH, Marion. **Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem e proporcionalidade**. 2021. Tese (Doutorado) – Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2021, p. 39.

⁵³ CAMPOS, Rosana Soares. **O impacto das reformas econômicas neoliberais na América Latina: desemprego e pobreza**. Polis, 2017. Disponível em: <http://journals.openedition.org/polis/12585>. Acesso em: 21 abr. 2022.

⁵⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

de inibição das atividades arriscadas, seja pela ausência de estrutura fiscal ou policial preventiva, seja pela baixa capacidade de intimidação⁵⁵.

Assim, o Direito Penal é convocado ao reforço do Direito Administrativo no papel de instrumento de controle de riscos futuros, refletindo-se na expansão do primeiro para propor-se à prevenção e à inibição de atividades no momento antecedente à causação de um mal, antes da afetação do bem jurídico protegido⁵⁶.

Dessa forma, tem-se que o Direito Penal abandona sua vertente tradicional de proteção dos bens jurídicos relevantes individuais e repressão a delitos de lesão concreta – em uma subversão do princípio da intervenção mínima, que atribui sua utilização sempre como *ultima ratio* –, expandindo seu campo de abrangência para atribuir em suas normas crimes de *perigo abstrato*⁵⁷⁵⁸, visando à gestão punitiva de riscos gerais para evitar que o dano se produza⁵⁹.

Nesse momento, o Direito Penal dá um passo em direção ao Direito Administrativo e passa também a criminalizar condutas cujo potencial ofensivo está não no *agir individual*, mas no *potencial agir coletivo*⁶⁰.

Com isso, constata-se que o Direito Penal “administrativizou-se”. Isso porque eram associados ao Direito Administrativo a prevenção das condutas ilícitas, os mecanismos que evitam os danos e as previsões gerais que inibam as condutas indesejadas⁶¹.

Como consequência de tal fenômeno, fragiliza-se o princípio da lesividade, vez que as modalidades delitivas acabam por sancionar a inobservância de regras de conveniência da Administração Pública e visando antes à organização estatal do que a proteção de bens jurídicos penais. Criminalizam-se matérias meramente organizacionais, condutas não fixadas puramente como de caráter penal em seu viés tradicional e que correspondem somente a uma desobediência administrativa, sem consequências mais graves⁶².

⁵⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato: Uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 68.

⁵⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato: Uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 70.

⁵⁷ Nas palavras de Claus Roxin, os crimes de perigo abstrato são: “aqueles em que se castiga a conduta tipicamente perigosa como tal, sem que no caso concreto tenha de ocorrer um resultado de exposição a perigo”. ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 404.

⁵⁸ Hassemer afirmava que o crime de perigo abstrato é a forma delituosa da modernidade. HASSEMER, Winfried. **Direito Penal libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 198.

⁵⁹ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **La expansión del derecho penal – aspectos de la política criminal em las sociedades pos industriales**. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 75.

⁶⁰ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito penal. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 119.

⁶¹ FÉO, Rebecca. **Direito Administrativo Sancionador e os princípios constitucionais penais: análise dos processos da ANP**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 47-49.

⁶² REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 21.

Assim, a grande problemática desse pilar da “administrativização” do Direito Penal é a desconsideração dos limites necessários à utilização da norma penal, donde advêm verdadeiras zonas de penumbra entre as searas – que passam a se confundir⁶³.

Feitas tais considerações, evidente que o Direito Penal caminha em direção ao Direito Administrativo e cada vez mais se torna um Direito Penal “administrativizado”. Todavia, constata-se, também, um efeito em sentido inverso, que se refere à influência do Direito Penal no Direito Administrativo, na sua vertente sancionadora, o que chamamos de penalização do Direito Administrativo Sancionador.

2.2.2 O fenômeno da penalização do Direito Administrativo Sancionador

Complementando o exposto no tópico *retro*, constata-se, historicamente, que os fenômenos que culminaram na aproximação do Direito Administrativo Sancionador e do Direito Penal – ora de “administrativização”, ora de penalização do *ius puniendi* estatal – constituem movimentos pendulares e não lineares relacionados à opção ideológica estatal.

Para além da exposição registrada no tópico 2.1 acerca da evolução do Direito Administrativo Sancionador – com foco no desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e o Estado Social –, interessante destacar que no início do século XX, foram estruturados modelos de Estado forte, denominado Estado-Nação, interventor nos mais variados âmbitos da vida privada e promovedor do bem-estar social⁶⁴. Nesse cenário, expandiu-se o sistema de sanções administrativas, no passo em que o Estado, por meio do Direito Administrativo, regulamentava, fiscalizava, provia e, também, punia.

Ademais, o caráter expansivo do Direito Penal, em sua vocação assumida na Sociedade de Riscos, não exsurtiu infenso a críticas. O doutrinador alemão Winfried Hassemer identificou diversas problemáticas relacionadas à legitimidade e eficácia do novo viés penal, defendendo um resgate à sua origem tradicional para que o Direito Penal retorne à tutela dos bens jurídicos mais caros à sociedade, como a vida, o patrimônio e a integridade física. Dessa forma, identificou-se uma espécie de crise de identidade na vocação assumida pelo Direito Penal na Sociedade de Riscos⁶⁵.

⁶³ LOBO DA COSTA, Helena Regina. **Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada**. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 115.

⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. **O Estado-Nação Europeu frente aos Desafios da Globalização: O Passado e o Futuro da Soberania e da Cidadania**. Novos Estudos CEBRAP, n. 43. São Paulo: 1995, p. 17.

⁶⁵ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 198.

E é em meio a esse cenário que se insere, factualmente, o fortalecimento da Administração Pública para aplicação de sanções, observando-se uma proliferação de leis estatais sancionadoras cada vez mais rigorosas e repressivas, esvaziando-se o caráter preventivo típico do âmbito administrativo⁶⁶. Por consequência, viu-se um Direito Administrativo caminhando em direção ao Direito Penal e se tornando cada vez mais *penalizado*.

Nesse marco, não há como deixar de novamente destacar o advento, em 1992, da já mencionada Lei de Improbidade Administrativa⁶⁷ (Lei 8.429/92). A LIA – que será amplamente examinada nos seguintes capítulos do presente estudo –, possui matriz no art. 37, §4º, da Constituição Federal, prevendo aos agentes públicos, agentes políticos⁶⁸ e até particulares que violem o dever de agir com probidade, as seguintes sanções: suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. Além de tais reprimendas, a legislação infraconstitucional previu ainda as sanções de pagamento de multa civil e a proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Em 2013, contemplou-se o nascimento da Lei 12.846/2013, popularmente conhecida como Lei Anticorrupção, que possui como objetivo principal construir mecanismo legislativo para responsabilização – tanto na esfera judicial, quanto na administrativa – de pessoas jurídicas em caso de prática de ato ilícito contra a Administração Pública por seus funcionários, acionistas e diretores⁶⁹.

Tal legislação, em seu art. 19, prevê rígidas sanções como: (i) perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da

⁶⁶ FÉO, Rebecca. **Direito Administrativo Sancionador e os princípios constitucionais penais: análise dos processos da ANP**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 56.

⁶⁷ À título ilustrativo, embora não se concorde, urge salientar que Fábio Medina Osório recomenda que a Lei de Improbidade Administrativa seja renomeada como Código Geral de Conduta (dos agentes públicos brasileiros). “A LGIA, em nosso entender, encaixa-se nesse conceito de “Código”, por suas características fundamentais, tendo por objeto central regular a “conduta” de todos os agentes públicos brasileiros, com a cominação de sanções jurídicas às posturas transgressoras”. OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública – corrupção – ineficiência**. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2018. OST, François. O tempo do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 163.

⁶⁸ Nesse sentido, destaca-se que: “a jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que os agentes políticos se submetem aos ditames da Lei de Improbidade Administrativa, sem prejuízo da responsabilização política e criminal estabelecida no Decreto-Lei n. 201/1967 e na Lei n. 1.079/1950”. STJ, AgInt no AREsp 1229652/RS, Segunda Turma, Min. Rel. Og Fernandes, DJE 15.09.2020.

⁶⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. **Lei Anticorrupção: principais aspectos e primeiras impressões**. In: Aspectos controvertidos da lei de improbidade administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos Tribunais Superiores. DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (orgs.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 299.

infração; (ii) suspensão ou interdição parcial das atividades da pessoa jurídica responsabilizada; (iii) dissolução compulsória da pessoa jurídica; e, (iv) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público. Ademais, urge salientar que tais sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa (art. 19, §3º, da Lei 12.846/2013) e as penas de multas⁷⁰ aplicadas na esfera administrativa poderão chegar a elevados patamares, vez que calculadas em percentuais do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo.

As legislações supracitadas são, sem sombra de dúvida, pontos de encontro entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal, seja pela inquestionável proximidade ante os conteúdos das referidas leis e de tipos penais preexistentes, seja pela coincidência com as sanções já previstas na legislação penal, seja pela extensão/gravidade de seus sancionamentos ou, então, pela previsão de institutos que tocam o Direito Penal (como, por exemplo, o Acordo de Leniência, Acordo de Não Persecução e o *criminal compliance*)⁷¹.

Além das legislações que dependem – ao menos em parte – da atuação do Poder Judiciário, interessa ainda destacar o fenômeno da “agencificação”, em que o Direito Administrativo Sancionador brasileiro presenciou a criação de diversas autarquias com competências regulatórias e, dentro dessa atribuição ampla, tais entidades administrativas foram investidas com competências sancionadoras em relevantes setores da vida social⁷².

Como exemplo, pode-se citar o advento da Lei 13.506/2017, que coordena o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil (BACEN) e da Comissão de Valores Mobiliários.

No que refere às penalidades aplicáveis pelo Banco Central (BACEN), prevê o art. 5º da Lei a (i) admoestação pública, (ii) multa, (iii) proibição de prestar determinados serviços para as instituições financeiras, (iv) proibição de realizar determinadas atividades ou modalidades de operação, (v) inabilitação para atuar como administrador e para exercer cargo

⁷⁰ Art. 6º. Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções: I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação.

⁷¹ BACH, Marion. **Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem e proporcionalidade**. 2021. Tese (Doutorado) – Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2021, p. 49.

⁷² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades**. In: Revista Interesse Público, Belo Horizonte, ano 22, p. 30.

em órgão previsto em estatuto ou em contrato social de instituição financeira e, por fim, (vi) cassação de autorização para funcionamento.

Já a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) pode aplicar, cumulativamente ou não, as seguintes penalidades às pessoas físicas e jurídicas que atuam neste âmbito: (i) advertência, (ii) multa pecuniária, (iii) inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas que atuam neste âmbito; (iv) cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento.

Enfim, abordou-se – de forma não exauriente – exemplos característicos do processo de inchaço e recrudescimento do Direito Administrativo Sancionador. Para o jurista chileno Cristián Román Cordero, constata-se uma espécie de “*elefantiasis*” dos poderes sancionatórios da Administração Pública (inclusas as sanções advindas de normas com caráter material administrativo e aplicadas pelo Poder Judiciário), decorrente tanto do crescimento exponencial da quantidade de órgãos e entidades administrativos revestidos dessas competências sancionatórias, como do grau de lesividade das sanções que eles aplicam⁷³.

Dessa forma, no final do século XX, após o mencionado movimento pendular – ora de “administrativização”, ora de penalização do *ius puniendi* estatal –, verificou-se, de um lado a hipertrofia do Direito Penal⁷⁴ e, de outro, a hipertrofia do Direito Administrativo Sancionador⁷⁵. Assim, o processo de expansão do Direito Penal é acompanhado pela expansão do Direito Administrativo Sancionador⁷⁶.

Com ambos se expandindo, a consequência é, primeiro, a aproximação entre direito penal e direito administrativo, com fronteiras cada vez menos demarcadas entre os dois âmbitos, num cenário em que sanções estatais ora se confundem, ora se cumulam, ora se confundem e cumulam⁷⁷ – donde advém verdadeira “zona de penumbra” a resultar no discurso teórico de que infrações administrativas e infrações penais não se distinguem, sendo o ordenamento punitivo do Estado tão somente um.

⁷³ ROMAN CORDERO, Cristián. **El derecho administrativo sancionador em Chile**. Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, ano 8, n. 16, p. 89-101, 2009.

⁷⁴ SILVA SANCHÉZ, Jesús Maria. **A Expansão do Direito Penal. Aspectos da política-criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁷⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 84.

⁷⁶ CARLOS DE OLIVEIRA, Ana Carolina. **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 241.

⁷⁷ *Ibidem*.

2.3 SANÇÃO ADMINISTRATIVA, SANÇÃO PENAL E A TEORIA UNITÁRIA DO *IUS PUNIENDI* ESTATAL

Na doutrina, há corrente teórica que sustenta a ideia de que não há diferenças substanciais entre normas penais e normas administrativas sancionatórias, proveniente de uma série de construções teóricas e jurisprudenciais dos Tribunais Superiores e Cortes Constitucionais europeias. A partir desse fenômeno, percebe-se que as sanções penais e as sanções administrativas são manifestações de um mesmo poder estatal, o que permitiria a idealização da teoria do *ius puniendi* estatal único, com diversos efeitos práticos⁷⁸.

Iniciando as digressões sobre o tema, imperioso ressaltar que, no plano teórico, diversos critérios foram utilizados pelos juristas para a tentativa de legitimar o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador em regimes jurídicos absolutamente distintos – todos falhos e lacunosos, no entendimento de Fábio Medina Osório⁷⁹.

Quanto à distinção em razão da *autoridade que impõe a sanção*, destaca-se sua ineficiência e obsolescência, em razão da constatação já abordada no presente estudo de que, atualmente sanções administrativas, como demonstrado no presente Capítulo, são impostas tanto pela Administração, quanto pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, novamente se mostra insuficiente o critério de diferenciação em razão da *pena que é imposta* – critério quantitativo. Isso porque, em decorrência da “penalização” do Direito Administrativo Sancionador, constatou-se um recrudescimento das sanções administrativas, de modo que nem sempre o ilícito penal será mais gravemente apenado do que o ilícito administrativo⁸⁰. Veja-se que nem mesmo a possibilidade de cominação da pena privativa de liberdade não é suficiente para identificar a autonomia do Direito Penal em relação às demais formas de manifestação de poder punitivo, porquanto tal sanção é também autorizada, excepcionalmente, na esfera administrativa disciplinar, pelo descumprimento de ordenações administrativas militares, e na esfera judicial cível, em razão do inadimplemento de obrigação alimentar⁸¹.

Ademais, não se mostra coerente a distinção entre as sanções penais e administrativas por efeito da *finalidade* buscada por ambas – critério teleológico. Isso porque, da mesma

⁷⁸ VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 203-205.

⁷⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 134.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 137

⁸¹ ARÊDES, Sirlene Nunes. **Âmbito Constitucional de Aplicação do Direito Penal e do Direito Administrativo**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2017, p. 435 e ss. v. 129.

forma que à sanção penal, à sanção administrativa também é atribuído caráter retributivo, reparador e preventivo, conforme expõe Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli⁸². Nesse sentido, as sanções administrativas podem cumprir funções idênticas às funções penais, restaurando a paz no ordenamento jurídico e punindo o transgressor⁸³.

Da mesma forma, não parece razoável distinguir normas penais de normas administrativas, a partir dos valores tutelados ou da imoralidade inerente a umas ou outras infrações. Valores éticos podem e devem ser protegidos pelo Direito Administrativo. E o Direito Penal, a seu turno, está cada vez mais pragmático, tutelando interesses difusos e coletivos, muito mais centrado na defesa de direitos constitucionais do que propriamente na justificação moral de seus preceitos proibitivos⁸⁴ – consoante registrado no tópico 2.2.1.

Assim, renomados administrativistas, dentre eles, Regis Fernandes de Oliveira⁸⁵, Daniel Ferreira⁸⁶, e Heraldo Garcia Vitta⁸⁷, defendem a inexistência de diferenças ontológicas entre a sanção administrativa e a sanção penal e, com isso, decorrem de um *ius puniendi* estatal único.

Como se verá, a teoria de que há tão somente um único poder estatal punitivo pretende conter o poder da Administração Pública historicamente imanado ao arbítrio – com a transposição de garantias e princípios do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador – e guarda forte influência do Direito espanhol em razão dos movimentos políticos ocorridos naquele país⁸⁸.

No país hispânico, o Poder Executivo fora exercido de forma ilimitada pelas monarquias ao longo do século XIX, e ganhou novos desdobramentos no período da ditadura de Francisco Franco (1939-1975)⁸⁹. Na época, buscava-se que determinados delitos fossem tratados como infrações administrativas, com o objetivo de justificar a ausência de garantias

⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 132 e ss.

⁸³ RINCÓN, Jose Suay. **Sancciones administrativas**. Bolonha: Publicaciones del Real Colegio de España, 1989, p. 77.

⁸⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 135.

⁸⁵ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. São Paulo: RT, 1985.

⁸⁶ FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

⁸⁷ VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁸⁸ VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 204.

⁸⁹ ABRÃO, Janete. **Espanha: política e cultura**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/1454/Espanha%20pol%C3%ADtica%20e%20cultura.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23 abr. 2022.

processuais e a desnecessidade do controle judicial na aplicação de sanções e condução do processo⁹⁰.

Assim, passado o período ditatorial, ocorreu vultoso afinco doutrinário e legislativo acerca da construção de um regime jurídico mais protetivo ao Direito Administrativo Sancionador⁹¹. Um regime, com base na premissa de *ius puniendi* estatal único, assentado na extensão de garantias e princípios originariamente penais à esfera administrativa⁹².

Na legislação e jurisprudência espanhola, está aceita a tese de que o Estado possui um poder punitivo unitário em relação aos que estão sob seu domínio, porque não haveria possibilidade de distinções qualitativas, substanciais entre o ilícito criminal e administrativo⁹³.

Inclusive, fez-se constar expressamente na Constituição democrática espanhola de 1978, em seu art. 25⁹⁴, a submissão de delitos, faltas e infrações administrativas a um mesmo tratamento.

Nas palavras de García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez, o artigo 25 da Constituição Espanhola incluiu em uma mesma fórmula as penas e sanções administrativas no que tange à aplicabilidade dos princípios da legalidade, da tipicidade e da irretroatividade. A unidade do poder punitivo estatal e a conseqüente unidade de tratamento jurídico seriam, portanto, um imperativo constitucional⁹⁵.

Ademais, a jurisprudência do Tribunal Constitucional da Espanha, no julgamento do Recurso de Amparo nº 101/1980⁹⁶, firmou entendimento de que os princípios processuais penais, consagrados no art. 24 da Constituição espanhola⁹⁷, aplicam-se também às sanções atribuídas pela Administração Pública.

⁹⁰ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

⁹¹ VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 42.

⁹² GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. **Curso de Derecho Administrativo**. 9. ed., v. 2, Madrid: Civitas, 2004, p. 167.

⁹³ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 139.

⁹⁴ Art. 25:1. Ninguém pode ser condenado ou sancionado por ações ou omissões que, no momento de sua ocorrência, não constituam delito, falta ou infração administrativa, de acordo com a legislação vigente naquele momento.

⁹⁵ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. **Curso de Derecho Administrativo**. 9. ed., v. 2, Madrid: Civitas, 2004, p. 167.

⁹⁶ Tribunal Constitucional da Espanha, Sentença Constitucional nº 4/1980, Sala Primera, Recurso de Amparo nº 101/1980, de 19 de setembro de 1980.

⁹⁷ Artigo 24:1. Todas as pessoas têm direito a obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, possam revelar-se indefesas. 2. Da mesma forma, todos têm direito ao juiz ordinário predeterminado pela lei, à defesa e assistência de um advogado, a serem informados da acusação formulada contra eles, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as

No Brasil, por também sofrer os efeitos de um período ditatorial – com um arcabouço normativo e teórico permeado de construções autoritárias –, o discurso de extensão de garantias penais à seara administrativa, com base na teoria do *ius puniendi* estatal, encontrou terreno fértil.

O advento da Carta de 1988 é pródiga tanto em assegurar direitos e garantias fundamentais, quanto na positivação de normas voltadas a conformar a atividade do Estado⁹⁸. Por mais que os princípios constitucionais não se refiram expressamente ao Direito Administrativo Sancionador, estabelecem-se limites ao poder punitivo estatal – esteja ele associado a sanções penais ou administrativas – para que seja sempre exercido no marco do Estado Democrático de Direito⁹⁹.

Como adendo ao exposto no presente tópico, não se descuida da presença de inúmeros entendimentos diversos e críticas. Aliás, é por demais pretensioso querer apresentar, nestas breves linhas, resposta a um debate que há mais de século se impõe, portanto o que se apresenta são as opções (e justificativas pelas quais foram realizadas) que serão tomadas como base para a construção da presente tese.

Todavia, o renomado jurista Fábio Medina Osório é claro ao afirmar que, se o Estado possui uma unitária pretensão punitiva ou não, certo é que Direito Penal e Direito Administrativo obedecem a comandos constitucionais e, nesse sentido, submetem-se a princípios constitucionais que norteiam o poder punitivo estatal¹⁰⁰.

2.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS APLICÁVEIS AO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Diante do cenário descrito em tópico *retro*, passa-se a analisar a aplicação dos princípios diretamente identificados com o Direito Penal, previstos na Constituição de 1988, capazes de nortear o Direito Administrativo Sancionador. Para análise mais didática, podem, grosso modo, ser agrupados sob os planos material e formal. Eis alguns deles: (i) devido

garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes para sua defesa, a não testemunharem contra si mesmos, a não confessarem culpa e à presunção de inocência. A lei regulará os casos em que, por razão de parentesco ou de segredo profissional, não se estará obrigado a declarar sobre os fatos presumidamente delitivos.

⁹⁸ VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 211.

⁹⁹ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 76.

¹⁰⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 173-175.

processo legal; (ii) legalidade; (iii) tipicidade; e (iv) retroatividade da norma sancionadora mais benéfica.

2.4.1 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal tem como pilares de sustentação a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral¹⁰¹, conforme texto constitucional expresso no art. 5º, LV¹⁰².

O contraditório, consolidado na clássica lição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, representa a ciência bilateral dos termos e atos do processo e a possibilidade de contrariá-los¹⁰³. Na perspectiva de promoção da igualdade substancial no contraditório, há que propugnar uma real participação dos sujeitos processuais ao longo do processo, assegurada a efetividade e plenitude do contraditório. Ademais, o princípio constitui método essencial à reconstrução dos fatos, dialética, indiscutivelmente, valiosa para o processo administrativo.

Ademais, para Odete Medauar, o desdobramento mais direto do princípio do contraditório é a *informação geral* – o direito de ambos os polos processuais de conhecer adequadamente os fatos que se encontram na base da formação do processo e de todos os demais documentos, provas e dados¹⁰⁴.

Já o princípio da ampla defesa apresenta dupla gênese protetiva. Primeiro se apresenta como autodefesa: consolidado pelo direito de audiência – que se traduz na possibilidade de o acusado influir sobre a formulação do convencimento do juiz mediante o interrogatório; e, pelo direito de presença – entendido como a oportunidade de tomar posição, a todo momento, perante as alegações e as provas produzidas, pela imediação com o juiz, as razões¹⁰⁵. Em

¹⁰¹ DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 42. ed., ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 432.

¹⁰² Art. 5. LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

¹⁰³ MENDES, Joaquim Canuto. **A contrariedade na instrução criminal**. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 110.

¹⁰⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 166-167

¹⁰⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 91.

segundo, a ampla defesa se manifesta como defesa técnica, entendido como o direito de participação efetiva de um defensor¹⁰⁶.

Nada obstante as diferenças entre os regimes jurídicos e a técnica processual entre Direito Penal e Direito Administrativo, inegável que ambas as searas devem se compatibilizar com o exercício do contraditório e da ampla defesa, reafirmando-se o núcleo básico presente na Constituição Federal.

Assim, na lição de Humberto Theodoro Júnior, o princípio do devido processo legal, que anteriormente era explícito apenas ao processo penal, agora é endereçado, em texto claro e direto, também ao processo administrativo. Em suma, é uma garantia fundamental a de que, onde houver um processo para solucionar um litígio, seja perante a Justiça, seja perante a Administração, presente estará a garantia constitucional do *due process of law*, em toda sua extensão¹⁰⁷.

2.4.2 Princípio da legalidade

O artigo 5º, XXXIX, da Constituição de 1988 prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”.

Então, o princípio da legalidade tem função constitutiva, pois cria o crime, ao positivar em norma jurídico-penal a associação de uma pena específica à conduta ilícita, mas também possui função de garantia individual, na medida em que exclui a possibilidade de aplicação de penas não dispostas em lei¹⁰⁸.

De se ver que, na seara penal, o referido princípio apresenta-se de forma rigorosa, sendo que somente poderão dispor sobre crimes e respectivas penas aplicáveis a lei ordinária ou a lei complementar – atos normativos, em âmbito nacional, oriundos do Poder Legislativo¹⁰⁹.

¹⁰⁶ No ponto, não se descuida o teor da Súmula Vinculante n. 5, do Supremo Tribunal Federal, que consigna como não obrigatória a presença de advogado no processo administrativo disciplinar. Todavia, tal súmula é alvo de intensas críticas da doutrina, conforme assevera Bacellar Filho e Hachem: “impende concluir seguramente que a Súmula Vinculante nº 5 ostenta graves vícios materiais de inconstitucionalidade — além dos vícios formais, analisados na Proposta de Cancelamento ajuizada pelo Conselho Federal da OAB — já que a defesa técnica, consoante amplamente demonstrado, constitui inobjetével exigência do direito fundamental à ampla defesa no processo administrativo disciplinar.”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 27-64, jan./mar. 2010

¹⁰⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual civil**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 665, 1991, p. 15.

¹⁰⁸ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 68.

¹⁰⁹ DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 42. ed., ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 430.

No âmbito do Direito Administrativo, o princípio da legalidade – expressamente previsto no art. 37 da Constituição Federal como princípio da Administração Pública – possui conotação diversificada. Na clássica lição de Hely Lopes Meirelles, a legalidade administrativa indica que na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal, sendo permitido fazer tão somente o que autorizado por lei¹¹⁰.

Todavia, tal concepção passou por mudanças. No atual Estado de Direito, priorizou-se o culto à constitucionalidade em face do culto à legalidade, sendo, então, que a Administração Pública deve agir de acordo com os princípios gerais de Direito contemplados na Constituição de 1988 (expressa ou implicitamente), não bastando à mera conformidade dos atos administrativos com a lei, como a perspectiva clássica da legalidade administrativa aponta¹¹¹.

Em comparação à legalidade penal, no âmbito da Administração Pública, não há centralização da produção normativa pela União. Ao contrário, os Estados legislam sobre os temas regionais e os Municípios sobre os de interesse local, o que é essencial ao desenvolvimento das atividades públicas, sem que haja reserva de lei federal de âmbito nacional para a maior parte dos temas¹¹².

Além disso, observa-se, em âmbito administrativo, o fenômeno da deslegalização, que consiste na transferência da atividade normativa do âmbito do Poder Legislativo para outras entidades dotadas de autonomia com fundamento constitucional. Assim, o princípio da legalidade administrativa deve ser entendido em seu sentido amplo, constituindo sua fonte todas as normas que compõe o ordenamento jurídico, desde a Constituição até o ato normativo produzido a partir da função administrativa¹¹³.

Todavia, interessa constatar que o Direito Administrativo Sancionador não se satisfaz plenamente com a legalidade vista no Direito Administrativo. A imposição normativa de punições pela Administração Pública exige que a legalidade nessa seara seja mais rigorosa do que a exigida pelo Direito Administrativo, aproximando-se do Direito Penal¹¹⁴.

Assim, levando em consideração que o princípio da legalidade tem a função de limitar a irracionalidade no exercício do poder punitivo estatal, não se pode compreender, no campo

¹¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 86.

¹¹¹ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

¹¹² FÉO, Rebecca. **Direito Administrativo Sancionador e os princípios constitucionais penais: análise dos processos da ANP**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 46.

¹¹³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 92-104.

¹¹⁴ FÉO, Rebecca. **Direito Administrativo Sancionador e os princípios constitucionais penais: análise dos processos da ANP**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 76.

do Direito Administrativo Sancionador, que tal atividade punitiva seja realizada sem que esteja prevista em normas legais expedidas pelo Poder Legislativo¹¹⁵.

No entendimento de Eduardo Garcia de Enterría, não são possíveis nem disposições regulamentares independentes ou que tentem tipificar condutas sancionáveis ou sanções – como é o caso das agências reguladoras, que detêm a expertise técnica para regular, fiscalizar e penalizar as infrações praticadas no seu campo de atuação – sem a adequada cobertura legal¹¹⁶.

Nesse viés, em recente julgamento da ADI 4.874/DF, no Plenário do STF, a Ministra Relatora Rosa Weber afirmou que é inadmissível “a delegação pura e simples à Administração, a criação *ad nutum* de uma figura infracional, por portaria ou resolução, com a imposição da correspondente sanção”¹¹⁷.

Todavia, no campo regulatório, não há afronta ao princípio da legalidade, os atos normativos secundários que regulamentam normas legais de caráter sancionatório, desde que respeitadas as balizas, os limites e os condicionamentos minimamente descritos na lei em sentido formal¹¹⁸.

Ante o exposto, notória a lição de Marçal Justen Filho, o qual adverte que, embora Direito Penal e Direito Administrativo não se confundem, dificultosa é a tarefa de distinguir de forma absoluta e precisa as sanções administrativas e penais – sendo inegável a proximidade dos fenômenos. Dessa forma, não se pode imaginar um Estado Democrático de Direito sem o princípio da legalidade das infrações e sanções¹¹⁹.

2.4.3 Princípio da tipicidade

Na seara penal, o princípio da tipicidade indica que, para o pleno atendimento do princípio da legalidade, não basta a criação de lei prévia que comine sanção, devendo-se descrever de modo certo e inconfundível modelos abstratos de comportamentos, os quais, em virtude de sua desvalorização social, necessitam de repressão. Seus desdobramentos repercutem

¹¹⁵ ARÊDES, Sirlene Nunes. **Âmbito constitucional de aplicação do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, março de 2017, p. 443.

¹¹⁶ ENTERRÍA, Eduardo García. **Curso de Direito Administrativo**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 199.

¹¹⁷ STF, ADI 4.874/DF, Plenário, Relatora Ministra Rosa Weber, DJe 1/2/2019.

¹¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. **A principiologia no direito administrativo sancionador**. Revista eletrônica de Direito de Estado (REDE), Salvador, n. 37, jan./mar. 2014. p. 111-114. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=702>. Acesso em 24 abr. 2022.

¹¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. ed. 3ª tr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 1340.

em duplo sentido, tanto como garantia – em face da determinação subjetiva ou discricionária dos fatos que configuram ilícito penal –, como também, meio de prevenção individual e social – vez que a pública ciência das sanções desencoraja possível infrator¹²⁰.

O conceito não diverge na seara administrativa, impondo-se à Administração Pública a predeterminação normativa da conduta – com completude – e de suas respectivas sanções, de forma que o administrado possa prever com suficiente grau de certeza suas ações e consequências delas resultantes¹²¹.

Nesse viés, Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara bem discorrem acerca da completude das normas sancionadoras, constatando, para tal fim, que esta seja capaz de antecipar abstratamente para os sujeitos envolvidos tanto a qualificação jurídica dos fatos futuros, quanto o conteúdo dos atos administrativos possíveis¹²².

Nesse diapasão, expõe Fábio Medina Osório, em mais uma de suas ilustres lições, que sem a garantia da tipicidade, a Administração Pública, em sua atividade sancionatória, poderia atingir seus administrados com extremo grau de arbitrariedade e desigualdade, ante a inexistência de parâmetros razoáveis para delimitar a atuação do aplicador da norma¹²³. Assim, restariam violados os incisos XXXIX e XLVI do art. 5º da Constituição Federal.

Efeito prático à aplicação principiológica da tipicidade é que não se permite a aplicação da analogia em prejuízo do acusado de infração administrativa. Levando em consideração essa função de garantia, o STJ, no julgamento do Recurso Especial 879.360/SP, decidiu pela aplicação dos princípios da legalidade e da tipicidade no Direito Administrativo Sancionador, como consectários das garantias constitucionais, para o fim de excluir a possibilidade de aplicação da analogia *in malam partem*¹²⁴ - vedando a cumulação das sanções da ação popular com as da ação por ato de improbidade administrativa.

Além disso, a nova disciplina da Lei de Improbidade Administrativa, advinda da novel Lei 14.230/2021, privilegiou o princípio da tipicidade, ao tornar taxativo o rol das condutas ímprobadas previstas no art. 11 – afastando completamente qualquer tipo de interpretação

¹²⁰ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 35.

¹²¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. **A principiologia no direito administrativo sancionador**. Revista eletrônica de Direito de Estado (REDE), Salvador, n. 37, jan./mar. 2014. p. 111-114. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=702>. Acesso em 24 abr. 2022.

¹²² SUNFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Dever regulamentar nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Ano 8, nº 31, jul./set. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 34.

¹²³ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 265.

¹²⁴ STJ, REsp 879360/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 11/9/2008.

extensiva dos institutos previstos no referido artigo. Conforme André Bonat Cordeiro, “não há dúvida de que a insegurança jurídica antes vista diminuirá com essa alteração, que é bastante positiva, sobretudo para se evitar muitos abusos interpretativos costumeiros”, seja por parte do órgão ministerial, seja por parte do próprio Poder Judiciário¹²⁵.

Ante o exposto, tem-se como indispensável ao bom funcionamento da atividade sancionatória estatal, que a norma sancionadora possua um bom grau de descrição e detalhamento, a fim de salvaguardar ao administrado conhecer em que medida o descumprimento de um dever jurídico acarretará a incidência de uma determinada infração administrativa.

2.4.4 Princípio da retroatividade da norma sancionadora mais benéfica

O artigo 5º, XL, da Constituição de 1988 prevê que a “XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;”.

A irretroatividade da lei penal, princípio sempre estampado nas Constituições brasileiras – com exceção apenas da Constituição de 1969, do regime ditatorial – é regra dominante e fundamenta-se na garantia da *segurança jurídica* no ordenamento, a fim de impedir-se a criminalização de condutas em momento posterior à sua prática¹²⁶.

A referida disposição da Constituição de 1988, contudo, prevê exceção à regra da irretroatividade, estabelecendo a retroatividade da lei penal mais benéfica ao agente. E é, precisamente, tal ressalva que merece atenção na presente discussão.

Segundo o penalista alemão Winfried Hassemer, a retroatividade das leis favoráveis ao acusado, de certa forma, pode dificultar a necessidade de retribuição e a busca pela vingança ao ato tido, ao tempo em que praticado, como ilícito. Todavia, prossegue o autor, a retroatividade traz confiança à justiça como uma instituição de controle social, na medida em que criminaliza pensadamente e não criminaliza maliciosamente¹²⁷.

Nesse viés, o advento da nova disciplina da LIA trouxe diversas alterações normativas que podem ser consideradas benéficas para os acusados da prática de improbidade,

¹²⁵ CORDEIRO, Andre Bonat. **As inovações da Lei de Improbidade Administrativa**. Consultor Jurídico. 19 jan, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-19/cordeiro-inovacoes-lei-improbidadeadministrativa>. Acesso em: 28 fev. 2022.

¹²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Volume 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 223.

¹²⁷ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução: Pablo Rodrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 342.

ferventando a discussão acerca da aplicação da norma do artigo 5º, XL, da Constituição de 1988, no Direito Administrativo Sancionador.

Todavia, para tal exame, é necessário, anteriormente, o detalhamento da expressão “lei penal” constante na referida disposição constitucional.

Segundo Rebecca Feó, cumpre destacar que a utilização do termo “lei penal” remete, claramente, à ideia de pena. Assim, ao deixar de descrever quais condutas ensejariam tais penas (prática de crimes, contravenções penais etc.), é possível compreender que nela estão incluídas todas as leis que aplicam *penalidades* pelo Estado a determinadas condutas proibidas – tanto aquelas reprimidas pelo Direito Penal, quanto aquelas reprimidas pelo Direito Administrativo Sancionador¹²⁸.

A aplicação da retroatividade da norma sancionadora mais benéfica encontra previsão, ainda, no art. 9º do Pacto de São José da Costa Rica, que não restringe a incidência do princípio ao Direito Penal, motivo pelo qual seria plenamente possível a sua aplicação às ações de improbidade administrativa¹²⁹.

Assim, compreende-se a retroatividade benéfica como fundamento à segurança jurídica, sendo que a mera ação temporal não ampara a aplicação da penalidade em um momento e em outro não. E, como direito fundamental que estabelece garantia e resguarda o Estado Democrático de Direito, alcança toda e qualquer atividade sancionatória estatal.

No entendimento de Fábio Medina Osório, se não há dúvidas de que, na órbita penal, vige em sua plenitude, o princípio da retroatividade da norma benéfica ou descriminalizante, não haverá de ser outra a orientação do Direito Punitivo em geral, notadamente do Direito Administrativo Sancionador, dentro do devido processo legal¹³⁰.

Nesse mesmo sentido, já se manifestou o STJ em diversas oportunidades, como no julgamento do Recurso Especial 1.153.083/MT¹³¹, do Agravo Interno em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 65.486/RO¹³² e do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança

¹²⁸ FEÓ, Rebecca. **Direito Administrativo Sancionador e os princípios constitucionais penais: análise dos processos da ANP**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 91.

¹²⁹ O art. 9º do Pacto de São José da Costa Rica, na forma do anexo ao Decreto 678/1992, dispõe: “Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delincente será por isso beneficiado.”

¹³⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 312.

¹³¹ STJ, REsp 1.153.083/MT, Primeira Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, DJe 19/11/2014.

¹³² AgInt no RMS 65.486/RO, segunda turma, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 17/08/2021, DJe 26/08/2021.

37.031/SP¹³³. No primeiro julgado, consignou a Ministra Regina Helena Costa, relatora do voto vencedor que:

Quando uma lei é alterada, significa que o Direito está aperfeiçoando-se, evoluindo, em busca de soluções mais próximas do pensamento e anseios da sociedade. Desse modo, se a lei superveniente deixa de considerar como infração um fato anteriormente assim considerado, ou minimiza uma sanção aplicada a uma conduta infracional já prevista, entendo que tal norma deva retroagir para beneficiar o infrator. Constatado, portanto, ser possível extrair do art. 5º, XL, da Constituição da República princípio implícito do Direito Sancionatório, qual seja: a lei mais benéfica retroage. (STJ, REesp 1.153.083/MT, Primeira Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, DJe 19/11/2014).

Assim, vê-se como pacificada a incidência do princípio constitucional da retroatividade da lei benéfica no Direito Administrativo Sancionador, tanto em doutrina, como na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Especificamente, quanto às mudanças benéficas da Lei de Improbidade Administrativa, urge salientar que a questão da (ir)retroatividade da Lei 14.230/21 está sob avaliação no âmbito do Supremo Tribunal Federal, já tendo sido reconhecida a repercussão geral da matéria (Tema 1.199). Todavia, recentemente, diversos tribunais brasileiros, como o Tribunal de Justiça de Santa Catarina¹³⁴, o Tribunal de Justiça de São Paulo¹³⁵, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região¹³⁶ e o Tribunal Regional Federal da 5ª Região¹³⁷ se manifestaram positivamente.

¹³³ RMS 37.031/SP, Primeira Turma, Relatora Ministra Regina Helena Costa, julgado em 08/02/2018, DJe 20/02/2018.

¹³⁴ TJSC, Apelação n. 0900599- 55.2017.8.24.0039, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, relator Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Primeira Câmara de Direito Público, julgado em 01/02/2022; TJSC, Apelação n. 0900191-30.2017.8.24.0018, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, relatora Desembargadora Bettina Maria Maresch de Moura, Terceira Câmara de Direito Público, julgado em 16/11/2021.

¹³⁵ TJSP, Agravo de Instrumento n. 2146747-50.2021.8.26.0000, Relator Torres de Carvalho, Décima Câmara de Direito Público, julgado em 16/12/2021

¹³⁶ TRF 3ª Região, 3ª Turma, Apelação Cível n. 5000547-79.2018.4.03.6118, Relator Desembargador Federal Luis Carlos Hiroki Muta, julgado em 17/12/2021.

¹³⁷ TRF 5ª Região, 2ª Turma, Apelação Cível n. 0000830-56.2013.4.05.8205, Relator Desembargador Federal Thiago Batista Ataíde, julgado em 17/12/2021.

3 A NOVA DISCIPLINA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

3.1 BREVE HISTÓRICO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA), constitui instrumento jurídico propício para combater a conduta do agente público ou do particular que infringe a moralidade administrativa¹³⁸, sendo resultado de uma série de transformações normativas ocorridas ao longo dos séculos XIX e XX. Para o professor Daniel Neves, a previsão de instrumentos como a LIA, capazes de enfrentar “a desonestidade, a corrupção e a deslealdade com o trato da coisa pública”, representam “importante critério de verificação da seriedade de determinado Estado”¹³⁹.

No Brasil, muito antes dos atos de improbidade alcançarem status de norma constitucional nos termos da Carta Magna de 1988, e merecerem a abordagem específica a partir de uma Lei de Improbidades Administrativas, a preocupação com a probidade no exercício das funções públicas e com a cominação de sanções aos atos de corrupção já existia, ainda que mediante institutos normativos muito prematuros, dos quais vale citar as Ordenações Filipinas e o Código Criminal de 1830.

Findo o período imperial, com a instauração da República, denota-se uma preocupação ainda maior com a probidade na gestão pública, haja vista que todas as Constituições Republicanas submetem os atos do Chefe de Estado ao crivo da probidade administrativa¹⁴⁰.

Todavia, merece destaque a Constituição Federal de 1946 que, superado o Estado Novo, vai além das Cartas anteriores, ao estipular que a legislação infraconstitucional disponha sobre o manejo das medidas de sequestro e perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito por influência ou com abuso de cargo, função pública ou emprego em entidade autárquica. Nesse contexto, surgem a Lei do Impeachment (Lei Federal 1.079/1950), a Lei Pitombo-Godói Ilha (Lei Federal 3.164/1957) e a Lei Bilac Pinto (Lei Federal

¹³⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa: direito material e processual**. 6. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 32.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ Destacam-se: o artigo 54, § 6º, da Constituição de 1891; o artigo 57, alínea “f”, da Constituição 1934; o artigo 85, alínea “d”, da Constituição de 1937; o artigo 89, inciso V, da Constituição de 1946; o artigo 84, inciso V, da Constituição de 1967; o artigo 82, inciso V, da Emenda Constitucional nº 1 de 1969; e o artigo 85, V, da Carta de 1988.

3.502/1958), as quais embora representem um avanço normativo sobre a temática, não conseguiram imprimir tantos efeitos na prática¹⁴¹.

Com o golpe militar de março de 1964, instaurada a ditadura militar, foram publicados os Atos Institucionais, compostos por uma série de medidas absolutistas e autoritárias, que visavam centralizar a competência para o controle da probidade administrativa e a cominação das respectivas sanções no Poder Executivo, ou seja, nos próprios militares. Sob esse véu, foi institucionalizada a corrupção, enquanto o controle da probidade era direcionado apenas para quem se opusesse ao regime militar, em forma de perseguição. Por sua vez, as Constituições outorgadas durante o regime seguiram esta mesma linha de raciocínio, instrumentalizando o combate à corrupção em favor do regime militar¹⁴².

Isto posto, foi novamente num contexto de transição de um regime autoritário para um regime democrático, que houve novos avanços normativos sobre a matéria em comento. Nesse sentido, a Constituição Federal da República Brasileira de 1988 trouxe, em seu artigo 37, a previsão não apenas dos princípios que regeriam a Administração Pública, mas também as sanções previstas aos atos de improbidade, relegando à legislação infraconstitucional a competência para complementá-la. A partir desse momento, travaram-se os debates que levaram à promulgação da Lei Federal 8.429/1992, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

Originalmente, o Projeto de Lei 1.446/1991 enviado ao Congresso Nacional pelo Presidente da República em exercício, Fernando Collor de Mello, tinha por objetivo regulamentar o § 4º, do artigo 37, da Constituição Federal, e, conforme se extrai da exposição de motivos enviada pelo então Ministro da Justiça, Jarbas Passarinho, pretendia-se que fosse “um marco no processo de modernização do país”, vez que se vivia num período em que “a prática desenfreada e impune de atos de corrupção, no trato com os dinheiros públicos” constituía uma das maiores mazelas que afligiam a nação¹⁴³.

Nessa conjuntura, os parlamentares responsáveis pelo desenvolvimento da proposta legislativa pautaram-se no anseio popular pelo combate à corrupção e, diante disso,

¹⁴¹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 5. ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹⁴² Para que fique mais claro, convém citar a Carta de 1967 que, nas palavras de Marcelo Peregrino Ferreira, impôs “a disciplina mais farta e generosa sobre as inelegibilidades em toda a história constitucional brasileira, demonstrando a eficácia, para os regimes de força, da subtração dos direitos políticos como etapa impostergável para sua própria viabilização”. In FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O Controle de Convencionalidade da Lei da Ficha Limpa: Direitos políticos e inelegibilidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

¹⁴³ BRASIL. Ministério de Estado da Justiça. **Exposição de Motivos nº EM. GM/SAA/0388**. Brasília: Diário do Congresso Nacional, Seção 1, p. 14124, 1991. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-exposicao-demotivos-149644-pl.html>. Acesso em: 02 ago. 2021.

pretendiam que a norma abarcasse todos os atos, comissivos ou omissivos, dolosos ou culposos, que pudessem ser interpretados como imorais e em desacordo com os princípios que regem a administração pública.

Assim, resguardados pelo discurso anticorrupção, bem como pelo reflexo positivo deste no eleitorado, os congressistas que participaram da elaboração da Lei de Improbidade Administrativa convergiram para a construção de três tipos administrativos sancionatórios, sejam eles: (i) o artigo 9, que traz os atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito; (ii) o artigo 10, que incorpora os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário; e, por fim, (iii) o artigo 11, que de modo diverso dos demais, não traz elementos objetivos para sua configuração, limitando-se aos atos - comissivos ou não - que atentem contra os princípios da administração pública¹⁴⁴.

Nesse sentido, desde já é de se notar a finalidade que se tinha para a referida Lei: instrumentalizar o combate repressivo aos atos de corrupção mediante a criação de institutos normativos “fortes”, e essa força, na verdade, decorria da abrangência desses institutos. Isto é, pretendia-se que todas as condutas que pudessem ser consideradas ímprobas fossem objeto dos tipos administrativos sancionadores, evitando a impunidade e, conseqüentemente, conferindo legitimidade ao Estado Brasileiro por seus representantes¹⁴⁵. Trata-se, no ponto, de um movimento jurídico popularmente conhecido como *Rule of Law* (ROL), que no Brasil ficou marcado também pelo fortalecimento de órgãos como o Ministério Público.

Entretanto, viu-se, ao longo dos anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa, a instauração de um estado de extrema insegurança jurídica e arbitrariedades que permeiam a Administração Pública¹⁴⁶.

Ora, o agente público, no âmbito de suas atribuições, é constantemente demandado a tomar importantes decisões visando ao bom funcionamento da máquina pública. Todavia, tal poder decisório, por vezes, é acompanhado de conseqüências gravíssimas, em face do alto

¹⁴⁴ SOBRANE, Sérgio Turra. **Improbidade Administrativa: Aspectos Materiais, Dimensão Difusa e Coisa Julgada**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 61.

¹⁴⁵ Aqui traça-se um paralelo com a modalidade de dominação legal ou racional de que trata o sociólogo Max Weber e a necessidade de mecanismos de accountability. In SANTOS, Denisson da Silva. **Improbidade administrativa no Brasil: uma análise de output**. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Universidade Federal de Alagoas. Instituto de Ciências Sociais. Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Maceió, 2014.

¹⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: Lei 14.230**, de 25 de outubro de 2021. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 8.

risco de responsabilização decorrente de um controle externo excessivo e disfuncional, a culminar no fenômeno denominado “Direito Administrativo do Medo”¹⁴⁷.

Na realidade prática, observam-se agentes públicos competentes abdicando de cargos públicos de gestão e cargos públicos de confiança – como em comissões de licitação, por exemplo –, sob o argumento de estarem amplamente expostos à possibilidade de sofrer graves sanções e enfrentar todo um desgaste pessoal, familiar e profissional, caso venha a responder a uma Ação de Improbidade Administrativa.

Sob um contexto de um aparato de controle sedento por punições, agentes administrativos são acusados por meros equívocos, sem sequer ter atuado de má-fé, sendo-lhes atribuídas duras sanções, em razão dos mesmos fatos, nas diversas matizes administrativa, cível e criminal.

Diante disso, o Poder Legislativo promoveu uma série de mudanças, dentre as quais vale citar a Lei Federal 13.655/2018, que trouxe novos ares à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) – na medida em que impôs a vedação às decisões fundamentadas em valores jurídicos abstratos, sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão, e, ainda, restringiu a responsabilização do agente público por suas decisões ou opiniões técnicas aos casos em que houver dolo ou erro grosseiro.

Todavia, os efeitos práticos da referida legislação foram inexpressivos e a Lei de Improbidade Administrativa ainda carecia de segurança jurídica para impor suas severas sanções. Consoante Lohbauer, Batish, Tamanaha e Almeida, “a redação original estava defasada e dependia de uma atualização para conferir maior racionalidade e previsibilidade à responsabilização pela prática de improbidade administrativa”¹⁴⁸.

Assim, a recente Lei 14.230/21, em suas inúmeras e significativas mudanças, contemplou o que há muito já era preconizado pela doutrina e jurisprudência no que tange à aproximação de institutos do Direito Penal para o Direito Administrativo Sancionador – com a transposição de garantias e princípios para a esfera da improbidade administrativa, visando impor limites à persecução estatal e à propositura descontrolada de ações sem elementos concretos aptos a aferir justa causa¹⁴⁹.

¹⁴⁷ DOS SANTOS, Rodrigo Valgas. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

¹⁴⁸ LOHBAUER, Rosane Menezes, et. al. **Comentários sobre as mudanças na Lei de Improbidade Administrativa. Consultor Jurídico**. 13/11/2021. N. p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov13/opinioao-comentarios-mudancas-lei-improbidade>. Acesso em 28 abr. 2022.

¹⁴⁹ MELO, Viviane; MELO, Valber. **Absolvição criminal e a nova Lei de Improbidade. Consultor Jurídico, 1º/03/2022**. N. p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-01/opinioao-absolvicao-criminal-lei-improbidade>. Acesso em 02 maio. 2022.

3.2 A PUBLICAÇÃO DA LEI 14.230/2021

Na data de 26 de outubro de 2021, entrou em vigor a Lei 14.230¹⁵⁰. Contando com apenas cinco artigos, a nova normativa promoveu alterações de relevo sobre a Lei de Improbidade Administrativa – dentre acréscimos, alterações e revogações –, passando a ser alcunhada, inclusive, de “nova lei de improbidade administrativa”¹⁵¹.

A Lei 14.230/2021, vale dizer, foi originada do Projeto de Lei 10.887/2018, apresentado em 17/10/2018 na Câmara dos Deputados, de autoria do Deputado Federal Roberto de Lucena (PODEMOS/SP)¹⁵² e votado pelo plenário em 16/06/2021¹⁵³. Referido projeto, entre as datas de 09/07/2021 e 01/10/2021, foi avaliado e emendado no âmbito do Senado Federal (casa revisora) pelo relator, o Senador Weverton (PDT/MA)¹⁵⁴, onde foi assumido o número de PL 2.505/2021.

Retornado o Projeto de Lei 2.505/2021 para a Câmara dos Deputados (casa iniciadora) para análise das emendas, este sofreu mais discussões sobre seu conteúdo entre as datas de 04/10/2021 e 25/10/2021, sendo aceitas sete das oito emendas aprovadas pelo Senado com base no relatório do Senador Weverton¹⁵⁵. Nesse caminho, transformou-se o documento na Lei ordinária n. 14.230/2021 e encaminhado para sanção presidencial¹⁵⁶.

O ato do Presidente da República, Jair Bolsonaro, foi pela sanção integral do texto, sem quaisquer vetos, ocorrido na mesma data de 25/10/2021, assumindo a Lei 14.230/2021 a

¹⁵⁰ BRASIL. **Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Diário Oficial da União: Brasília, 2021. N. p.

¹⁵¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, et. al. **Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 17

¹⁵² BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 2505, de 2021**. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/149081>. Acesso em 28 fev. 2022.

¹⁵³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2505/2021 (nº Anterior: PL 10887/2018)**. Brasília, 2018. N. p. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>. Acesso em 28 fev. 2022

¹⁵⁴ BRASIL. Senado Federal. **Lei define novas regras para improbidade administrativa**. Brasília, 2021. N. p. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/10/26/lei-define-novas-regras-para-improbidade-administrativa>. Acesso em 06 mar. 2022.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 10887/2018**. Brasília, 2018. N. p. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-10887-2018>. Acesso em 28 fev. 2022.

publicação no Diário Oficial da União na data seguinte (26/10/2021)¹⁵⁷, com vigência imediata de seus dispositivos (art. 5º¹⁵⁸).

Vale dizer, nesse contexto, que a movimentação para construção de uma nova Lei de Improbidade Administrativa decorreu da situação de insegurança que paralisava os agentes públicos no exercício de suas funções¹⁵⁹. Consoante Marçal Justen Filho, a Lei 8.429/1992, no formato em que se encontrava, “propiciou a proliferação de julgamentos em primeiro grau sem a produção de prova, fundada em presunções de diversa ordem”.

Ademais, segundo o autor, por faculdades previstas na normativa, como a condenação com base na mera culpa, prevista no art. 10 da LIA, e a formulação de petição com pedidos indeterminados (pleito pela condenação pelos arts. 9, 10 ou 11, sucessivamente), “muitas ações de improbidade passaram a ser orientadas a fins diversos daqueles constitucionalmente previstos”¹⁶⁰.

Segundo Cristiana Fortini, a “vocação da lei nunca foi a penaliza o do inábil, mas do agente público corrupto, pelo que necessária a distin o entre ilegalidade e improbidade administrativa”¹⁶¹. Por essa razão, segundo ela, “parte significativa do mundo jurídico reage ao expressivo volume de a es de improbidade, aduzindo que desacerto por vezes relatados, ainda que reais, não traduzem casos de improbidade, quando ausente a desonestidade do comportamento”¹⁶².

Com base nessas conclusões, inclusive, é que, previamente à apresenta o do PL 10.887/2018, constituiu-se, na Câmara dos Deputados, uma comissão de juristas para formular a reforma da Lei de Improbidade Administrativa. Presidida pelo Ministro do STJ, Mauro Campbell Marques, a comissão foi integrada por Cassio Scarpinella Bueno, Emerson Garcia, Fabiano da Rosa Tresolin, Fábio Bastos Stica, Guilherme de Souza Nucci, Mauro Roberto Gomes de Matos, Ney Bello, Rodrigo Mudrovitsch, Sérgio Arenhardt e Marçal Justen Filho¹⁶³.

¹⁵⁷ BRASIL. Imprensa Nacional. **Diário Oficial da União n  202**. Brasília, 26 out. 2021. N. p. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=515&pagina=1&data=26/10/2021>. Acesso em: 28 fev. 2022.

¹⁵⁸ Art. 5  Esta Lei entra em vigor na data de sua publica o. (BRASIL. Lei n  14.230, de 25 de outubro de 2021. *Diário Oficial da União*: Brasília, 2021, n. p.).

¹⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 8.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 8.

¹⁶¹ FORTINI, Cristiana. **Retroatividade benigna da Lei 14.230: o que dizer de decisões transitadas em julgado?** *Consultor Jurídico*, 17 fev. 2022. N. p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev17/interesse-publico-retroatividade-benigna-lei-1423021>. Acesso em 28 fev. 2022.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 9.

E segundo estes especialistas, o objetivo dos dispositivos da Lei 14.230/2021 consiste em reservar a ação de improbidade para infrações muito graves, que comportem execução diferenciada. Ainda, a “expectativa é que propiciem a agilização dos processos e a efetividade da punição a condutas ímprobas”, consoante destaca Justen Filho¹⁶⁴.

Nos termos de Prado Filho e Alves, finalmente, o “texto aprovado pela Câmara está longe do ideal, mas é o avanço possível enquanto não mudarmos a nossa cultura jurídica” e enquanto “não estivermos todos preocupados em criar condições de estímulo e segurança jurídica ao bom administrador”¹⁶⁵.

Ademais, consoante Assumpção Neves, a “reforma legislativa representa, em última análise, uma descaracterização da redação originária do texto legal, com a modificação de quase todos os dispositivos da Lei 8.429/1992”. Em verdade, “restou preservada a numeração da Lei 8.429/1992. Contudo, sob o aspecto material, o conteúdo da LIA foi intensamente alterado. Trata-se, de fato, de uma nova Lei com a mesma numeração”¹⁶⁶.

Nesse caminho, torna-se possível a avaliação pormenorizada acerca das alterações promovidas pela Lei 14.230/2021 na Lei 8.429/1992.

3.3 AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 14.230/2021 NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A APROXIMAÇÃO AOS INSTITUTOS DO DIREITO PENAL

3.3.1 Alterações de caráter geral realizadas pela Nova Lei

Considerando o exposto em tópico *retro*, a Lei 14.230/2021 emergiu da necessidade de alteração da forma em que estava sendo promovida a responsabilização dos agentes por improbidade administrativa, muitas vezes inadequada aos fatos ocorridos e sem o desenvolvimento escorreito da imputação e comprovação dos eventos perante o Poder Judiciário.

Fernando Capez sempre alertou para o risco da imposição das pesadas sanções da LIA sem critérios rígidos. Segundo constatou o autor, penas com severidade igual ou superior às

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 10

¹⁶⁵ PRADO FILHO, Francisco Octavio de Almeida; ALVES, Adriano. **Alterações na Lei de Improbidade: Avanços e reflexos eleitorais**. Consultor Jurídico. 07 fev. 2022. N. p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-07/direito-eleitoral-alteracoes-lei-improbidade-avancos-reflexos-eleitorais>. Acesso em 01 mar. 2022

¹⁶⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa: Lei 14.230, de 25.10.2021 comentada artigo por artigo**. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 3.

de natureza criminal, como são as da Lei de Improbidade Administrativa, não podem ser impostas sem o preenchimento de requisitos de verificação da responsabilidade individual, sob pena de afrontar os princípios constitucionais limitadores do poder punitivo estatal¹⁶⁷.

Nesse caminho, é de ressaltar, de início, que mudança relevante promovida pela Lei 14.230/2021 compreendeu a exigência de demonstração do elemento subjetivo “dolo” para fins de responsabilização. Nos termos de Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, os três primeiros parágrafos do art. 1º da LIA¹⁶⁸, após a reforma, “já ‘dão o recado’, passando a mensagem e a tônica da nova lei, pois modificam substancialmente a caracterização do ato de improbidade, excluindo a possibilidade de ato de improbidade culposo”¹⁶⁹:

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.

§1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais.

§2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.

§3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

Marçal Justen Filho, no mesmo sentido, indica que “apenas existe improbidade nos casos em que o agente estatal tiver consciência da natureza indevida da sua conduta e atuar de modo consciente para produzir esse resultado”¹⁷⁰. Em outros termos, o autor conceitua a demonstração do dolo como “a consciência do sujeito quanto à antijuridicidade de sua conduta e a vontade de praticar a ação ou omissão necessária à consumação da infração”¹⁷¹.

Ademais, importa dizer que o dolo necessário, disciplinado pela Lei 14.230/2021, não é aquele genérico, mas o “dolo específico”. Assim, deve-se compreender que o dolo, “poderá e deverá ser tratado como não apenas a vontade livre e consciente, mas a vontade livre e

¹⁶⁷ CAPEZ, Fernando. **Improbidade Administrativa – limites constitucionais**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 24.

¹⁶⁸ BRASIL. **Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992**. Diário Oficial da União: Brasília, 1992.

¹⁶⁹ CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. In: **Comentários à nova lei de improbidade administrativa**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 44.

¹⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021**. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 36.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 35.

consciente de praticar atos de tal maneira, que vão além do ato praticado sem cuidado, sem cautela [...]”¹⁷².

Nesse sentido, conforme Oliveira e Halpern, “ao contrário da jurisprudência tradicional do STJ, firmada a partir da interpretação originária da LIA, no sentido de que bastaria o dolo genérico para caracterização da improbidade, o §2º do art. 1º da LIA exige, a partir de agora, o dolo específico para configuração da improbidade”¹⁷³.

E tal constatação é assegurada pelo regramento disposto no art. 11, §§ 1º e 2º, da LIA¹⁷⁴ (com redação dada pela Lei 14.230/2021), em que se fez constar que somente haverá responsabilização, sob quaisquer atos de improbidade administrativa, “quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade”.

Nesse diapasão, veja-se que a percepção das nefastas sanções advindas de condenação em Ação de Improbidade Administrativa torna necessária a demonstração do dolo para a configuração e responsabilização de ato ímprobo – assemelhando-se ao critério de verificação da responsabilidade individual do réu àquele exigido no âmbito penal.

Exemplificando o sobredito, a exigência de dolo específico em obtenção de vantagem pessoal a si ou a outrem contido no art. 11, §1º c/c §2º da LIA é justamente o que atualmente requer o art. 337-F do Código Penal¹⁷⁵ – tipo penal cuja exigência do citado elemento subjetivo já fora consagrada pela jurisprudência do STJ¹⁷⁶.

¹⁷² CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. *In: Comentários à nova lei de improbidade administrativa*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 46.

¹⁷³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. **A retroatividade da Lei mais benéfica no Direito Administrativo sancionador e a reforma da Lei de Improbidade pela Lei nº 14.230/2021**. Rev. IOB de Direito Administrativo. São Paulo, v. 17, n. 194, p 75-85, fev. 2022. Disponível em: <https://zenite.blog.br/wp-content/uploads/2021/12/lei-mais-benefica-no-direito-administrativo-sancionador-e-areforma-de-lei-de-improbidade.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2022.

¹⁷⁴ Art. 11. § 1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade. § 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei.

¹⁷⁵ Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório: Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa. (Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.)

¹⁷⁶ Acerca do tema, ainda sob a égide do art. 90 da Lei 8.666/1993, o Superior Tribunal de Justiça exige a presença de dolo específico, pois o tipo do crime de frustração ou fraude à licitação exige a finalidade especial de se obter vantagem para si ou para outrem. (STJ, HC 384.302/TO, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julg. em 01.06.2017, DJe de 09.06.2017).

Segundo o ilustre doutrinador Fernando Capez, a Lei 14.230/2021, ao exigir dolo com finalidade especial do agente, “equipara o Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador, dando a situações equivalentes, tratamento assemelhado”. E, assim, “impede que sanções tão rigorosas quanto as de natureza penal sejam impostas com supressão do núcleo de garantias do processo penal”¹⁷⁷.

Também colaborando para a proteção do agente público em ações de improbidade administrativa, consoante atualizado art. 1º, §4º, da LIA¹⁷⁸, é possível perceber a referência expressa à incidência dos princípios do Direito Administrativo Sancionador.

Consoante indica Figueiredo Cruz¹⁷⁹, tal regramento traz uma análise mais garantista que auxilia na aplicação justa da legislação ao proteger a liberdade e segurança no sistema de responsabilidade por atos de improbidade administrativa nos termos do art. 5º da Constituição Federal.

Nesse diapasão, conforme destacado no Capítulo 2 do presente estudo, urge salientar que a lógica por detrás dos princípios do Direito Administrativo Sancionador emana da própria lógica conferida à aplicação das garantias estabelecidas no Direito Penal, ao estabelecerem limites ao poder punitivo estatal considerado em sua vertente *latu sensu*.

No ponto, valiosa a lição de Fábio Medina Osório¹⁸⁰:

Direito Penal e Direito Administrativo confluem para dar nascimento ao Direito Administrativo Sancionador. Há princípios constitucionais comuns ao Direito Público punitivo. Ao Direito Administrativo Sancionador se aplicam os princípios do Direito Penal e Processual Penal, com matizes, por simetria.

Nesse sentido é, inclusive, que através da Lei 14.230/2021, foi promovida a limitação dos atos de improbidade administrativa que consistam em violação a princípios (art. 11 da LIA¹⁸¹), passando-se a prever rol taxativo de condutas. Assim, uma conduta que não se

¹⁷⁷ CAPEZ, Fernando. **Dolo Penal na improbidade administrativa**. Consultor Jurídico. 09 dez. 2021. N. p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/controversias-juridicas-dolo-penal-improbidade-administrativa>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁷⁸ Art. 1º, § 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador. (BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Diário Oficial da União: Brasília, 1992, n. p.).

¹⁷⁹ CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. *In: Comentários à nova lei de improbidade administrativa*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 50.

¹⁸⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo Sancionador**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2019, p. 83.

¹⁸¹ Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: [...]. (BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Diário Oficial da União: Brasília, 1992, n. p.).

subsuma às hipóteses dos incisos do art. 11 é destituída de tipicidade, não podendo ensejar responsabilização¹⁸².

Segundo Aldem Johnston Barbosa Araújo, “há um profundo redesenho deste artigo 11, pois o dispositivo perde o caráter de ‘norma penal em branco’ que era complementado pela interposição que o operador do Direito desse a conceitos jurídicos indeterminados (como moralidade, por exemplo)”¹⁸³.

Ainda, conforme André Bonat Cordeiro, “não há dúvida de que a insegurança jurídica antes vista diminuirá com essa alteração, que é bastante positiva, sobretudo para se evitar muitos abusos interpretativos costumeiros”, seja por parte do órgão ministerial, seja por parte do próprio Poder Judiciário¹⁸⁴.

Assim, com a interpretação taxativa das condutas e a aplicação expressa dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador, dispõe o legislador de uma análise mais aprimorada realizando uma subsunção entre as condutas descritas previamente na norma – em homenagem aos renomados princípios da legalidade, da tipicidade (formal e material) e da anterioridade¹⁸⁵.

Não fosse suficiente, com relação ao mesmo artigo 11, foram revogados os incisos I e II, a fim de “evitar a banalização da improbidade administrativa” e “afastar a identificação entre ilegalidade e improbidade”¹⁸⁶, além de ter sido dada nova redação a todos os outros incisos remanescentes do dispositivo. Os incisos IX e X também foram revogados, considerando que previam atos os quais não se enquadravam no âmbito da improbidade administrativa¹⁸⁷.

Por seu turno, com relação ao art. 10 da LIA¹⁸⁸, além de ter sido diretamente afetado pela necessidade de demonstração de conduta dolosa, passou a ser necessária melhor demonstração com relação ao dano provocado à Administração. Consoante Luiz Manoel Gomes Junior e Rogerio Favreto, “com a utilização dos termos efetiva e comprovadamente

¹⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 136.

¹⁸³ ARAÚJO, Aldem Johnston Barbosa. **Primeiras impressões sobre a nova LIA à luz do Direito Administrativo sancionador**. Consultor Jurídico. 28 out. 2021. N. p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-28/johnston-lia-luz-direito-administrativo-sancionador>. Acesso em: 01 mar. 2022.

¹⁸⁴ CORDEIRO, Andre Bonat. **As inovações da Lei de Improbidade Administrativa**. Consultor Jurídico. 19 jan, 2022. N. p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-19/cordeiro-inovacoes-lei-improbidadeadministrativa>. Acesso em 28 fev. 2022.

¹⁸⁵ CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. *In: Comentários à nova lei de improbidade administrativa*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 51.

¹⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 136.

¹⁸⁷ *Ibidem.*, pp. 142-143.

¹⁸⁸ BRASIL. **Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992**. Diário Oficial da União: Brasília, 1992. N. p.

passa a lei a afastar a possibilidade da lesividade presumida defendida por parte da doutrina e adotada pela jurisprudência”¹⁸⁹:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: [...].

Assentam os autores, inclusive, que “a pena de ressarcimento só é aplicável ao agente se o prejuízo ao erário for real, isto é, tiver conteúdo econômico ou patrimonial, não sendo possível a aplicação da pena se a lesão for considerada do ponto de vista moral ou social”¹⁹⁰. Logo, maior o trabalho da parte autora na ação de improbidade, assim como mais extensa a produção probatória nessa seara.

No mesmo sentido, consoante Mudrovitsch e Nóbrega, o Ministério Público, na qualidade de legitimado ativo, “não poderá furtar-se à indispensabilidade da comprovação de dano efetivo, à falta do qual não haverá que se falar em ressarcimento ao erário – ou, sequer, em interesse processual”¹⁹¹.

Tratando das penalidades da Lei, urge salientar que toda a reforma da Lei de Improbidade Administrativa teve como finalidade afastar os excessos na aplicação da lei e das suas sanções.

Veja-se que a nova normativa não restou por revogar quaisquer das graves sanções já previstas na LIA, em sua redação anterior. Continuam sendo elas: (i) perda dos bens acrescidos ilicitamente; (ii) ressarcimento integral do dano; (iii) perda da função pública; (iv) suspensão dos direitos políticos; (v) multa civil; e, (vi) proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios.

Todavia, houve alteração nos limites mínimos e máximos dispostos no art. 12¹⁹², assim como afastada a hipótese de aplicação da penalidade de suspensão dos direitos políticos quando ocorrida mera violação a princípios pelo agente público¹⁹³:

¹⁸⁹ GOMES JÚNIOR, Luís Manoel; FAVRETO, Rogério. *In: Comentários à nova lei de improbidade administrativa*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 115.

¹⁹⁰ *Ibidem.*, p. 116.

¹⁹¹ MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. **Improbidade, ressarcimento e um diálogo entre precedentes**. Consultor Jurídico. N. p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out29/improbidade-debate-imprescritibilidade-ressarcimento-erario-fundado-improbidade>. Acesso em 15 mar. 2022.

¹⁹² BRASIL. **Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992**. Diário Oficial da União: Brasília, 1992. N. p.

¹⁹³ GOMES JÚNIOR; FAVRETO, *In: Comentários à nova lei de improbidade administrativa*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 190.

Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 14 (catorze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos;

II - na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos;

III - na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos; [...] §4º Em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a sanção de proibição de contratação com o poder público pode extrapolar o ente público lesado pelo ato de improbidade, observados os impactos econômicos e sociais das sanções, de forma a preservar a função social da pessoa jurídica, conforme disposto no §3º deste artigo.

Ponto importante de tal normativa reside em ressaltar que as penas previstas não devem, de forma obrigatória, ser aplicadas cumulativamente, sendo indispensável uma gradação tendo em vista a gravidade do ato praticado¹⁹⁴.

Embora a introdução da expressão “podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato” ter sido acrescida por redação dada pela Lei 12.120/2009, urge salientar que a Lei 14.230/2021 trouxe novas e importantes diretrizes à aplicação gradativa das penas.

Isso porque o art. 17-C da nova disciplina da LIA, expressamente, previu que o julgador da Ação de Improbidade Administrativa deverá – em um olhar conjunto à aplicação isolada ou cumulativa das sanções estabelecidas no art. 12 do mesmo diploma, bem como seus limites mínimos e máximos – realizar uma *dosimetria da pena*, considerando: (i) os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; (ii) a natureza, a gravidade e o impacto da infração cometida; (iii) a extensão do dano causado; (iv) o proveito patrimonial obtido pelo agente; (v) as circunstâncias agravantes ou atenuantes; (vi) a atuação do agente em minorar os

¹⁹⁴ GOMES JÚNIOR, Luís Manoel; FAVRETO, Rogério. In: **Comentários à nova lei de improbidade administrativa**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 175.

prejuízos e as consequências advindas de sua conduta omissiva ou comissiva; e, (vii) os antecedentes do agente ¹⁹⁵.

Ora, resta evidente que a dosimetria da pena na aplicação da sanção por ato de improbidade administrativa guarda estrita similaridade como aquela prevista no art. 59 do Código Penal para aplicação de penalidade, sendo forte sintomático da mencionada aproximação entre as searas penal e administrativa – com a transposição de garantias e princípios para a esfera da improbidade administrativa.

Ademais, existente previsão expressa pela possibilidade de aplicação única e exclusiva da penalidade de multa, quando for inferior à violação aos bens jurídicos tutelados (art. 12, §5º¹⁹⁶) – em uma espécie de ato ímprobo dito “privilegiado” – tornando inviável a cumulatividade sancionatória.

Ainda quanto às penalidades e dentro da premissa da Lei 14.230/2021 de estabelecer, no âmbito da ação de improbidade administrativa, a aplicação do regime jurídico de Direito Administrativo Sancionador, inseriu-se no sistema, através do art. 18-A da LIA¹⁹⁷, disposição atinente à unificação de penas aplicadas ao agente público para os casos de continuidade de ilícito ou a prática de diversas ilicitudes.

O art. 18-A, I, da Lei 8.429/1992, ora comentado, estabelece a possibilidade de o juiz unificar eventuais sanções aplicadas com outras já impostas em outros processos, tendo em vista a ocorrência de continuidade de ilícitos, mantendo-se a maior sanção aplicada, aumentada de 1/3 (um terço), ou a soma das penas, o que for mais benéfico ao réu.

O mesmo ocorre na seara penal, conforme o art. 71¹⁹⁸ do Código Penal, em que há aplicação de um só dos crimes (com aumento fracionário) quando o agente, mediante mais de

¹⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 8.

¹⁹⁶ § 5º No caso de atos de menor ofensa aos bens jurídicos tutelados por esta Lei, a sanção limitar-se-á à aplicação de multa, sem prejuízo do ressarcimento do dano e da perda dos valores obtidos, quando for o caso, nos termos do *caput* deste artigo. (BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Diário Oficial da União: Brasília, 1992. N. p.).

¹⁹⁷ Art. 18-A. A requerimento do réu, na fase de cumprimento da sentença, o juiz unificará eventuais sanções aplicadas com outras já impostas em outros processos, tendo em vista a eventual continuidade de ilícito ou a prática de diversas ilicitudes, observado o seguinte: I - no caso de continuidade de ilícito, o juiz promoverá a maior sanção aplicada, aumentada de 1/3 (um terço), ou a soma das penas, o que for mais benéfico ao réu; II - no caso de prática de novos atos ilícitos pelo mesmo sujeito, o juiz somará as sanções. Parágrafo único. As sanções de suspensão de direitos políticos e de proibição de contratar ou de receber incentivos fiscais ou creditícios do poder público observarão o limite máximo de 20 (vinte) anos. (BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Diário Oficial da União: Brasília, 1992. N. p.).

¹⁹⁸ Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. (BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.)

uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes.

Segundo Gajardoni, adotou-se, da mesma forma que no âmbito do Direito Penal, a teoria da ficção jurídica, no sentido de que apesar da existência de vários ilícitos, ao menos para fins de aplicação de sanções, eles são considerados ilícito único¹⁹⁹.

Não se tratando de ilícitos continuados, havendo diversas condenações pela prática de improbidade administrativa, com diversas sanções aplicadas em cada um dos processos, elas serão somadas para cumprimento. Este é o teor do art. 18-A, II, da LIA, incluído pela Lei 14.230, de 2021, que guarda estrita similaridade com a aplicação das penas em casos de crimes cometidos em concurso material, consoante delinea o art. 69²⁰⁰ do Código Penal.

No mesmo viés, o novo modelo vai estabelecer, tanto quanto já há no âmbito do Direito Penal (art. 75, *caput*, do Código Penal²⁰¹), um limite temporal máximo para o cumprimento das penas somadas de suspensão de direitos políticos e proibição de contratar com o poder público e receber incentivos fiscais e creditícios: 20 anos (art. 18-A, parágrafo único, da LIA).

Finalmente, quanto ao presente tópico, foi também alterada a previsão legal a respeito da prescrição (art. 23 da LIA²⁰²), passando-se à existência de regra única para a contabilização do prazo necessário para ajuizamento da ação. No mais, prevê-se a suspensão do prazo prescricional em razão do desenvolvimento de investigação sobre os fatos (art. 23, §1º), no entanto, “a prescrição é suspensa apenas por até 180 dias, não pelo prazo total da investigação”²⁰³.

Ademais, o art. 23 da Lei de Improbidade veicula expressiva modificação no regime de prescrição, com inclusão de marcos interruptivos pelo ajuizamento da ação de improbidade, publicação de sentença condenatória, publicação de decisão/acórdão por TJ ou

¹⁹⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *In: Comentários à nova lei de improbidade administrativa*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 435.

²⁰⁰ Art. 69. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. (BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.)

²⁰¹ Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos. (BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.)

²⁰² Art. 23. A ação para a aplicação das sanções previstas nesta Lei prescreve em 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência. (BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Diário Oficial da União: Brasília, 1992. N. p.)

²⁰³ MARTINS, Tiago do Carmo. **A prescrição na nova Lei de Improbidade Administrativa**. Consultor Jurídico. 3 nov. 2021. N. p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-03/martins-prescricao-lei-improbidadeadministrativa>. Acesso em: 28 fev. 2022.

TRF, publicação de decisão/acórdão pelo STJ ou STF confirmando condenação, ou reformando julgado de improcedência²⁰⁴.

Além disso, previu-se a ocorrência de prescrição intercorrente, atingida após 4 anos (art. 23, §5º²⁰⁵), “entre o ajuizamento e a sentença condenatória; entre esta e o acórdão do TJ/TRF que a mantenha ou reforme a sentença absolutória; entre este acórdão e o pronunciamento com cunho condenatório do STJ” e ainda “entre a decisão do STJ e a do STF, que confirme a condenação anterior ou reverta a absolvição”, consoante indica Tiago do Carmo Martins²⁰⁶.

Veja-se, no ponto, que o art. 23, §5º, da LIA abarca normativa já prevista no Direito Penal (art. 110, §1º, do Código Penal²⁰⁷), mormente pois a indubitável natureza sancionatória da Ação de Improbidade Administrativa tornou – através da Lei 14.230/2021 – por transportar institutos do Direito Penal e Processual Penal para esfera do Direito Administrativo Sancionador, como forma de avultar garantias em face do poder punitivo estatal.

Ante o exposto, cabe ao momento presente, também, a delimitação das alterações de caráter processual realizadas através da Lei 14.230, de 26 de outubro de 2021.

3.3.2 Alterações de natureza processual realizadas pela Nova Lei

Embora pelo aspecto material e material-processual tenham sido expressivas as alterações promovidas pela Lei 14.230/2021, pelo aspecto procedimental, é de dizer que ainda foram maiores as mudanças, tendo-se alterado significativamente o formato das ações de improbidade administrativa.

Salienta-se, no entanto, que o objetivo presente não é o esgotamento da temática, tampouco a realização de apontamentos sobre todas as mudanças realizadas sobre o rito da ação de improbidade administrativa, mas a apresentação de arcabouço para compreensão acerca da aproximação de institutos próprios da seara penal ao Direito Administrativo Sancionador (mormente na Lei de Improbidade Administrativa) e o consequente

²⁰⁴ BOLINA, Mariela. **Reconhecimento da prescrição nas ações de improbidade em curso**. Migalhas. 04 jan.2022. N. p. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/357408/reconhecimento-da-prescricao-nasacoes-de-improbidade-em-curso>. Acesso em: 15 mar. 2022.

²⁰⁵ Art. 23, § 5º Interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo previsto no caput deste artigo. (BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Diário Oficial da União: Brasília, 1992, n. p.).

²⁰⁶ MARTINS, Tiago do Carmo. *Op. cit.*

²⁰⁷ Art. 110, § 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

desmantelamento do mantra da independência entre instâncias – foco central do presente trabalho monográfico.

Nesse diapasão, atualização de relevo foi promovida com relação à medida de indisponibilidade de bens.

Nesse viés, urge salientar que, previamente à vigência da Lei 14.230/2021, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.319.515/ES (Rel. para o Acórdão Min. Mauro Campbell Marques), por maioria de votos, assentara o entendimento de que não era necessário ser demonstrado concretamente o risco de dano irreparável (*periculum in mora*) para que se pudesse, no âmbito da improbidade administrativa, se decretar a indisponibilidade dos bens do antigo art. 7º da Lei 8.429/1992, atualmente art. 16 da LIA (na redação da Lei 14.230/2021).

A Seção entendeu que o *periculum in mora*, no caso, seria legalmente presumido em razão da gravidade do ato e da necessidade de garantir o ressarcimento do patrimônio público em caso de condenação, não sendo necessária a demonstração do risco de dano irreparável para se conceder a medida cautelar.

Assim, entendia parcela da jurisprudência, a partir da posição externada pelo STJ, que a indisponibilidade de bens na Lei de Improbidade Administrativa não teria natureza propriamente cautelar, sendo hipótese de tutela de evidência²⁰⁸.

Todavia, com a entrada em vigor da nova disciplina da Lei de Improbidade Administrativa, não há outro entendimento para o instituto da indisponibilidade de bens senão como medida cautelar com escopo assecuratório: garantir a eficácia e a utilidade de providência jurisdicional pleiteada em caráter principal²⁰⁹.

Além da previsão expressa da normativa sobre a aplicação do “regime da tutela de provisória de urgência da Lei 13.105” (art. 16, §8º²¹⁰), afastou-se a possibilidade de constrição patrimonial sem a demonstração do *periculum in mora* (“no caso concreto de perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo”) e *fumus bonis iuris*

²⁰⁸ Nesse sentido: "a decretação de indisponibilidade de bens não se condiciona à comprovação de dilapidação efetiva ou iminente de patrimônio, porquanto tal medida consiste em tutela de evidência, uma vez que o *periculum in mora* não é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio e, sim, da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade" (REsp 1.339.967/MG, rel. Min. Herman Benjamin, j. 03.09.2013, Dje 25.09.2013).

²⁰⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *In: Comentários à nova lei de improbidade administrativa*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 175.

²¹⁰ Art. 16, §8º Aplica-se à indisponibilidade de bens regida por esta Lei, no que for cabível, o regime da tutela provisória de urgência da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Diário Oficial da União: Brasília, 1992, n. p.).

(“desde que o juiz se convença da probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial com fundamento nos respectivos elementos de instrução”), consoante previsto no art. 16, §3º, da LIA²¹¹ – com redação dada pela Lei 14.230/2021.

Nesse sentido, destaca Marçal Justen Filho não haver mais espaço para tutela de evidência (art. 311 do CPC) como regra em improbidade administrativa. Segundo ele, “essa solução é reservada para hipóteses em que existe um substrato muito consistente quanto à procedência da pretensão deduzida pela parte”²¹².

Em consequência, impera ressaltar, é rechaçado o Tema 701 do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “a indisponibilidade de bens em ação civil pública por ato de improbidade constitui tutela de evidência, dispensando a comprovação de *periculum in mora*”²¹³ (grifo no original).

E com relação ao último ponto, destacam Pedro Henrique Mazzaro Lopes e Vitor Marques que se afasta “de forma expressa o excesso de cautela pelo bloqueio sucessivo dos bens dos réus, bem como se afasta a antecipação de pena com a exclusão da ocasional multa”²¹⁴.

Assim, em razão da nítida carga sancionatória que permeia a LIA, não há como deixar de traçar comparativos entre a medida cautelar de indisponibilidade de bens na Ação de Improbidade Administrativa com as medidas cautelares assecuratórias – diversas da prisão – penais, principalmente em crimes financeiros.

Sob esse ponto de vista, o Capítulo IV do Código de Processo Penal elenca, como medidas cautelares, (i) o sequestro, (ii) o arresto e (iii) a hipoteca legal. Ademais, o art. 4º da Lei de Lavagem de Capitais (com redação dada pela Lei 12.683/2012), estabelece que o juiz poderá decretar medidas assecuratórias de bens direitos ou valores do acusado.

Tal qual na Ação de Improbidade Administrativa, para se aplicar determinada medida assecuratória resta inequívoca a necessidade de comprovação do *fumus boni iuris* e do

²¹¹ Art. 16, §4º § 3º O pedido de indisponibilidade de bens a que se refere o caput deste artigo apenas será deferido mediante a demonstração no caso concreto de perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo, desde que o juiz se convença da probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial com fundamento nos respectivos elementos de instrução, após a oitiva do réu em 5 (cinco) dias. (BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Diário Oficial da União: Brasília, 1992, n. p.).

²¹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Rio de Janeiro: Forense, 2022, pp. 193-194.

²¹³ FREITAS, Daniel Santos de. **Improbidade: principais jurisprudências e temas afetados pela Lei 14.230/2021**. Consultor Jurídico. 29 jan. 2022. N. p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan29/freitas-principais-jurisprudencias-temas-afetados-lei-14230>. Acesso em: 01 mar. 2022.

²¹⁴ MAZZARO, Pedro Henrique; MARQUES, Vitor. **O fim do milagre da multiplicação dos bloqueios**. Consultor Jurídico. 19 nov. 2021. N. p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-19/lopes-marquesfim-milagre-multiplicacao-bloqueios>. Acesso em: 28 fev. 2022.

periculum in mora. Em que pese no processo penal a aplicação de tal principiologia seja criticada, muito em prol dos mais adequados *periculum libertatis* e *fumus commissi delicti*, tem-se que para efetivação de medidas assecuratórias, que mais se aproximam de satisfação de cunho patrimonial – emprestadas do Código de Processo Civil –, tais expressões são corretas²¹⁵.

De outro plano, percebe-se que a Lei 14.230/2021 “inseriu expressamente no regime jurídico da Lei nº 8.429/1992 a necessidade de individualização das condutas na petição inicial, tendo em vista possibilitar as partes o exercício efetivo do contraditório”²¹⁶ (art. 17, §6º, inc. I²¹⁷).

Em outros termos, “para que a ação de improbidade possa ser recebida, necessário que o autor especifique na inicial, as condutas praticadas e individualizadas por cada um dos que figuram no polo passivo”²¹⁸, devendo-se ainda realizar a tipificação objetiva, indicando-se apenas um dos artigos dentre o 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa (art. 17, §10- D²¹⁹).

Explicando o sobredito, Marçal Justen Filho indica que o “processo pode envolver uma pluralidade de condutas e cada uma delas sujeitar-se-á ao tratamento no dispositivo ora examinado”, contudo, “inexistente vedação a que a conduta imputada ao réu apresente complexidade suficiente para o seu desdobramento em atos ilícitos diversos”²²⁰.

Ademais, consoante prevê o art. 17, § 6º, inc. II, da LIA²²¹, deve-se demonstrar, já na exordial, os “indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado”.

No ponto, a nova normativa, tomando por base os reflexos negativos ao réu da mera instauração da ação para condenação por improbidade administrativa, deixa de admitir imputações sem exposição de fatos que se subsumam às hipóteses normativas ou se o mínimo

²¹⁵ BRASILEIRO, Renato. **Manual de processo penal**. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 1.251.

²¹⁶ MELO, Valber. **Nova Lei de Improbidade Administrativa e individualização da conduta**. Consultor Jurídico. 18 nov. 2021. N. p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-18/valber-melo-leiimprobidade-individualizacao-conduta>. Acesso em: 28 fev. 2021.

²¹⁷ Art. 17, §6º A petição inicial observará o seguinte: I - deverá individualizar a conduta do réu e apontar os elementos probatórios mínimos que demonstrem a ocorrência das hipóteses dos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei e de sua autoria, salvo impossibilidade devidamente fundamentada; (BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Diário Oficial da União: Brasília, 1992, n. p.).

²¹⁸ MELO, Valber. *Op. cit.*

²¹⁹ Art. 17, §10-D. Para cada ato de improbidade administrativa, deverá necessariamente ser indicado apenas um tipo dentre aqueles previstos nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei. (BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Diário Oficial da União: Brasília, 1992, n. p.).

²²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 218.

²²¹ Art. 17, §6º A petição inicial observará o seguinte: [...]II - será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições constantes dos arts. 77 e 80 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

de provas suficientes para evidenciar a materialidade do ilícito e para vincular um sujeito à sua prática²²².

Dessa forma, a nova legislação aproxima os requisitos da petição inicial àqueles observados na exordial acusatória penal, mormente do exposto no art. 41 do Código de Processo Penal²²³ – prestigiando assim a ampla defesa e o contraditório.

Por outro lado, a previsão contida no art. 17, § 6º, inc. II, da LIA, ao estabelecer explícita garantia ao réu, toma emprestada a ideia de justa causa penal, consistente, segundo Aury Lopes Júnior²²⁴, na “existência de uma causa jurídica e fática que legitime e justifique a acusação”, sendo relacionada com a “existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade de um lado e, de outro com o controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal”²²⁵.

Por outro lado, eliminou-se a controvérsia quanto ao segundo grau de jurisdição obrigatório em sede de improbidade, ao dispor-se que “não haverá remessa necessária nas sentenças de que trata esta Lei” (art. 17-C, §3º). Na visão de Gomes Junior e Favreto, acertada a decisão legislativa, visto que “estamos analisando regra de Direito Sancionador, com interpretação restritiva dos institutos que possam agravar a situação do réu”²²⁶.

Por derradeiro, a Lei 14.230/21 proporcionou um considerável avanço na aplicação de soluções consensuais às ações de improbidade administrativa.

Previu-se no art. 17-B da Lei de Improbidade Administrativa²²⁷, a realização de acordo de não persecução cível, o que muito aproxima as ações de improbidade da ótica do consenso presente no processo penal (acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal²²⁸).

²²² JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 211.

²²³ Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

²²⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 345.

²²⁵ Não obstante a melhor doutrina se refira ao caráter fragmentário do direito penal – o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas a bens jurídicos, mas tão somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes –, tem-se a fragmentariedade como característica presente também na Lei de Improbidade Administrativa, mormente pois nem toda ilegalidade praticada por agente pública denota a prática de ato ímprobo.

²²⁶ GOMES JÚNIOR; FAVRETO, *Op. cit.*, p. 401.

²²⁷ Art. 17-B. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados: [...]. (BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Diário Oficial da União: Brasília, 1992, n. p.).

²²⁸ Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

A redação original da Lei de Improbidade Administrativa, de 1992, vedava qualquer espécie de transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade – sob o argumento de que o interesse público seria direito indisponível e a consensualidade não o poderia proteger²²⁹. Todavia, a recente Lei 13.964/2019 (pacote anticrime) tornou por revogar o artigo que vedava a utilização dos métodos consensuais nas Ações de Improbidade Administrativa, enunciando a possibilidade do acordo de não persecução cível – que somente fora, de fato, regulamentado na Lei 14.230/2021²³⁰.

A proposta pode ser oferecida pelo Ministério Público tanto no curso da investigação quanto já durante a ação de improbidade ou, ainda, no momento da execução de sentença condenatória (artigo 17-B, §4º). Ao propor o acordo, o Ministério Público avaliará a personalidade do agente, a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do ato, bem como as vantagens de uma solução rápida do caso (artigo 17-B, §2º). Entre as condições estão, obrigatoriamente, o integral ressarcimento do dano e a reversão da vantagem indevidamente obtida (artigo 17-B, I e II).

3.4 O ART. 21, §§ 4º E 5º, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Tecidas considerações acerca das alterações de caráter material e processual que a Lei 14.230/2021 lançou no sistema da improbidade administrativa – mormente quanto à expressa fixação de sua natureza administrativa sancionadora e à introdução de notáveis institutos penais garantistas (a validar as conclusões efetuadas no Capítulo 2) –, urge necessário, dada a importância ao presente estudo, reservar um tópico específico para discussão acerca das regras expressas no art. 21, §§ 4º e 5º, da LIA.

Quanto ao § 4º, do art. 21, da LIA, trata-se de grande novidade trazida pela Lei 14.230/2021, ao dispor que a absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, com base em qualquer dos fundamentos estampados no art. 386 do Código de Processo Penal, desde que confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação de improbidade administrativa.

²²⁹ DRUMMOND, Fernando. **Acordo de não persecução cível: solução para os processos de improbidade?** Consultor Jurídico. 9 jan. 2022. N. p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-09/drummond-acordo-nao-persecucao-civel-improbidade#:~:text=Como%20funciona%20o%20acordo%20de,atos%20de%20improbidade%20ali%20debatidos>. Acesso em: 17 mai. 2022.

²³⁰ QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O acordo de não persecução cível nos tribunais.** ANPR – Associação Nacional dos Procuradores da República. N. p. Disponível em: <https://www.anpr.org.br/imprensa/artigos/25565-o-acordo-de-nao-persecucao-civel-nos-tribunais>. Acesso em: 15 abr. 2022.

É que o art. 386 do Código de Processo Penal prevê que “o juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva” e, em seguida, traz sete distintas causas: I – estar provada a inexistência do fato; II – não haver prova da existência do fato; III – não constituir o fato infração penal; IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência e VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Em suma, a disposição do novo diploma da LIA amplia – além das hipóteses anteriormente previstas da inexistência do fato e negativa de autoria na ação penal (art. 386, I e IV, do CPP) – as possibilidades de comunicação da solução de improcedência da ação penal para a esfera da improbidade, que agora ocorrerá por quaisquer dos fundamentos legais em que fundada a absolvição criminal²³¹.

Exemplificando o sobredito, imagina-se a hipótese de ser ajuizada contra agente público uma ação penal pela prática do crime de contratação pública ilegal (art. 337-E do Código Penal) e, concomitantemente, uma ação de improbidade administrativa por dispensa indevida de licitação (art. 10, VIII, da LIA). Após o trâmite, a ação penal é julgada improcedente por falta de provas da autoria (art. 386, II, do CPP). Na sequência, referida sentença é confirmada por decisão do Tribunal de Justiça local ou Tribunal Regional Federal.

No sistema revogado, não havia impedimento para que a ação de improbidade administrativa prosseguisse, podendo sofrer quaisquer das sanções dispostas no art. 12 da LIA. Todavia, no novo regime introduzido pela Lei 14.230/2021 – especialmente na regra disposta em seu art. 21, §4º – em caso de absolvição criminal, a ação de improbidade administrativa terá seus pedidos sancionatórios desacolhidos.

A razão para a ampliação da comunicabilidade entre as instâncias penal e administrativa deve ser creditada, sobretudo, ao já mencionados arts. 1º, §4º e 17-D, da própria LIA (inseridos pela Lei 14.230/2021) que concederam à ação de improbidade administrativa natureza prevalentemente punitiva. Assim, o princípio da segurança jurídica que norteia o ordenamento pátrio implica a necessidade de coerência entre as decisões proferidas pelas diversas vertentes punitivas estatais²³².

²³¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *In: Comentários à nova lei de improbidade administrativa*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 493.

²³² JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021*. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 264.

Ademais, prestigiou-se o juízo ordinariamente vocacionado para a aplicação de sanções, o criminal, fazendo com que a sua decisão gerasse sempre impactos na ação de improbidade ante aos fatos de incidência múltipla²³³.

No ponto, o doutrinador Fernando da Fonseca Gajardoni, tratando a múltipla incidência sancionatória constitucionalmente permitida na hipótese ora tratada, aduz não vislumbrar qualquer inconstitucionalidade no novo art. 21, §4º, da LIA. Isso porque o art. 37, §4º, da Constituição Federal, ao tratar da improbidade, estabeleceu ser possível apuração concomitante nas duas esferas (civil e criminal), mas não impediu que a absolvição criminal gerasse efeitos sobre a ação da improbidade, tampouco fechou a possibilidade de o legislador infraconstitucional estabelecer critérios de comunicação entre as referidas searas²³⁴.

Já quanto ao § 5º, do art. 21, da LIA²³⁵, infere-se uma clara preocupação do legislador com o duplo sancionamento do agente público na cominação de sanções aplicadas nos ditames da Lei de Improbidade Administrativa com outras esferas. Nesse sentido, estabeleceu-se que sanções eventualmente aplicadas em outras esferas deverão ser compensadas com as sanções aplicadas nos termos da Lei de Improbidade Administrativa.

Em suma, quando constatada que a mesma conduta foi apenada, no âmbito civil, administrativo ou criminal, com sanções de mesma natureza às previstas na Lei de Improbidade Administrativa, haverá de ser conferida a compensação na ação que decretou a responsabilização por ato ímprobo²³⁶. A rigor, o pedido de compensação deve ser efetuado na própria ação de improbidade administrativa, demonstrando o agente que já cumpriu ou está a cumprir sanção equivalente aplicada na seara penal ou administrativa/disciplinar²³⁷.

Por fim, urge salientar que não se pretende, no presente momento, fazer uma digressão exaustiva acerca dos regramentos contidos no art. 21, §§ 4º e 5º, da LIA, mas tão somente apresentá-los ao leitor para que se possa estabelecer as bases primordiais ao arrazoado contido no último capítulo – intitulado “A mitigação da independência entre as instâncias penal e administrativa na lei de improbidade administrativa”.

²³³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *In: Comentários à nova lei de improbidade administrativa*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 494.

²³⁴ *Op. cit.*, p. 494.

²³⁵ Art. 21, § 5º. Sanções eventualmente aplicadas em outras esferas deverão ser compensadas com as sanções aplicadas nos termos desta Lei.

²³⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *In: Comentários à nova lei de improbidade administrativa*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 500.

²³⁷ No ponto, O art. 17-C, inc. V, da LIA, inserido pela Lei 14.230/2021, é expresso no sentido de que o juiz da ação de improbidade administrativa deverá "considerar na aplicação das sanções a dosimetria das sanções relativas ao mesmo fato já aplicadas do agente".

3.5 CONCLUSÕES PRELIMINARES SOBRE A LEI 14.230/2021

De todo o exposto, importa especialmente concluir que o fenômeno de aproximação do Direito Administrativo Sancionador e do Direito Penal e o ideal garantista de transposição, institutos originariamente penais à esfera administrativa sancionadora – contextos abordados no Capítulo 2 do presente estudo – são os fundamentos basilares para as mudanças advindas da novel Lei 14.230/21.

A intenção do legislador, no que se refere à dita aproximação – tomando emprestado conceitos do Direito Penal para a seara da improbidade administrativa – foi justamente impor limites mais rígidos à persecução estatal, tutelando os direitos fundamentais e garantias processuais de agentes públicos e políticos que se veem, diariamente, ameaçados pela propositura descontrolada de ações sem elementos concretos aptos a aferir justa causa.

No que tange a essa interface, é possível perceber, no conjunto normativo advindo da novel Lei 14.230/2021, a referência expressa à natureza repressiva da ação de improbidade administrativa, atraindo a incidência dos princípios do Direito Administrativo Sancionador.

Especialmente, o legislador, no art. 21, § 4º, da LIA²³⁸, trouxe o que há tempos era aguardado pela melhor doutrina no sentido que a absolvição criminal deve surtir efeitos na ação de improbidade administrativa, independentemente da causa de absolvição.

Sobre esse contexto, urge salientar que a Constituição Federal brasileira, ao estabelecer no art. 37, § 4º, que os atos ímprobos importarão em diversas sanções, “sem prejuízo da ação penal cabível”, tornou as esferas criminal e civil/administrativa, como regra, autônomas, cada qual atuando em um campo de incidência específica. É o que propõe a assente teoria da “independência das instâncias”, abstração que avaliza a individualização das responsabilidades cível, penal e administrativa que, simultaneamente, derivam de um mesmo comportamento ilícito²³⁹.

Todavia, a independência das instâncias penal e administrativa não é princípio absoluto e sofre mitigações, até mesmo porque a mera segmentação do Direito em ramificações tem mais fundamento didático do que estritamente jurídico, sendo o ordenamento jurídico um sistema uno.

²³⁸ Art. 21, § 4º 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 Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

²³⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, et. al. **Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 491.

Assim, importante marco confirmador de tal independência relativa entre as instâncias penal e administrativa sancionadora são as previsões contidas no art. 21, §§ 4º e 5º, da LIA – advinda da novel Lei 14.230/21 –, firmando que a ação penal e a ação de improbidade administrativa devem se comunicar.

Logo, a autonomia e independência das instâncias punitivas, outrora utilizada como argumento a justificar a multiplicidade sancionatória – desmedida e, por vezes, conflitante – do Estado, se mitiga para estabelecer que julgador, na ação de improbidade administrativa, volte os olhos aos resultados transcorridos na ação penal.

Tecidas essas breves considerações, passa-se a analisar, mais detidamente, a relativização da independência entre as instâncias penal e administrativa na Lei de Improbidade Administrativa.

4 A MITIGAÇÃO DA INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

4.1 O PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA ENTRE INSTÂNCIAS COMO JUSTIFICAÇÃO PARA A MÚLTIPLA E DESMEDIDA INCIDÊNCIA SANCIONATÓRIA

Conforme ilustrado anteriormente, no âmbito do poder punitivo estatal constatou-se, historicamente, a ocorrência de movimentos pendulares entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal, recorrendo o legislador ora a um, ora a outro, para sancionar condutas ilícitas.

Nesse diapasão, em um fluxo dinâmico, o Direito Penal caminhou, a passos largos, em direção ao Direito Administrativo, dando origem ao fenômeno da “administrativização” do Direito Penal. O Direito Administrativo, por sua vez, caminhou firmemente em direção ao Direito Penal, desembocando no fenômeno da penalização do Direito Administrativo – donde se observa uma proliferação de leis estatais cada vez mais rigorosas e repressivas²⁴⁰.

Após tal movimento pendular – ora de “administrativização”, ora de penalização do *ius puniendi* estatal –, verificou-se, de um lado a hipertrofia do Direito Penal²⁴¹ e, de outro, a hipertrofia do Direito Administrativo Sancionador²⁴². Como resultado às expansões de seus âmbitos de abrangência, houve verdadeira zona de penumbra entre ambos, vigorando, atualmente, uma verdadeira profusão de competências nas diversas esferas para julgar fatos idênticos envolvendo os mesmos agentes.

De tal constatação, aliado à crescente mentalidade de combate à corrupção advinda de recentes episódios brasileiros, provém um aparato estatal sedento por punições que processam e julgam o suposto agente infrator nas diversas matizes – administrativa, cível e criminal –, ensejando o acúmulo de sanções e agravamento desmedido da condição do agente apenado²⁴³.

Sob esse contexto, o principal garantidor da possibilidade de dispersão de responsabilidade e sancionamentos em diferentes esferas jurisdicionais é o princípio da independência das instâncias, amplamente reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

²⁴⁰ BACH, Marion. **Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem e proporcionalidade**. 2021. Tese (Doutorado) – Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2021, p. 34.

²⁴¹ SILVA SANCHÉZ, Jesús Maria. **A Expansão do Direito Penal. Aspectos da política-criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

²⁴² OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 84.

²⁴³ CHAGAS, Gabriel Pinheiro. **O “non bis in idem” no Direito Administrativo Sancionador**. In: Direito Administrativo Sancionador: estudos me homenagem ao professor emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. José Roberto Pimenta Oliveira (coord.). São Paulo: Malheiros, 2019, p. 291 e 292.

Tal princípio prevê que uma ação ou omissão é capaz de gerar reflexos em diversos campos jurídicos, o que traduz na necessidade de se estabelecer sanções diversas ao autor de transgressão das normas previstas. Dessa forma, a independência entre instâncias, se traduz na hipótese de o Estado – detentor do poder sancionatório – ocupar a posição de sujeito passivo em diferentes campos jurídicos, concedendo legitimidade para que, concomitantemente, utilize seu poder-dever, sem que a aplicação de sanções dúbias e acumuladas configure excesso punitivo²⁴⁴.

Nesse sentido, prevê a Constituição Federal de 1988, a possibilidade de múltipla persecução e punição. Veja-se, por exemplo, que no art. 225, §3º, há previsão de tríplice sancionamento no que refere aos ilícitos ambientais: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Da mesma forma, a legislação infraconstitucional é repleta de previsões que homenageiam a autonomia entre as instâncias e a perspectiva de cumulação de responsabilidade sobre a prática de uma mesma conduta.

A Lei 8.112/1990, que traz regramento atinente aos servidores públicos, em seu art. 121, estabelece expressamente que “o servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições”. Já no art. 125, também de modo direto, registra que “as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si”.

Ademais, a Lei 9.503/1997 – Código de Trânsito Brasileiro –, prevê, em seu art. 256, §1º, que a autoridade de trânsito, na esfera da própria competência e circunscrição, deverá aplicar às infrações as penalidades previstas, sem que isso suprima as penalidades resultantes de crimes de trânsito.

Também, a recentemente promulgada Lei 13.964/2019 – conhecida como *pacote anticrime* – corroborou a autonomia entre as esferas administrativa e penal, consoante dispõe o art. 52 da Lei de Execução Penal, em que a prática de crime doloso constitui falta grave e sujeitará o preso ao regime disciplinar diferenciado, “sem prejuízo da sanção penal”.

²⁴⁴ LIMA, Paulo Natanael Vieira. **Aproximação do Direito Processual e Material Penal ao sistema jurisdicional administrativo como hipótese à obscuridade existente entre os dois âmbitos jurídicos**. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal, v. 7, n. 2, p. 60-100, 2019.

Nesse sentido, a independência entre as instâncias se tornou uma espécie de mantra, repetido à exaustão para justificar a imposição de desproporcionais e injustas condenações. A doutrina tradicionalmente se posicionou – e se posiciona – nesse mesmo sentido.

Consoante lição de Carlos Eduardo Elias de Oliveira:

[...] um mesmo fato pode caracterizar ilícito penal, administrativo e civil, e, portanto, pode desencadear responsabilização nas três instâncias concomitantemente e de modo independente. O indivíduo pode ser absolvido em uma instância e ser condenado em outra, pois, em regra, as instâncias de responsabilidade são independentes. Trata-se do princípio da independência das instâncias²⁴⁵.

Ainda, o doutrinador Daniel Ferreira descreve inexistir impedimento constitucional ou legal de se estabelecer, de forma cumulativa, punições a um administrado através de uma pena (criminal) e uma sanção administrativa, desde que sua conduta se amolde a um comportamento reprovável nas duas ordens normativas²⁴⁶.

Da mesma maneira, a jurisprudência dos tribunais brasileiros apresenta uma ampla gama de julgados no sentido de que as instâncias penal e administrativa são independentes e autônomas. O Supremo Tribunal Federal²⁴⁷ e o Superior Tribunal de Justiça²⁴⁸ – mormente que “eventual improcedência de demanda ajuizada na esfera civil ou de procedimento administrativo instaurado não vincula ação penal”²⁴⁹ – vão na mesma linha.

À luz do exposto, infere-se que as regras constitucionais e infraconstitucionais, bem como doutrina e jurisprudência, em sua maioria, defendem a independência entre as instâncias e, especialmente, a possibilidade de um mesmo fato gerar processos e sanções múltiplas, através justamente da incidência de ramos distintos do direito. Não é diferente na seara da improbidade administrativa – tema objeto do presente estudo.

A Constituição Federal brasileira trata os atos de improbidade administrativa como eventos de incidência múltipla, ao firmar, em seu art. 37, §4º, que "sem prejuízo da ação

²⁴⁵ OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Conexões entre as instâncias penal, administrativa, civil e de improbidade: prescrição e efeito vinculante**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas, CONLEG/Senado, 2018, p. 01.

²⁴⁶ FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 133.

²⁴⁷ A independência entre as instâncias é entendimento majoritário na jurisprudência do STF, vide RMS 28.919 AgR, Rel. Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 11/02/2015; AI 681487 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 31/01/2013; MS 22899 AgR, Relator Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 16/05/2003.

²⁴⁸ Vide STJ, MS 19779/DF, Primeira Seção, Min. Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 15.12.2017; STJ AgInt no RMS 53362/MT, Primeira Turma, Min. Rel. Sérgio Kukina, DJe 19.04.2018; MS 19779/DF, Primeira Seção, Min. Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 15.12.2017; STJ, AgRg no AREsp 1345660/RS, Quinta Turma, Min. Rel. Jorge Mussi, DJe 25.08.2020.

²⁴⁹ STJ, HC 503954/SP, Quinta Turma, Min. Rel. Joel Ilan Paciornik, DJe 25.06.2020; STJ, AgRg no HC 509346/RN, Sexta Turma, Min. Rel. Nefi Cordeiro, DJe 22.06.2020; STJ, HC 306865/AM, Quinta Turma, Min. Rel. Ribeiro Dantas, DJe 17.10.2017.

penal cabível", eles importarão "a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei". Dessa forma, separa-se a esfera criminal da de natureza administrativa/civil.

O mesmo é corroborado pela previsão exposta no art. 12²⁵⁰ da Lei 8.429/1992, donde se extrai que as sanções previstas para os atos ímprobos são independentes da aplicação de sanções penais, civis e administrativas constantes em legislação específica. E os arts. 935²⁵¹ do Código Civil e 66²⁵² do Código de Processo Penal colorem o regramento infra/constitucional, ao estabelecerem, respectivamente, que "a responsabilidade civil é independente da criminal".

Todavia, há de se atentar para os nefastos efeitos de tal concepção.

Além da já citada (i) utilização da independência das esferas como *possibilidade de cumulação desproporcional de sanções*, a tese da independência das esferas desdobra-se em outros dois conteúdos principais, quais sejam: a independência (ii) como possibilidade de *uma esfera sancionadora não aguardar a decisão de outro*; e ainda (iii) como possibilidade de *uma seara punitiva não ser influenciada por outra* em uma eventual decisão de absolvição ou de condenação²⁵³ – consequências estas que serão afastadas ao longo do presente capítulo.

Quanto à utilização da autonomia das esferas, para que uma instância não aguarde a decisão da outra, atribui-se o entendimento de que a absolvição ou condenação em uma, não geraria quaisquer repercussões à outra²⁵⁴.

Já quanto à última das consequências elencadas – *uma seara punitiva não ser influenciada por outra* –, urge alertar que tal entendimento impõe um bloqueio à reflexão jurídica sobre como diferentes programas jurídicos sancionadores devem interagir e se relacionar quando incidentes sobre um mesmo fato. No ponto, elucidativos os ensinamentos de Helena Lobo da Costa:

²⁵⁰ Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (BRASIL. **Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992**. Diário Oficial da União: Brasília, 1992, n. p.).

²⁵¹ Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal. (BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002).

²⁵² Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato. (BRASIL. **Decreto-Lei N° 3.689, de 03 de outubro de 1941**(Código de Processo Penal). Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 03 out. 1941).

²⁵³ MACHADO, Maíra Rocha. **Independência como indiferença: ne bis in idem e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção**. Direito, Estado e Sociedade – PUC Rio, v. 55, p. 257–295, 2019, p. 286.

²⁵⁴ *Op. cit.*, p. 287.

[A independência entre instâncias] nega todos os pontos de contato entre direito administrativo e direito penal, como se pudessem se desenvolver paralelamente ao outro, criando um fechamento artificial no sistema e gerando, por consequência, resultados muitas vezes insatisfatórios em termos de coerência e lógicas jurídicas²⁵⁵.

Dessa forma, nada obstante ecoar, em todos os cantos, o mantra da independência entre as instâncias, há que se reconhecer que legislação, doutrina e jurisprudência se curvam ao fato de que tal independência não é – e não pode ser – *absoluta*. Isso porque a mera segmentação do Direito em ramificações tem mais fundamento didático do que estritamente jurídico, sendo o ordenamento jurídico um sistema uno.

4.2 A MITIGAÇÃO DA INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA

Nada obstante os ramos do ordenamento jurídico serem tradicionalmente compreendidos como independentes, pela imprescindibilidade da justiça, razoabilidade e proporcionalidade do Estado, as múltiplas esferas sancionatórias estatais devem ser *coerentes* entre si – motivo pelo qual há de se reconhecer que a independência entre as instâncias é *relativa*.

Nesse sentido, urge destacar os valiosos ensinamentos do jurista José Cretella Júnior:

A comunicabilidade de instâncias ou interdependência dos juízos administrativo e penal é da mais alta importância, devendo, entretanto, entender-se em seus justos termos. Não deve tal interdependência ocorrer sempre, como também à teoria da independência das jurisdições será compreendida nos casos particulares em que se verifica. O pronunciamento de autoridade do Estado, quer do Poder Executivo, quer do Poder Judiciário, deve ser, de preferência, uniforme, para que a diversidade de decisões não concorresse para o desprestígio de um dos Poderes e, em última análise, do próprio Estado²⁵⁶.

Ora, o agente público/político – submetido à multiplicidade sancionatória estatal – não pode ter sua conduta considerada lícita nos ditames de um pronunciamento oriundo da esfera cível/administrativa e, concomitantemente, ver-se acusado da prática de crimes em razão de suposta transgressão ao ordenamento penal – tudo isso através das mesmas condutas. Assim, o ideário de segurança jurídica e coerência, coibindo-se atuações abusivas ou obscuras do

²⁵⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito administrativo sancionador e direito penal: a necessidade de desenvolvimento de uma política sancionadora integrada**. In: Direito administrativo sancionador. BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JR., Laerte I. (Coord). São Paulo: Quartier Latin, 2014, p.107-118.

²⁵⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. **Repercussão da sentença penal na esfera administrativa**. In: Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo: n. 67, 1972, p. 135-160.

Estado, reflete na formatação de barreiras ao pleno reconhecimento da independência completa entre esferas²⁵⁷.

O que dá sentido à relativização da independência entre esferas é a busca de unidade do ordenamento jurídico e, principalmente, o reconhecimento de que o Estado possui uma única pretensão punitiva ante a inexistência de diferenças ontológicas entre a sanção administrativa e a sanção penal, conforme prévios apontamentos realizados na presente monografia.

Para Fábio Medina Osório, um dos grandes desafios contemporâneos é, justamente, o de aproximar e tornar mais harmônicas tais atividades sancionatórias, na tutela de idênticos bens jurídicos, o que pode ocorrer desde distintas vertentes teóricas, institucionais e normativas²⁵⁸.

O propósito é justamente congregar o que os dois âmbitos têm de positivo: busca-se utilizar o sistema de proteção penal e as garantias de devido processo legal alinhados aos princípios constitucionais penais, de forma a aplicá-los ao processo administrativo/civil sancionador, na intenção de torná-lo bem estruturado e capaz de processar, com proporcionalidade e razoabilidade, as matérias que sempre lhe pertenceram.

Na legislação infraconstitucional, ainda que de maneira tímida, é possível extrair exemplos relativizadores da independência entre sub-ramos punitivos.

Nesse sentido, apontam-se os efeitos das sentenças penais condenatórias, de acordo com os arts. 91 e 92 do Código Penal, ao tratarem de repercussões de caráter administrativo ou cível. Efeitos notáveis desses artigos são o de tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime ou a de ensejar a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, tratando-se, numa ou noutra hipótese, de situações que se materializam como sanções puramente administrativas e autônomas, veiculáveis em processos punitivos de índole diversa.

Quer-se dizer que há sanções administrativas que integram as consequências das sentenças penais condenatórias. Isto não as torna sanções penais, mas revela uma interdependência entre as instâncias e certa maleabilidade do Judiciário para aplicar sanções não penais no bojo de sentenças penais condenatórias. No ponto, segundo Fábio Medina

²⁵⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 325.

²⁵⁸ *Op. cit.*, p. 147.

Osório, “a tendência é, inegavelmente, avançar rumo a uma dogmática unitária, comprometida com o chamado Direito Processual Punitivo”²⁵⁹.

Essa corrente que mitiga e relativiza a independência entre as instâncias vem ganhando corpo no Direito brasileiro – ainda que sobre caminho pedregoso –, tanto que acolhida na Reforma da Lei de Improbidade Administrativa, conforme consignado no tópico 3.5 do presente estudo.

No âmbito da Improbidade Administrativa, Fernando da Fonseca Gajardoni, acertadamente, aponta que o art. 37, § 4º, da Constituição Federal não impediu que absolvição/condenação criminal gerasse efeitos sobre a ação de improbidade²⁶⁰. Ao estabelecer que é possível apuração concomitante nas duas esferas (administrativa/civil e criminal), a Constituição Federal optou por dar contornos próprios ao *non bis in idem* nessa seara, mas não fechou a possibilidade de o legislador infraconstitucional estabelecer os critérios de comunicação dos fundamentos e compensação de sanções entre elas.

Vale dizer, o art. 37, § 4º, da CF/1988 – que disciplina a cumulação sancionatória relativamente aos atos de improbidade administrativa, dispondo que eles importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível – não obsta que o legislador infraconstitucional crie uma sistemática de efeitos das decisões penais condenatórias ou absolutórias, sobre as ações de responsabilização por ato de improbidade administrativa.

Destarte, tem-se que o julgamento em instâncias distintas pode (e deve) repercutir, em determinadas hipóteses e sob dadas circunstâncias, direta ou indiretamente, nas demais órbitas. Os pontos a seguir trabalhados apenas evidenciam que, sim, as instâncias estão – cada vez mais e de forma indissociável – relacionadas.

4.3 A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Nada obstante a majoritária construção jurisprudencial no sentido de que as instâncias penal e administrativa são independentes e autônomas, há de se destacar as paradigmáticas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que seguem rumos

²⁵⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 326.

²⁶⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, et. al. **Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 491.

diversos – relativizando-se o mantra outrora assumido para ceifar a proporcionalidade e razoabilidade sancionatória.

Em primeiro lugar, urge tecer algumas considerações sobre o julgamento da Reclamação 41.557/SP²⁶¹ pelo Supremo Tribunal Federal. Em suma, o *decisum* tratou da possibilidade de recebimento de ação de improbidade administrativa lastreada sobre o mesmo conjunto fático-probatório de ação penal trancada por meio de *Habeas Corpus* ante a ausência de justa causa.

Analisando-se mais detidamente o caso, infere-se que, em maio de 2018, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo recebeu a representação Criminal/Notícia-Crime, recebendo na integralidade a denúncia em face do investigado – incurso nos crimes do art. 317, *caput*, do Código Penal duas vezes, em continuidade delitiva, e art. 1º da Lei 9.613/1998, em concurso material com a primeira infração de corrupção passiva.

Em face dessa decisão, foi impetrado *Habeas Corpus* no STJ, em que os impetrantes questionam a ausência de justa causa para ação penal, devido à inexistência de prova da materialidade e de indícios de autoria. Posteriormente, o *Habeas Corpus* foi distribuído ao STF – passando a tramitar com o número HC 158.319/SP, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que concedeu a liminar para reconhecer a rejeição da denúncia e o trancamento da Representação Criminal.

Após o trânsito em julgado do *Habeas Corpus*, o Ministério Público ajuizou ação de improbidade administrativa em face do mesmo acusado, para que fosse apurada sua responsabilidade nos ditames da LIA, cuja inicial fora recebida pela 12ª Vara Cível Federal da Seção Judiciária de São Paulo.

Dessa forma, o ajuizamento da Rcl. 41.557/SP questionou recebimento da petição inicial da ação de improbidade administrativa, ante o ferimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de HC, pugnando, ao final, pelo trancamento daquela. Como se vê, a pretensão do Reclamante era estender os efeitos da decisão da esfera penal (ação penal) para a ação de improbidade administrativa (ação civil/administrativa).

Em decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes – posteriormente confirmada pela maioria da 2ª Turma do STF –, julgou-se procedentes os pedidos da Rcl. 41.557/SP para determinar o imediato trancamento da ação de improbidade administrativa.

²⁶¹ STF, RCL 41557/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 15/12/2020.

Em voto modelar de 15/12/2020 – portanto, antes da vigência da Lei 14.230/21 –, o Ministro Gilmar Mendes apresentou entendimento no sentido de que a independência entre as diversas esferas punitivas é relativa, devendo, necessariamente, ser criado espaço de consenso e diálogo conjunto entre as vertentes sancionadoras. Isso porque, segundo indicado, a Lei de Improbidade Administrativa integra o Direito Administrativo Sancionador e, ante a inegável proximidade com o Direito Penal, pode ser considerado como uma extensão do *ius puniendi* do Estado e do próprio sistema criminal.

Corroborando o objetivo do presente estudo, extrai-se excerto de Helena Lobo da Costa citado no voto:

Para além de refletir e buscar solucionar os complexos problemas dogmáticos trazidos pela aproximação entre direito penal e direito administrativo, é, também, preciso adotar um enfoque conjunto no campo da política sancionadora. Assim, seguindo a proposta Rando Casermeiro, crê-se que uma política jurídica conjunta, que leve em conta os dois ramos sancionadores, é imprescindível para aportar um mínimo de racionalidade à questão²⁶².

Ainda, abrem-se parênteses para as sólidas conclusões do Ministro Gilmar Mendes:

O ponto central de tensão que aqui nos interessa nessa relação, para além de traçar uma diferenciação formal e material entre o ilícito penal e o ilícito administrativo – algo que foi objeto de preocupação da doutrina desde a publicação de *Das Verwaltungsstrafrecht*, por Goldschmidt, em 1902 – é a limitação do *jus puniendi* estatal por meio do reconhecimento (1) da proximidade entre as diferentes esferas normativas e (2) da extensão de garantias individuais tipicamente penais para o espaço do direito administrativo sancionador.

[...]

A adoção de uma noção de independência mitigada entre as esferas penal e administrativa – esta parece ser a posição mais acertada diante dos princípios constitucionais reitores do sistema penal, principalmente da proporcionalidade, da subsidiariedade e da necessidade – na interpretação da lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/92) [...] ²⁶³.

De forma semelhante, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Habeas Corpus (AgRg nos EDcl no HC) 601.533/SP, de forma unânime, determinou o cancelamento da punição de falta grave, aplicada no âmbito de procedimento administrativo disciplinar.

In casu, “o único fato que motivou a penalidade administrativa resultou em absolvição no âmbito criminal, ainda que por ausência de provas” ²⁶⁴. Assim, mesmo em se tratando de

²⁶² COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador – *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada**. Tese de Livre-Docência apresentada na Universidade de São Paulo (USP), em 2013.p. 122

²⁶³ STF, RCL 41557/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 15/12/2020.

²⁶⁴ AgRg nos EDcl no HC n. 601.533/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 21/9/2021, DJe de 1/10/2021.

hipótese de absolvição diversa dos casos de inexistência material ou de negativa de autoria, “a autonomia das esferas há que ceder espaço à coerência que deve existir entre as decisões sancionatórias”²⁶⁵.

Ante o exposto, vê-se, nos tribunais superiores, uma guinada – ainda que modesta – no sentido de que as múltiplas instâncias sancionatórias devem se comunicar e caminhar, conjuntamente, rumo a um único sentido, afastando-se entendimentos retrógados que há muito justificavam posicionamentos controversos e sancionamentos imoderados.

Como já aventado previamente, em reforço ao entendimento da relativização da independência entre as instâncias, mostram-se vitais as disposições advindas do novo diploma da Lei de Improbidade Administrativa, que não deixam dúvidas acerca da necessidade de diálogo entre ação penal – mormente, sua decisão e seus fundamentos – e a ação de improbidade administrativa.

Tecidas tais considerações, passa-se a análise mais detida acerca dos reflexos da sentença penal na ação de improbidade administrativa.

4.4 OS REFLEXOS DA SENTENÇA PENAL NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

4.4.1 A sentença penal absolutória na ação de improbidade administrativa

Na lógica processual penal, a sentença pode ser definida como ato jurisdicional que põe fim ao processo, pronunciando-se sobre os fatos que integram seu objeto e sobre a participação do imputado neles, impondo-se uma pena ou absolvendo-o, como manifestação do poder jurisdicional atribuída ao Estado²⁶⁶.

Ponto nevrálgico do referido ato processual é a exigência de sua motivação, que, consoante os ditames do Código de Processo Penal, impõe que o juiz deva analisar e enfrentar a totalidade – sob pena de nulidade – das teses acusatórias e defensivas, demonstrando os fundamentos que o levaram a decidir daquela forma. A devida motivação da sentença é atingida quando se debruça sobre as dimensões fática e jurídica do caso apreciado, sendo que na primeira procede-se com a valoração da prova e dos fatos e, na segunda, fundamenta-se sobre as teses jurídicas aventadas²⁶⁷.

²⁶⁵ *Op. cit.*

²⁶⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1396.

²⁶⁷ *Op. cit.*, p. 1399

Ao final, diante do contexto fático-probatório incorrido nos autos, chegando-se à conclusão de que o réu deve ser absolvido, o julgador deve – por exigência do art. 381²⁶⁸ do Código de Processo Penal – indicar na parte dispositiva da sentença a(s) causa(s) de absolvição prevista(s) no art. 386 do mesmo diploma legal.

No artigo, o Código de Processo Civil prevê sete causas distintas de absolvição: I – estar provada a inexistência do fato; II – não haver prova da existência do fato; III – não constituir o fato infração penal; IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência e VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Nesse sentido, quanto à absolvição baseada na *inexistência do fato* e na prova de que *réu não é autor da infração*^{269,270}, não restam dúvidas – consoante entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência²⁷¹ – de que há repercussão na esfera extrapenal, desencadeando na improcedência da pretensão acusatória nas esferas cível e administrativa.

Ora, quando o réu for absolvido com base no art. 386, inc. I, do CPP, não será possível à vítima demandá-lo em outras esferas sancionatórias, pois um fato natural não pode, categoricamente, não existir e existir ao mesmo tempo.

Situação similar ocorre quando o réu é absolvido com base no art. 386, inc. IV, do CPP (*estar provado que o réu não concorreu para infração penal*). Trata-se, novamente, de um argumento de lógica jurídica e credibilidade das decisões. Como que alguém pode não ser autor de um fato para o juízo penal e, em outra esfera, ser considerado o autor do mesmo fato?

²⁶⁸ Art. 381. A sentença conterá: I - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las; II - a exposição sucinta da acusação e da defesa; III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão; IV - a indicação dos artigos de lei aplicados; V - o dispositivo; VI - a data e a assinatura do juiz.

²⁶⁹ Veja-se, nesse ponto, que o art. 935 do Código Civil prevê, inicialmente, a independência da responsabilidade civil e criminal. Assim, é certo que há possibilidade, por exemplo, de ajuizamento de ação buscando a responsabilização civil independentemente de haver – ou não – o ajuizamento de ação discutindo a responsabilização penal. Porém, o mesmo artigo, na sequência, estabelece que não se pode questionar, no cível, sobre a existência do fato ou sobre quem seja o seu autor, quando tais questões se acharem decididas no juízo criminal.

²⁷⁰ Nesse sentido, há também de se destacar as causas de exclusão do crime e que isentam o réu da pena, consoante os ditames do art. 65 do Código de Processo Civil: “Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”. A expressão “faz coisa julgada”, consoante a lição de Aury Lopes Jr., significa que não poderá ser novamente discutida, pois é imutável a decisão. (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 400).

²⁷¹ Sobre tal tema veja-se recente julgado do Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 1829682/SP, Terceira Turma, Min. Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 08.06.2020): “O artigo 935 do Código Civil adotou o sistema da independência entre as esferas cível e criminal, sendo possível a propositura de suas ações de forma separada. Tal independência é relativa, pois uma vez reconhecida a existência do fato e da autoria no juízo criminal, estas questões não poderão mais ser analisadas pelo juízo cível”.

Diverso, entretanto, era o entendimento aplicado para as demais hipóteses de absolvição, mormente baseadas na insuficiência probatória. Nesses casos, essa decisão não impedia qualquer responsabilização perante outro subgênero sancionatório, vez que o nível de exigência probatória (*standard probatório*) no processo penal é mais elevado que qualquer outra instância²⁷².

Assim, há de se destacar que o fenômeno relativizador da independência entre instâncias já se fazia presente como consuetudinário da coerência entre decisões – em uma parcial comunicabilidade da sentença penal a outras esferas.

Nada obstante, o advento da Lei 14.230/21, em seu art. 21, § 4º, tornou integral a comunicabilidade das motivações absolutórias, ao dispor que a absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, com base em *qualquer* dos fundamentos estampados no art. 386 do Código de Processo Penal, desde que confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da Ação de Improbidade Administrativa – conforme já avistado no tópico 3.4 da presente monografia.

Dessa forma, a disposição do novo diploma da LIA amplia – além das hipóteses anteriormente previstas da inexistência do fato e negativa de autoria na ação penal (art. 386, I e IV, do CPP) – as possibilidades de comunicação. Agora, em caso de absolvição criminal, a ação de improbidade administrativa terá seus pedidos sancionatórios desacolhidos²⁷³.

Segundo o entendimento de Fábio Medina Osório, “no caso da Reforma da Lei de Improbidade Administrativa, o que se quer evitar é que, em razão dos mesmos fatos e mesmas provas, a pessoa possa ser absolvida numa esfera e condenada noutra instância, denotando atuação de um estado esquizofrênico”²⁷⁴.

A razão para a ampliação da comunicabilidade entre as instâncias penal e administrativa/civil deve ser creditada, sobretudo, aos já mencionados arts. 1º, §4º e 17-D, da própria LIA (inseridos pela Lei 14.230/2021) que concederam à ação de improbidade administrativa natureza prevalentemente punitiva/sancionadora, enquadrando-a como instituto do Direito Administrativo Sancionador.

Trata-se do reconhecimento, ainda que implícito, de que a proximidade entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador – ante a ausência de diferenças ontológicas entre

²⁷² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 399.

²⁷³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *In: Comentários à nova lei de improbidade administrativa*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 493.

²⁷⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 325.

as searas, levando à conclusão de que ambos provêm de uma pretensão punitiva estatal unitária²⁷⁵ – demandam um enfoque conjunto no campo da política sancionadora, com coerência, razoabilidade e proporcionalidade entre as decisões e sanções aplicadas.

Nesse sentido, elementares as lições do administrativista Medina Osório:

[As disposições do art. 21, § 4º, da LIA] decorrem de um compromisso político do sistema punitivo com os valores da coerência e da unidade do ordenamento jurídico, resguardando vetores funcionais suficientes para estancar atos ilícitos dentro destes esquemas normativos, à luz dos postulados da segurança jurídica e da racionalidade estatal²⁷⁶.

Do exposto até o momento, infere-se que o novo regramento contido na Lei de Improbidade Administrativa, tornou por afastar completamente o entendimento aplicado pelos defensores de uma rígida independência entre instâncias como fundamento à possibilidade de uma seara punitiva não ser influenciada por outra.

Por outro lado, a nova legislação, evidentemente, prestigiou o juízo ordinariamente vocacionado para a aplicação de sanções, o criminal, fazendo com que a sua decisão gerasse sempre impactos na ação de improbidade ante os fatos de incidência múltipla.

Nesse diapasão, descreve Gajardoni que “a disposição [do art. 21, § 4º, da LIA] amplia, sobremaneira, a regra da prevalência da jurisdição criminal sobre a esfera civil/administrativa”²⁷⁷. Da mesma forma, Osório afirma que se trata “muito mais do que reconhecer a predominância do juiz com atribuições na área penal, de homologar a prevalência do Direito Penal em sentido estrito, com reflexos nas autoridades competentes por força da organização judiciária”²⁷⁸.

Nada obstante defender-se o ideal de que garantias e princípios do Direito Penal devam ser transpostos ao Direito Administrativo Sancionador, trata-se de reconhecer que, no Direito Legislado atual, ainda se identificam maiores garantias individuais na seara processual

²⁷⁵ Consoante fundamentos teóricos enfrentados no bojo do Capítulo 2 do presente estudo, à semelhança dos argumentos colacionados pelo Ministro Gilmar Mendes para mitigar independência entre instâncias no julgamento da mencionada Reclamação 41.557/SP.

²⁷⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 322.

²⁷⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *In: Comentários à nova lei de improbidade administrativa*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 494.

²⁷⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 325

penal e, por isso, sua primazia em detrimento a outras esferas no atual estado do Direito brasileiro, configura-se como medida de proteção a eventuais abusividades²⁷⁹.

Com efeito, o reconhecimento da prevalência da jurisdição penal – na apreciação de conduta que, de igual forma, possa ser enquadrada como ato punível nos ditames da Lei de Improbidade Administrativa – gera importante repercussão na questão cronológica de julgamentos das ações de improbidade e penal.

Nesse aspecto, caso a ação de improbidade administrativa estiver apta a julgamento antes da ação penal, emana necessário que o julgador dessa proceda com a suspensão²⁸⁰ do processamento até que sobrevenha decisão do juízo penal, com arrimo no art. 315 do Código de Processo Civil – de aplicação subsidiária na ação de improbidade. O dispositivo, justamente, prevê que “se o conhecimento do mérito depender de verificação da existência de fato delituoso, o juiz pode determinar a suspensão do processo até que se pronuncie a justiça criminal”.

Tal imposição temporal decorrente da primazia do Direito Penal, há de se destacar, alinha-se aos objetivos positivos pretendidos com a mitigação da independência entre instâncias e à pretensão do legislador com o disposto no art. 21, § 4^a, da LIA, na medida em que evitaria sentenças contraditórias e garantiria ao acusado – em caso de absolvição penal – a comunicação dos fundamentos absolutórios ao juízo da ação de improbidade.

Nesse sentido, com fundamento na prevalência da jurisdição penal, afasta-se, no âmbito da improbidade administrativa, a utilização da independência entre as searas criminal e administrativa/civil como base para a impossibilidade de suspensão de um procedimento sancionador até a decisão de outro.

Por fim, ainda em relação ao art. 21, § 4^o, da Lei 14.230/21, urge salientar que sua aplicação não é tão automática quanto parece, merecendo uma cautelosa interpretação a não comprometer a tutela do patrimônio público e o dever de probidade dos agentes públicos e políticos.

²⁷⁹ CARVALHO, Érika Mendes de; CARDOSO, Sônia Letícia de Mélo; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **Duplicidade de sanções ambientais e o princípio non bis in idem.** In: Pensar: Revista de Ciências Jurídicas, vol. 18, n. 2, p. 431- 469. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, mai/ago 2013.

²⁸⁰ Conforme já mencionado, durante a suspensão, evitando a ocorrência da já mencionada prescrição intercorrente na ação de improbidade administrativa, suspende-se, de igual forma, o prazo prescricional. No ponto, estabelece o art. 200 do Código Civil que não correrá a prescrição, antes da respectiva sentença definitiva, nas hipóteses em que a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal. Assim, como a conclusão da ação de improbidade, nesta específica hipótese do art. 21, §4^o, da LIA, está na dependência do pronunciamento final da justiça criminal, considera-se existir uma causa de suspensão da prescrição da ação de improbidade administrativa, ainda que não explicitamente prevista na Lei 8.429/1992.

Nesse sentido, há de se promover uma aprofundada análise para se aferir se a absolvição teve como fundamento algo que também demandaria ser provado na seara da improbidade. Caso o fato ou o elemento utilizado pelo juízo criminal para firmar a absolvição não seja relevante para configurar o ato ímprobo, não haverá comunicação do fundamento de improcedência da ação penal²⁸¹.

Como exemplo dessa hipótese, pode-se citar o caso de agente absolvido pela atipicidade da conduta em razão da aplicação do princípio da insignificância. Nesse caso, há entendimento que nega a incidência de tal princípio no âmbito da improbidade, eis que a prática atinge a Administração Pública²⁸². Assim, mesmo absolvido o agente na esfera criminal – com fundamento no art. 386, inc. III, do CPP –, a ação de improbidade administrativa poderá ser ajuizada ou ter prosseguimento.

Por isso, demonstra-se a essencialidade da qualidade de fundamentação/motivação das sentenças penais – conforme mencionado no introito do presente tópico –, como vetor a permitir uma escorreita aplicação das causas absolutórias comunicantes à ação de improbidade administrativa.

4.4.2 A sentença penal condenatória na ação de improbidade administrativa

Viu-se que todas as circunstâncias da sentença penal absolutória se refletem na ação de improbidade administrativa, todavia, para uma análise completa da mitigação da independência entre as instâncias penal e administrativa, há de se tecer considerações sobre os efeitos da sentença penal condenatória na ação de improbidade.

Pois bem, sendo a sentença condenatória, o juízo penal deverá observar o disposto no art. 387²⁸³ do Código de Processo Penal e, no dispositivo do referido ato processual, far-se-á uma análise à luz do caso concreto para regulação da dosimetria da pena a ser aplicada, considerando os vetores estabelecidos no art. 59 do Código Penal: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, os motivos e as circunstâncias do crime²⁸⁴.

²⁸¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *In: Comentários à nova lei de improbidade administrativa*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 496.

²⁸² AgInt no AREsp 1140901/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, Dje 03/12/2020.

²⁸³ Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: I - mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer; II - mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 42 e 43 do Código Penal; II - mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

²⁸⁴ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1402.

Nesse diapasão, prevê o art. 32 do Código Penal – à luz do disposto no art. 5º, inc. XLVI, da CF – que poderão ser aplicadas penas privativas de liberdade (reclusão e detenção), penas restritivas de direito (como, por exemplo, prestação de serviço à comunidade e limitação de fim de semana) e pena de multa²⁸⁵.

Para além das descritas consequências (efeitos sancionatórios penais), de se ver que há efeitos extrapenais da sentença penal condenatória e definitiva que refletem, sobremaneira, na instância administrativa e civil.

Nos reflexos na esfera administrativa, cita-se o art. 92 do Código Penal, que arrola os efeitos não automáticos da condenação e traz como possível consequência a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo^{286/287}. Dessa forma, o próprio juízo penal pode, desde que de modo fundamentado, estabelecer efeitos que repercutirão no âmbito administrativo.

Ademais, também como efeito secundário, destaca-se a previsão contida no art. 91 do Código Penal que impõe ao condenado a *obrigação de indenizar* a vítima pelos danos sofridos e a *perda em favor da união dos instrumentos e produtos do crime*²⁸⁸ – efeitos estes que refletirão na esfera cível²⁸⁹.

Como se vê, a condenação criminal impõe ao réu diversas e severas penalidades – aplicadas cumulativamente com os efeitos negativos extrapenais, que repercutem nas mais variadas matizes –, tal como a condenação advinda da responsabilização nos termos da Lei de Improbidade Administrativa, que prevê em seu art. 12 as seguintes sanções: (i) perda dos bens acrescidos ilicitamente; (ii) ressarcimento integral do dano; (iii) perda da função pública; (iv) suspensão dos direitos políticos; (v) multa civil; e, (vi) proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios.

Ocorre que, com o advento da Lei 14.230/21, o ecossistema da improbidade passou a se preocupar com o duplo sancionamento do agente público. Nesse sentido, firmou o art. 12, §

²⁸⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Volume 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 630.

²⁸⁶ Existe a previsão da perda do cargo, função ou mandato públicos em duas distintas hipóteses: quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes em que o autor age com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública ou quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos, independentemente da relação do crime com o cargo, função ou mandato públicos. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Volume 1. 26. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 946).

²⁸⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1003.

²⁸⁸ Qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso, conforme dispões o art. 91, alínea “b”, do Código Penal.

²⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Volume 1. 26. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 938.

7º, da LIA²⁹⁰ que as sanções aplicadas a pessoas jurídicas com base nesta Lei e na Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, deverão observar o princípio constitucional do *non bis in idem*.

Todavia, em dispondo a Constituição Federal – em seu art. 37, § 4º – que os atos de improbidade serão sancionados “sem prejuízo da ação penal cabível”, surgem questionamentos há tempos debatidos na doutrina sobre a aplicabilidade do princípio do *non bis in idem* – direito fundamental do cidadão a não ser processado e sancionado duplamente em razão do mesmo fato – no caso de apuração do mesmo enredo fático por ação penal e por ação de improbidade administrativa.

Veja-se, nesse sentido, que o art. 37, § 4º, da CFRB/88, trouxe, desde a origem, contornos próprios os *bis in idem* na seara da improbidade administrativa.

Trata-se do questionável entendimento “abrasileirado”^{291/292} do instituto de que, pelo fato de as instâncias serem independentes e autônomas, não se vislumbra ofensa ao *non bis in idem* na manifestação plural do *ius puniendi* estatal em programas jurídicos distintos²⁹³. Defensor dessa tese, Japiassú afirma que “entre juízes com competência penal e outros, com competência cível ou administrativa, o referido princípio não terá aplicação, vez que se considera que as disciplinas jurídicas são independentes entre si”²⁹⁴.

Embora o presente estudo não se filie a essa posição, essa é a posição do constituinte. Assim, vê-se que o permissivo constitucional disposto no art. 34, § 4º, autoriza o duplo processamento sobre os mesmos fatos em instâncias distintas, afastando o viés processual do *ne bis in idem*.

Nada obstante, tal articulação entre os diferentes programas sancionadores no âmbito da Improbidade Administrativa não significa, necessariamente, que as sanções advindas das mais diversas matizes devem se cumular. É justamente à aplicação sancionatória múltipla

²⁹⁰ Art. 12, § 7º As sanções aplicadas a pessoas jurídicas com base nesta Lei e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, deverão observar o princípio constitucional do *non bis in idem*.

²⁹¹ No ponto, Keity Saboya, revelando essa precariedade, observa uma preocupante “limitação interpretativa do princípio do *ne bis in idem* pela comunidade científica brasileira”, devido ao modo como a doutrina nacional atribui diferentes identidades às consequências sancionatórias, bem como em razão do obstáculo imposto à aplicação do *ne bis in idem* pelas “regras de independência entre instâncias penal e administrativa/civil” (SABOYA, Keity. *Ne bis in idem. História, Teoria e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014).

²⁹² Veja-se, por exemplo, decisão do Superior Tribunal de Justiça que registra que “a nossa legislação consagra o princípio da independência entre as instâncias civil, penal e administrativa. (...) Não há falar, pois, em *bis in idem* em relação aos múltiplos remédios concomitantes, complementares e convergentes do ordenamento jurídico contra violação de suas normas”. (STJ, AgInt no AREsp 1517245/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 19.12.2019).

²⁹³ MACHADO, Máira Rocha. **Independência como indiferença: ne bis in idem e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção**. Direito, Estado e Sociedade – PUC Rio, v. 55, p. 257–295, 2019, p. 27.

²⁹⁴ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. **O princípio do ne bis in idem no direito penal internacional**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, nº 4/5, ano 2003/2004, p. 91-122.

desproporcional que o legislador confere proteção com a previsão de compensação prevista no art. 21, § 5º, da LIA.

Assim, visando o atendimento da perspectiva material do *non bis in idem* e, de igual forma, mitigando-se a independência entre as instâncias, a solução encontrada pelo legislador foi inserir – através da Lei 14.230/21 – o art. 21, § 5º, da LIA, estabelecendo que sanções eventualmente aplicadas em outras esferas deverão ser compensadas com as sanções aplicadas nos termos da Lei de Improbidade Administrativa²⁹⁵.

Em suma, quando constatada que a mesma conduta foi apenada, no âmbito civil, administrativo ou criminal, com sanções de mesma natureza às previstas na Lei de Improbidade Administrativa, haverá de ser conferida a compensação na ação que decretou a responsabilização por ato ímprobo²⁹⁶. A rigor, o pedido de compensação deve ser efetuado na própria ação de improbidade administrativa, demonstrando o agente que já cumpriu ou está a cumprir sanção equivalente aplicada na seara penal ou administrativa/disciplinar²⁹⁷.

Em verdade, tal disposição já encontrava respaldo na Lei Federal nº 13.655/2018 – que trouxe novos ares à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) –, quando em seu art. 22, § 3º, assenta que “as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”. Todavia, o dispositivo, ainda que recente, é minimamente discutido pela doutrina e jurisprudência, carecendo de aplicabilidade nas decisões judiciais.

Com base, então, no Direito comparado, mostra-se oportuno a análise da orientação dada pelo Tribunal Constitucional espanhol no julgamento da Sentença n. 2, de 16 de janeiro de 2003. No caso, a Corte espanhola vislumbrou a possibilidade de compensação como forma de evitar o excesso punitivo proibido pelo *bis in idem*, permitindo que a multa aplicada em seara administrativa fosse computada na sanção penal pecuniária aplicada. Assim, embora formalmente houvesse uma duplicidade sancionadora, o desconto efetuado da multa administrativa na multa penal imposta afasta, em termos materiais, a ocorrência do *bis in idem*²⁹⁸. Nesse diapasão, colaciona-se excerto elucidativo da Sentença n. 2/2003:

²⁹⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *In: Comentários à nova lei de improbidade administrativa*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 500.

²⁹⁶ *Op. cit.*

²⁹⁷ No ponto, o art. 17-C, inc. V, da LIA, inserido pela Lei 14.230/2021, é expresso no sentido de que o juiz da ação de improbidade administrativa deverá “considerar na aplicação das sanções a dosimetria das sanções relativas ao mesmo fato já aplicadas do agente”.

²⁹⁸ GÓRRIZ ROYO, Elena. *Estudios penales y criminológicos*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2004.

Considerando os limites de nossa jurisdição de amparo, uma solução como a adotada neste caso pelo órgão judicial não pode ser considerada prejudicial à proibição constitucional de incorrer em *bis in idem*, ante a inexistência de uma sanção desproporcional em particular, deduzida a multa administrativa e a duração da privação da carteira de habilitação, conclui-se que não houve duplicação – *bis in idem* - da sanção constitutiva do excesso punitivo materialmente vedado pelo art. 25.1 EC²⁹⁹ (tradução nossa).

Ademais, ressaltar-se que a importância desse pronunciamento reside não apenas no fato de utilizar o princípio do *non bis in idem* para permitir a compensação de sanções –, mas também de estender sua aplicação a todo o ordenamento sancionador (penal e administrativo).

Ainda, de se ver que o julgado da Corte Constitucional espanhola invoca o princípio da proporcionalidade como fundamento material à compensação de sanções e à proibição ao *bis in idem* – com a estrita finalidade de “evitar uma reação punitiva desproporcional”. Isso porque tal excesso punitivo rompe com a garantia de previsibilidade das sanções, na medida em que a “soma da pluralidade de sanções cria uma sanção alheia ao juízo de proporcionalidade realizado pelo legislador e materializa a imposição de uma sanção não prevista legalmente”³⁰⁰ (tradução nossa).

Tal proposta já fora adotada em outros países europeus de distintas formas e modelos.

Na França – em que pese a aplicação de sanção administrativa e penal ao mesmo fato seja tida como expressão de causas jurídicas diferentes, com funções teoricamente diferentes –, a Corte Constitucional, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, firmou em precedentes que “caso haja imposição de pena e de sanção administrativa pelos mesmos fatos, não se deve ultrapassar o montante mais elevado da sanção prevista”³⁰¹.

No caso da Itália, reconhece-se expressamente a possibilidade de o Poder Judiciário realizar a compensação entre sanções administrativas e sanções penais mutuamente impostas. Por exemplo, no caso *Grande Stevens*, julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos em 2014, o governo italiano apresentou como argumento para afastar o *bis in idem* entre ilícito penal e administrativo o fato de que “a Lei italiana permite ao juiz penal considerar a

²⁹⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. **Sentencia 2/2003**, de 16 de enero. Órgano Pleno. BOE n. 43, de 19 de fevereiro de 2003, Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es>. Acesso em: 01 jun. 2022.

³⁰⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. **Sentencia 2/2003**, *Op. cit.*

³⁰¹ LOBO DA COSTA, Helena Regina. **Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada**. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 204 e 205.

sanção administrativa na aplicação da pena, eventualmente reduzindo a última, de modo a tornar ambas proporcionais às violações cometidas”³⁰².

Por sua vez, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos também já decidiu de forma semelhante: entendeu não haver violação ao *ne bis in idem* – por não haver, em verdade, *desproporcionalidade* – quando, em concreto, a sanção administrativa é descontada na sanção penal (seja a sanção de multa, seja a sanção de interdição temporária de direitos). Neste caso, o TEDH afirmou que havia “duplo reproche aflitivo”, mas não “duplo sancionamento”, já que uma sanção era detraída na outra³⁰³.

Assim, no ordenamento brasileiro, a busca por um supedâneo ao princípio do *non bis in idem* em seu aspecto material encontra no princípio da proporcionalidade – cominado com a regra da compensação de sanções de diferentes matizes, disposta no art. 21, § 5º, da LIA – sólido fundamento, afastando-se a citada³⁰⁴ utilização do mantra da independência das esferas como possibilidade de cumulação excessiva e desmedida de sanções.

Deveras, o princípio da proporcionalidade constitui-se, ainda, como base hermenêutica a ser utilizada pelo julgador no momento do sopesamento das sanções já aplicadas pelo juízo penal e aquelas a serem aplicadas na ação de improbidade administrativa, mitigando-se a independência entre instâncias para possibilitar uma resposta do *ius puniendi* estatal de maneira ajustada à gravidade da ilicitude cometida. São essas diretrizes que possibilitam – ainda que de maneira tímida e incompleta – o atendimento ao menos da perspectiva material do *non bis in idem*, mantendo-se respeitados, ainda, os mandamentos constitucionais previstos no art. 37, § 4º, da CFRB/88.

4.5 A PROPORCIONALIDADE COMO BASE HERMENÊUTICA AO JULGADOR

Restou assentado nos tópicos antecedentes que, nos ditames da nova disciplina da Lei de Improbidade Administrativa (com as disposições inseridas pela Lei 14.230/21), o forte axioma da independência entre instâncias deve ser *mitigado*, a fim de que o Poder Judiciário, nessa seara, volte os olhos para as decisões advindas de outras esferas punitivas – mormente a

³⁰² SILVEIRA, Paulo Burnier da. **O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência.** In *Revista da Defesa da Concorrência (CADE)*, v. 2, n. 2, p. 5-22, nov., 2014.

³⁰³ QUIROGA, Jacobo López Barja de. **El principio: non bis in idem.** Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2004, p. 74.

³⁰⁴ Rememora-se que no tópico 4.1 elencou-se os efeitos negativos da utilização da independência entre instâncias (i) como possibilidade de cumulação desproporcional de sanções, (ii) como possibilidade de uma esfera sancionadora não aguardar a decisão de outro e, ainda, (iii) como possibilidade de uma seara punitiva não ser influenciada por outra em uma eventual decisão de absolvição ou de condenação

penal – e proceda: (i) em caso de absolvição penal, com a comunicação de seus fundamentos para a esfera da improbidade administrativa; ou, (ii) em caso de condenação, com a compensação de sanções de mesma natureza já aplicadas.

E, em qualquer dos casos, a base hermenêutica ao julgador da ação de improbidade será o princípio da proporcionalidade – tanto para afastar decisões contraditórias, como para que se evite o excesso punitivo em homenagem a vertente material do princípio do *non bis in idem*.

Quando se pensa na ideia de proporcionalidade, logo se imagina diversos conceitos sinônimos como: equilíbrio, harmonia, justa medida, moderação e relação equânime entre duas grandezas. Todavia, alcançar a proporcionalidade – principalmente no âmbito de definição e aplicação de sanções, objeto alvo do presente tópico – não é tarefa simplória.

Importante destacar, o conceito teórico do princípio da proporcionalidade guarda origem na transformação do Estado de Polícia para o Estado de Direito, como instrumento hábil a conter o poder coativo dos governantes – imposto através de seu poder de polícia –, limitando-o através da justa medida entre os fins almejados pela Administração Pública e os meios utilizados para tanto³⁰⁵.

Autor clássico que bem tratou da proporcionalidade na esfera sancionadora foi Marquês de Beccaria, autor da obra *Dos Delitos e Das Penas*. Em seu entendimento, a pena deveria atender os critérios de *necessidade* (não haver qualquer outra medida cabível) e de *proporcionalidade* (devendo-se adequar estritamente ao fato praticado)³⁰⁶.

Em linhas gerais, o princípio da proporcionalidade se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo³⁰⁷. É proporcional não só aquilo que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, adequação, moderação e harmonia, mas também aquilo que não seja arbitrário.

No sentido dessa breve definição, pode-se afirmar que a proporcionalidade é princípio geral estruturante do Direito, norteador, pois, de qualquer disciplina jurídica em qualquer âmbito do Direito³⁰⁸.

³⁰⁵ SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e Comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 78.

³⁰⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Paulo M. Oliveira. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015. p. 23-24.

³⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 265-266.

³⁰⁸ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 39.

Ademais, imperioso destacar que o princípio da proporcionalidade (*latu sensu*), ante a grande abstrativização que o permeia, é estudado pela doutrina através de seus subprincípios – a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade* em sentido estrito –, compondo uma relação jurídica triangular entre *motivo*, *meio* e *fim*, para permitir um sentido mais concreto de aplicação no ordenamento jurídico³⁰⁹.

Nesse diapasão, o subprincípio da *adequação* dirige o meio – a ponte entre o motivo e o fim. É nessa fase que se verifica a aptidão/idoneidade do meio para a produção do resultado visado³¹⁰.

Após aferir a adequação do meio, deve-se investigar sobre sua qualidade e quantidade, ou seja, inferir se o meio utilizado é indispensável para o alcance do fim pretendido e não pode ser substituído por outro menos lesivo – trata-se do subprincípio da *necessidade*³¹¹.

Por último, far-se-á análise da *proporcionalidade em sentido estrito*, que corresponde à verificação de se a medida – mesmo adequada e necessária – é mesmo proporcional e preserva uma relação de “justa medida” entre os meios utilizados e o fim almejado³¹².

Tecidas estas breves considerações introdutórias acerca do princípio da proporcionalidade, há de se discorrer sobre sua aplicação no âmbito sancionador estatal – vez que, como dito, a proporcionalidade é máxima atinente a todos as instâncias do Direito, estando o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador profundamente atrelados à noção de proporcionalidade.

Pois bem. No âmbito das sanções, de forma inicial, verifica-se a aplicação da proporcionalidade em dois momentos distintos: (i) em primeiro lugar, na eleição das condutas que serão criminalizadas ou administrativamente sancionadas; e, (ii) em segundo lugar, na escolha das sanções, em grau de medida e quantidade, que serão impostas³¹³.

Veja-se que, em ambos os momentos, o Poder Legislativo é o destinatário do princípio da proporcionalidade, que deve operar sua nobre atribuição de elaborar a legislação sancionatória, por um lado, de forma a conter os excessos estatais em prol da garantia dos direitos fundamentais do cidadão e, de outro, de maneira a conferir o dever de proteção estatal

³⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luis Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2008. p. 235.

³¹⁰ *Op. cit.*

³¹¹ *Op. cit.*

³¹² SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luis Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2008, p. 235.

³¹³ MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitti. **Direito penal parte geral: lições fundamentais**. 5. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 220.

suficiente aos bens jurídicos que lhe são mais caros – trata-se da chamada ambivalência do princípio da proporcionalidade³¹⁴.

Assim, no âmbito penal, o legislador elenca quais condutas devem ser passíveis de punição, atribui a cada delito uma ou várias espécies de penalidade – aplicáveis de forma cumulativa ou isolada – e delimita o *quantum* mínimo e máximo de cada pena, bem como elenca circunstâncias agravantes e atenuantes, que serão aplicadas de acordo com as especificidades do caso concreto.

De maneira semelhante, na seara da improbidade administrativa, o legislador fixou no art. 12 da LIA as espécies de sanções cabíveis para cada hipótese, a possibilidade de cumulação entre elas, bem como circunstâncias fáticas que demandam a majoração ou diminuição das consequências negativas a serem impostas ao condenado.

Nesse sentido, infere-se que o legislador, de forma separada em cada seara, realiza um *juízo de proporcionalidade* – ao prever uma sanção, sopesa o fato ilícito praticado dentro da fórmula dos subprincípios da proporcionalidade e correlaciona uma sanção devidamente ajustada à medida de suas pretensões. Assim age o legislador, ressalta-se, em cada esfera diferente.

Todavia, quando todas essas sanções previstas pelo legislador se referem *ao mesmo fato*, e são *simplesmente cumuladas*, é impossível que essa proporcionalidade seja mantida – em especial, porque se as sanções impostas pelo Direito Penal e Administrativo Sancionador não se sobrepõem em absoluto, ao menos, em parte, elas coincidem³¹⁵.

Em suma, se cada previsão, isoladamente, considera a proporcionalidade entre a sanção e o fato ilícito, a mera soma/cumulação de todas as sanções aplicáveis ao mesmo fato, por decorrência lógica, viola a devida proporcionalidade. O legislador cuidará, quando da sua

³¹⁴ No ponto, lúcidas as lições de René Dotti: “Paralelamente à difundida função da proporcionalidade como proibição de excesso e como decorrência da noção de deveres de proteção do Estado, desenvolveu-se a ideia de que o Estado também está vinculado por um dever de proteção suficiente (no sentido de dotado de alguma eficácia). Deveres de proteção podem ser e são violados quando o titular do dever nada faz para proteger determinado direito fundamental ou, ao fazer algo, falha por atuar de modo insuficiente. Daí se falar, tal como já se fez também no Brasil, de uma dupla face do princípio da proporcionalidade, que passa a atuar como critério de controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas de direitos (do âmbito de proteção dos direitos fundamentais), bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento de seus deveres de proteção”. (DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 210).

³¹⁵ BACH, Marion. **Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem e proporcionalidade**. 2021. Tese (Doutorado) – Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2021, p. 214.

atuação, que *cada sanção* seja proporcional ao fato, mas não poderá cuidar que o *conjunto sancionatório*, possivelmente, aplicado sobre o mesmo fato seja proporcional³¹⁶.

Nesse caso, após o juízo de proporcionalidade feito pelo legislador, é o Poder Judiciário o incumbido de, obrigatoriamente, realizar um novo *filtro de proporcionalidade*, como forma de ajustar a sanção advinda das mais variadas esferas sancionadoras ao caso concreto.

Assim, cabe ao Poder Judiciário realizar uma análise casuística do conjunto sancionatório (global) que está, verdadeiramente, incidindo sobre aquele fato. Mais do que isso, cabe ao Poder Judiciário realizar um ajuste punitivo, de modo a devolver a proporcionalidade e, com isso, a legitimidade, ao conjunto sancionatório estatal³¹⁷.

No ponto, urge salientar que tal prognóstico é validado pela mitigação da independência entre as instâncias, estando elas intimamente relacionadas para que seja protegida a coerência, harmonia e proporcionalidade entre as “multiverentes” sancionadoras. Significa reconhecer – conforme discorrido ao longo do presente capítulo – aquilo que vem defendendo a doutrina especializada, as cortes internacionais e que fora recentemente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal: o *ius puniendi* estatal é uno e, por isso, deve-se assumir um enfoque conjunto no campo da política sancionadora, de modo a considerar globalmente os ramos sancionadores e garantir racionalidade e proporcionalidade à questão.

De forma delimitada ao objeto compreendido no presente trabalho monográfico, o Poder Judiciário, visando garantir a proporcionalidade do conjunto sancionatório aplicável a um mesmo fato, deve o julgador da ação de improbidade administrativa – de forma escorreita – voltar seu olhar para as sanções já impostas na esfera penal, de modo a considerá-la no momento da imposição da nova sanção, consoante determina o art. 21, § 5º, da LIA.

O raciocínio inverso também merece ser aplicado. Quando o juízo penal está a impor uma sanção, deve considerar aquelas já aplicadas no âmbito da improbidade administrativa.

Para ilustrar toda a exposição realizada no presente tópico, utiliza-se das sensatas palavras de Luís Roberto Barroso:

“[...] ao aplicar uma regra que sanciona determinada conduta com uma penalidade administrativa, o intérprete deverá agir com proporcionalidade, levando em conta a

³¹⁶ *Op. cit.*

³¹⁷ BACH, Marion. **Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem e proporcionalidade**. 2021. Tese (Doutorado) – Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2021, p. 214.

natureza e a gravidade da falta. O que se estará aplicando é a norma sancionadora, sendo o princípio da razoabilidade um instrumento de medida.”³¹⁸.

³¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 384.

5 CONCLUSÃO

Em linhas gerais, o presente estudo é inserido no contexto fenomenológico da multiplicidade sancionatória estatal, na medida em que o Estado (detentor do *ius puniendi*) dispõe de um plural espectro de vertentes sancionatórias que se fazem valer sobre o mesmo sujeito em razão de uma mesma conduta antijurídica.

Nesse multifacetado poder punitivo estatal estão inseridos o ecossistema da Improbidade Administrativa e o Direito Penal, concomitantemente utilizados pelo Estado como mecanismos de processamento e punição.

As consequências dessa constatação são preocupantes. De um lado, não raro exsurtem decisões conflitantes nas mencionadas esferas punitivas, ocasionando manifesta insegurança jurídica. De outro, as diferentes searas punitivas impõem ao condenado um conjunto de medidas sancionatórias amplo e severo, que se revelam desproporcional e excessivo à conduta praticada.

Nesse cenário, o principal garantidor da possibilidade de dispersão de responsabilidade e sancionamentos em diferentes esferas jurisdicionais é o princípio da independência das instâncias – uma espécie de mantra, repetido à exaustão para justificar a imposição de desproporcionais e injustas condenações. A independência entre instâncias, se traduz na hipótese de o Estado – detentor do poder sancionatório – ocupar a posição de sujeito passivo em diferentes campos jurídicos, sem a necessidade de que as múltiplas instâncias sancionatórias guardem coerência, harmonia e proporcionalidade.

Assim, o objetivo central da presente monografia é, justamente, comprovar que, ante a inegável proximidade entre Direito Administrativo Sancionador (no qual inserido o escopo da Improbidade Administrativa) e Direito Penal, o forte axioma da independência entre instâncias deve ser *relativizado* para que se adote um enfoque conjunto e integrado no campo da política sancionadora – utilizando-se como premissa a aplicação das novas disposições contidas na Lei de Improbidade Administrativa (advindas da Lei 14.230/2021).

Para o alcance dessas conclusões elementares, o estudo foi dividido em três capítulos.

No primeiro deles, observou-se o fenômeno de aproximação entre o Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. Nesse sentido, restou assentado que os movimentos pendulares entre as duas searas – ora de “administrativização” do Direito Penal, ora de penalização do Direito Administrativo – tornou por hipertrofiá-las, acarretando uma constante sobreposição de sancionamentos no ordenamento brasileiro. Ademais, no mesmo capítulo,

foram tecidas considerações acerca da ausência de diferenças ontológicas entre sanção administrativa e da sanção penal, concluindo-se que ambas provêm de um único direito estatal de punir e, por isso, princípios e garantias constitucionais penais se aplicam na esfera administrativa sancionadora.

Após, no segundo capítulo, iniciaram-se as digressões específicas acerca da Lei de Improbidade Administrativa – origem, conceitos, escopo e problemáticas –, bem como das significativas mudanças advindas da Lei 14.230/2021. No ponto, abordadas as alterações de caráter geral e de caráter processual, verificou-se, na nova legislação, a expressa referência à natureza repressiva da ação de improbidade administrativa, atraindo a incidência dos princípios de Direito Administrativo Sancionador.

Ademais, constatou-se que, ao inserir diversos institutos penais e processuais penais no ecossistema da improbidade administrativa, a intenção do legislador foi justamente impor limites mais rígidos à persecução estatal, tutelando os direitos fundamentais e garantias processuais do réu – o que resta por validar as conclusões obtidas no capítulo anterior.

Ainda nesse capítulo, introduziu-se ao leitor os dois primordiais fundamentos à mitigação da independência entre instâncias na Lei de Improbidade Administrativa, previstos nos §§ 4º e 5º, do art. 21, da LIA (com redações dadas pela Lei 14.230/2021). Trata-se da regra de comunicabilidade da sentença penal absolutória à ação de improbidade e da regra de compensação de sanções de mesma natureza já aplicadas ao réu.

Todas as premissas estabelecidas nos capítulos prévios guiam às ilações obtidas no último capítulo: nada obstante os ramos do ordenamento jurídico serem tradicionalmente compreendidos como independentes, pela imprescindibilidade da justiça e racionalidade punitiva, as múltiplas esferas sancionatórias estatais devem ser *coerentes e proporcionais* entre si – motivo pelo qual há de se reconhecer que a independência entre as instâncias é relativa.

A busca por soluções aos complexos problemas dogmáticos trazidos pela hipertrofia do Direito Penal e Administrativo Sancionador – e a consequente sobreposição de sancionamentos – perpassa pelo reconhecimento de que o Estado possui uma única pretensão punitiva e, por isso, é necessário adotar-se um enfoque conjunto no campo da política sancionadora.

Nesse sentido, mostram-se vitais as disposições advindas do novo diploma da Lei de Improbidade Administrativa, que não deixam dúvida acerca da necessidade de diálogo entre

ação penal – mormente, sua decisão e seus fundamentos – e a ação de improbidade administrativa.

No ponto, não se descuida que a Constituição Federal brasileira trata os atos de improbidade administrativa como eventos de incidência múltipla, ao firmar, em seu art. 37, §4º, que "sem prejuízo da ação penal cabível", eles importarão "a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei".

Todavia, o permissivo constitucional não obsta que o legislador infraconstitucional crie uma sistemática de efeitos das decisões penais condenatórias ou absolutórias, sobre as ações de responsabilização por ato de improbidade administrativa.

Dessa forma, restou assentado que, nos ditames da nova disciplina da Lei de Improbidade Administrativa (com as disposições inseridas pela Lei 14.230/21), o forte axioma da independência entre instâncias deve ser *mitigado*, a fim de que o Poder Judiciário, nessa seara, volte os olhos para as decisões advindas de outras esferas punitivas – mormente a penal – e proceda: (i) em caso de absolvição penal, com a comunicação de seus fundamentos para a esfera da improbidade administrativa; ou, (ii) em caso de condenação, com a compensação de sanções de mesma natureza já aplicadas.

Na primeira hipótese (sentença penal absolutória), como consuetudinário da coerência entre decisões, afasta-se a possibilidade de atuação de um *ius puniendi* esquizofrênico, evitando-se que em razão dos mesmos fatos e mesmas provas, o cidadão possa ser absolvido numa esfera e condenado noutra instância.

Na segunda hipótese (sentença penal condenatória), mitiga-se a independência entre as instâncias para possibilitar uma resposta punitiva estatal adequada à gravidade da ilicitude cometida, afastando-se a cumulação autoritária e desmedida de sancionamentos. Dessa forma, a regra da compensação de sanções permite o atendimento da perspectiva material do princípio do *non bis in idem*, mantendo-se respeitado, ainda, o mandamento constitucional previsto no art. 37, § 4º, da CF.

Por fim, com fundamento em precedentes italiano, francês, espanhol e do Tribunal Europeu de Direito Humanos, assentou-se que o *princípio da proporcionalidade* – através da escorreita aplicação dos subprincípios da *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito* – constitui a base hermenêutica a ser utilizada pelo Poder Judiciário no momento do sopesamento das sanções já aplicadas pelo júízo penal e aquelas a serem aplicadas na ação de improbidade administrativa.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Janete. **Espanha: política e cultura**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. Disponível em:
<https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/1454/Espanha%20pol%C3%ADtica%20e%20cultura.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23 abr. 2022.
- ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. **Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 46, 2004.
- ARAÚJO, Aldem Johnston Barbosa. **Primeiras impressões sobre a nova LIA à luz do Direito Administrativo sancionador**. Consultor Jurídico. 28 out. 2021. N. p. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/2021-out-28/johnston-lia-luz-direito-administrativo-sancionador>. Acesso em: 01 mar. 2022.
- ARÊDES, Sirlene Nunes. **Âmbito Constitucional de Aplicação do Direito Penal e do Direito Administrativo**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2017, p. 435 e ss. v. 129.
- ASSIS TOLEDO, Francisco. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 27-64, jan./mar. 2010.
- BACH, Marion. **Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem e proporcionalidade**. 2021. Tese (Doutorado) – Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2021.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Paulo M. Oliveira. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. Volume 1**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BOLINA, Mariela. **Reconhecimento da prescrição nas ações de improbidade em curso.** Migalhas. 04 jan.2022. N. p. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/357408/reconhecimento-da-prescricao-nasacoes-de-improbidade-em-curso>. Acesso em: 15 mar. 2022.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato: Uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRASIL. **ANVISA.** Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/anvisa/agencia>. Acesso em: 19 abr. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2505/2021** (nº Anterior: PL 10887/2018). Brasília, 2018. N. p. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>. Acesso em: 28 fev. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 10887/2018.** Brasília, 2018. N. p. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-10887-2018>. Acesso em: 28 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**((Código de Processo Penal). Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 03 out. 1941.

BRASIL. Imprensa Nacional. **Diário Oficial da União nº 202.** Brasília, 26 out. 2021. N. p. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=515&pagina=1&data=26/10/2021>. Acesso em: 28 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002.

BRASIL. **Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992.** Diário Oficial da União: Brasília, 1992. N. p.

BRASIL. **Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021.** Altera da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Diário Oficial da União: Brasília, 2021. N. p.

BRASIL. Ministério de Estado da Justiça. **Exposição de Motivos nº EM. GM/SAA/0388.** Brasília: Diário do Congresso Nacional, Seção 1, p. 14124, 1991. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-exposicaodemotivos-149644-pl.html>>. Acesso em: 02 agosto 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Lei define novas regras para improbidade administrativa.** Brasília, 2021. N. p. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/10/26/lei-define-novas-regras-paraimprobidade-administrativa>. Acesso em: 06 mar. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 2505, de 2021**. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/149081>. Acesso em 28 fev. 2022.

BRASIL. STF, **RCL 41557/SP**, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 15/12/2020.

BRASIL. STF. **ADI 4.874/DF**. Plenário, Relatora Ministra Rosa Weber, DJe 1/2/2019.

BRASIL. STF. **RCL 41557/SP**, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 15/12/2020.

BRASIL. STJ, **AgInt no RMS 65.486/RO**, segunda turma, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 17/08/2021, DJe 26/08/2021.

BRASIL. STJ, **AgRg nos EDcl no HC n. 601.533/SP**, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 21/9/2021, DJe de 1/10/2021.

BRASIL. STJ, **REsp 1.153.083/MT**, Primeira Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, DJe 19/11/2014.

BRASIL. STJ, **REsp 879360/SP**, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 11/9/2008.

BRASIL. STJ, **RMS 37.031/SP**, Primeira Turma, Relatora Ministra Regina Helena Costa, julgado em 08/02/2018, DJe 20/02/2018.

BRASIL. TJSC, **Apelação n. 0900191-30.2017.8.24.0018**, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, relatora Desembargadora Bettina Maria Maresch de Moura, Terceira Câmara de Direito Público, julgado em 16/11/2021.

BRASIL. TJSC, **Apelação n. 0900599- 55.2017.8.24.0039**, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, relator Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Primeira Câmara de Direito Público, julgado em 01/02/2022.

BRASIL. TJSP, **Agravo de Instrumento n. 2146747-50.2021.8.26.0000**, Relator Torres de Carvalho, Décima Câmara de Direito Público, julgado em 16/12/2021.

BRASIL. TRF 3ª Região, 3ª Turma, **Apelação Cível n. 5000547-79.2018.4.03.6118**, Relator Desembargador Federal Luis Carlos Hiroki Muta, julgado em 17/12/2021.

BRASIL. TRF 5ª Região, 2ª Turma, **Apelação Cível n. 0000830-56.2013.4.05.8205**, Relator Desembargador Federal Thiago Batista Ataíde, julgado em 17/12/2021.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de processo penal**. Salvador: JusPODIVM, 2019.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMPOS, Rosana Soares. **O impacto das reformas econômicas neoliberais na América Latina: desemprego e pobreza**. Polis, 2017. Disponível em: <http://journals.openedition.org/polis/12585>. Acesso em: 21 abr. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. Ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPEZ, Fernando. **Dolo Penal na improbidade administrativa**. Consultor Jurídico. 09 dez. 2021. N. p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/controversias-juridicas-dolo-penal-improbidade-administrativa>. Acesso em: 12 abr. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Improbidade Administrativa – limites constitucionais**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Limites constitucionais à lei de improbidade**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARLOS DE OLIVEIRA, Ana Carolina. **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

CARVALHO, Érika Mendes de; CARDOSO, Sônia Letícia de Mélo; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **Duplicidade de sanções ambientais e o princípio non bis in idem**. In: *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, vol. 18, n. 2, p. 431- 469. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, mai/ago 2013.

CHAGAS, Gabriel Pinheiro. **O “non bis in idem” no Direito Administrativo Sancionador**. In: *Direito Administrativo Sancionador: estudos me homenagem ao professor emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello*. José Roberto Pimenta Oliveira (coord.). São Paulo: Malheiros, 2019.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal. Parte Geral**. 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: ICPC – Lumen Juris, 2008.

CORDEIRO, Andre Bonat. **As inovações da Lei de Improbidade Administrativa**. Consultor Jurídico. 19 jan, 2022. N. p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-19/cordeiro-inovacoes-lei-improbidadeadministrativa>. Acesso em 28 fev. 2022.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Repercussão da sentença penal na esfera administrativa**. In: *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*: n. 67, 1972.

CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. In: **Comentários à nova lei de improbidade administrativa**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

D´AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito penal. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 42. ed., ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DOS SANTOS, Rodrigo Valgas. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

DRUMMOND, Fernando. **Acordo de não persecução cível: solução para os processos de improbidade?** Consultor Jurídico. 9 jan. 2022. N. p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-09/drummond-acordo-nao-persecucao-civel-improbidade#:~:text=Como%20funciona%20o%20acordo%20de,atos%20de%20improbidade%20ali%20debatidos>. Acesso em: 17 mai. 2022.

ENTERRÍA, Eduardo García. **Curso de Direito Administrativo**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro**. 1 ed. Florianópolis: Emais Academia, 2020.

FÉO, Rebecca. **Direito Administrativo Sancionador e os princípios constitucionais penais: análise dos processos da ANP**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

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

FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O Controle de Convencionalidade da Lei da Ficha Limpa: Direitos políticos e inelegibilidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

FORTINI, Cristiana. **Retroatividade benigna da Lei 14.230: o que dizer de decisões transitadas em julgado?** Consultor Jurídico, 17 fev. 2022. N. p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev17/interesse-publico-retroatividade-benigna-lei-1423021>. Acesso em: 28 fev. 2022.

FREITAS, Daniel Santos de. **Improbidade: principais jurisprudências e temas afetados pela Lei 14.230/2021**. Consultor Jurídico. 29 jan. 2022. N. p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan29/freitas-principais-jurisprudencias-temas-afetados-lei-14230>. Acesso em: 01 mar. 2022.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca, et. al. **Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. **Curso de Derecho Administrativo**. 9. ed., v. 2, Madrid: Civitas, 2004.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 5ª ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho Penal – Parte General**. Madri: Jurista Editores, 2009.

GOMES JÚNIOR, Luís Manoel; FAVRETO, Rogério. In: **Comentários à nova lei de improbidade administrativa**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2012.

GÓRRIZ ROYO, Elena. **Estudios penales y criminológicos**. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2004.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. **Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal**. São Paulo: Almedina, 2014.

GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. **Princípios processuais no direito administrativo sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais**. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89256/Rev_2014_27. Acesso em: 03 mar. 2021.

HABERMAS, Jürgen. **O Estado-Nação Europeu frente aos Desafios da Globalização: O Passado e o Futuro da Soberania e da Cidadania**. Novos Estudos CEBRAP, n. 43. São Paulo: 1995.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução: Pablo Rodrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. **O princípio do ne bis in idem no direito penal internacional**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, nº 4/5, ano 2003/2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. ed. 3ª tr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

LIMA, Paulo Natanael Vieira. **Aproximação do Direito Processual e Material Penal ao sistema jurisdicional administrativo como hipótese à obscuridade existente entre os dois âmbitos jurídicos**. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal, v. 7, n. 2, p. 60-100, 2019.

LOBO DA COSTA, Helena Regina. **Direito administrativo sancionador e direito penal: a necessidade de desenvolvimento de uma política sancionadora integrada**. In: Direito

administrativo sancionador. BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JR., Laerte I. (Coord). São Paulo: Quartier Latin, 2014.

LOBO DA COSTA, Helena Regina. **Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada**. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

LOHBAUER, Rosane Menezes, et. al. **Comentários sobre as mudanças na Lei de Improbidade Administrativa**. Consultor Jurídico. 13/11/2021. N. p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov13/opiniao-comentarios-mudancas-lei-improbidade>. Acesso em: 28 abr. 2022.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 345.

MACHADO, Maíra Rocha. **Independência como indiferença: ne bis in idem e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção**. Direito, Estado e Sociedade – PUC Rio, v. 55, p. 257–295, 2019.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitti. **Direito penal parte geral: lições fundamentais**. 5. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

MARTINS, Tiago do Carmo. **A prescrição na nova Lei de Improbidade Administrativa**. Consultor Jurídico. 3 nov. 2021. N. p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-03/martins-prescricao-lei-improbidadeadministrativa>. Acesso em 28 fev. 2022.

MAZZARO, Pedro Henrique; MARQUES, Vitor. **O fim do milagre da multiplicação dos bloqueios**. Consultor Jurídico. 19 nov. 2021. N. p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-19/lopes-marquesfim-milagre-multiplicacao-bloqueios>. Acesso em 28 fev. 2022.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELO, Valber. **Nova Lei de Improbidade Administrativa e individualização da conduta**. Consultor Jurídico. 18 nov. 2021. N. p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-18/valber-melo-leiimprobidade-individualizacao-conduta>. Acesso em 28 fev. 2021.

MELO, Viviane; MELO, Valber. **Absolvição criminal e a nova Lei de Improbidade**. Consultor Jurídico, 1º/03/2022. N. p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-01/opiniao-absolvicao-criminal-lei-improbidade>. Acesso em 02 maio 2022.

MENDES, Joaquim Canuto. **A contrariedade na instrução criminal**. São Paulo: Saraiva, 1937.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. **A principiologia no direito administrativo sancionador**. Revista eletrônica de Direito de Estado (REDE), Salvador, n. 37, jan./mar. 2014. p. 111-114. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=702>. Acesso em: 24 abr. 2022.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Lei Anticorrupção: principais aspectos e primeiras impressões**. In: Aspectos controvertidos da lei de improbidade administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos Tribunais Superiores. DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (orgs.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. **Improbidade, ressarcimento e um diálogo entre precedentes**. Consultor Jurídico. N. p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out29/improbidade-debate-imprescritibilidade-ressarcimento-erario-fundado-improbidade>. Acesso em 15 mar. 2022.

NEIVA, José Antônio Lisboa. **Improbidade administrativa: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento e cautelar**. Niterói: Impetus, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa: Lei 14.230, de 25.10.2021 comentada artigo por artigo**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa: direito material e processual**. 6. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. Volume 4. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Conexões entre as instâncias penal, administrativa, civil e de improbidade: prescrição e efeito vinculante**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas, CONLEG/Senado, 2018.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti Grotti. **Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. **A retroatividade da Lei mais benéfica no Direito Administrativo sancionador e a reforma da Lei de Improbidade pela Lei nº 14.230/2021**. Rev. IOB de Direito Administrativo. São Paulo, v. 17, n. 194, p 75-85, fev. 2022. Disponível em: <https://zenite.blog.br/wp-content/uploads/2021/12/lei-mais-benefica-no-direito-administrativo-sancionador-e-a-reforma-de-lei-de-improbidade.pdf>. Acesso em 15 abr. 2022.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. São Paulo: RT, 1985. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública – corrupção – ineficiência**. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2018. OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PRADO FILHO, Francisco Octavio de Almeida; ALVES, Adriano. **Alterações na Lei de Improbidade: Avanços e reflexos eleitorais**. Consultor Jurídico. 07 fev. 2022. N. p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-07/direito-eleitoral-alteracoes-lei-improbidade-avancos-reflexos-eleitorais>. Acesso em 01 mar. 2022.

PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção Administrativa Geral: anatomia e autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O acordo de não persecução cível nos tribunais**. ANPR – Associação Nacional dos Procuradores da República. N. p. Disponível em: <https://www.anpr.org.br/imprensa/artigos/25565- o-acordo-de-nao-persecucao-civel-nos-tribunais>. Acesso em 15 abr. 2022.

QUIROGA, Jacobo López Barja de. **El principio: non bis in idem**. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2004.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RINCÓN, Jose Suay. **Sanciones administrativas**. Bolonha: Publicaciones del Real Colegio de España, 1989.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROMAN CORDERO, Cristián. **El derecho administrativo sancionador em Chile**. Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, ano 8, n. 16, 2009.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas, 1997.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei nº 8.429/1992**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **La expansión del derecho penal – aspectos de la política criminal em las sociedades pos industriales**. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2001.

SANTOS, Denisson da Silva. **Improbidade administrativa no Brasil: uma análise de output**. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Universidade Federal de Alagoas. Instituto de Ciências Sociais. Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Maceió, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luis Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2008.

SILVA SANCHEZ, Jesús Maria. A Expansão do Direito Penal. **Aspectos da política-criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. **O direito administrativo sancionador e o princípio non bis in idem na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência**. In Revista da Defesa da Concorrência (CADE), v. 2, n. 2, p. 5-22, nov., 2014.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e Comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SOBRANE, Sérgio Turra. **Improbidade Administrativa: Aspectos Materiais, Dimensão Difusa e Coisa Julgada**. São Paulo: Atlas, 2010.

SUNFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Dever regulamentar nas sanções regulatórias**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Ano 8, nº 31, jul./set. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual civil**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 665, 1991.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA ESPANHA, **Sentença Constitucional nº 4/1980**, Sala Primera, Recurso de Amparo nº 101/1980, de 19 de setembro de 1980.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. **Sentencia 2/2003, de 16 de enero**. Órgano Pleno. BOE n. 43, de 19 de fevereiro de 2003, Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es>. Acesso em: 01 jun. 2022.

VEGA, Dulce María Santana. **El Concepto de Ley Penal en Blanco**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.