



**MEDINA
OSÓRIO**
A D V O G A D O S

PARECER JURÍDICO

Parecerista:
Fábio Medina Osório¹

Consultante:
COMISSÃO NACIONAL DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS
DA OAB FEDERAL

¹ Advogado, Doutor em Direito Administrativo pela Universidade Complutense de Madri e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Ex-Membro do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Ex-Ministro da Advocacia-Geral da União. Presidente da Comissão Especial de Direito Administrativo Sancionador do Conselho Federal da OAB nacional (Gestão Beto Simonetti).



SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO	3
II. BREVE SÍNTESE PROCESSUAL DO <i>LEADING CASE</i>	5
III. O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: O CONCEITO DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA E SEU IMPACTO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	9
IV. O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES	22
V. SOBRE A RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	31
VI. DA ELIMINAÇÃO DOS TIPOS CULPOSOS NA NOVA LEI DE IMPROBIDADE A CONSTITUCIONALIDADE E RETROATIVIDADE	41
VII. DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE	42
VIII. DO JULGAMENTO DO TEMA 1199 DA REPERCUSSÃO GERAL	52
IX. CONCLUSÃO	59
X. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

PARECER

**CONSULENTE: COMISSÃO NACIONAL DE ESTUDOS
CONSTITUCIONAIS DA OAB FEDERAL**

PARECERISTA: FÁBIO MEDINA OSÓRIO

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.º 843.989/PR

Agravante: ROSMERY TEREZINHA CÓRDOVA

Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS

I. INTRODUÇÃO

1. A COMISSÃO NACIONAL DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS por intermédio do Presidente MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO, considerando a Repercussão Geral reconhecida no ARE 843989/PR, indaga o seguinte:

Quesito 1. As normas administrativas sancionadoras retroagem? Caso afirmativo, como e em que extensão se dá essa retroatividade?

Quesito 2. É constitucional a eliminação dos tipos culposos da Lei 8.429/92 e a retroatividade das novas modalidades de tipos exclusivamente dolosos para beneficiar réus, acusados ou investigados em processos em curso?

Quesito 3. Especificamente sobre o prazo prescricional da Lei 14.230/2021, é possível se cogitar de retroatividade e a incidência imediata da lei em processos em curso?

2. Honrado com a consulta formulada pelo ilustre Jurista MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO, Presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais, destaco que, na condição de Presidente da Comissão Especial de Direito Administrativo Sancionador da OAB Nacional apreciarei os quesitos propostos à luz dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador brasileiro.

3. A propósito do conceito de improbidade administrativa, entendo pertinente ao menos um esclarecimento preliminar. Entendo a improbidade administrativa, no plano constitucional, como uma forma mais grave e patológica de má gestão pública, consistente na violação de deveres constitucionais ligados à moralidade administrativa. Em síntese, de forma muito apertada, pode-se dizer que a violação de deveres básicos e elementares de honestidade e de mínima eficiência funcionais consubstanciarão violação do dever de probidade, à luz dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador. Nesse sentido, a corrupção seria uma modalidade de improbidade. O saudoso jurista CAIO TÁCITO apreendeu bem nosso conceito de improbidade, já desenhado embrionariamente em 1998, quando sintetizou nosso pensamento da seguinte forma:

Em síntese, como classifica FABIO MEDINA OSÓRIO, "a improbidade



administrativa decorre da quebra do dever de probidade administrativa que descende, diretamente, do princípio da moralidade administrativa, traduzindo dois deveres fundamentais aos agentes públicos: honestidade e eficiência funcional mínima" (Improbidade administrativa - 2ª edição - fevereiro de 1998, p. 61/62).²

4. Feitas essas considerações, passamos à análise da consulta propriamente dita.

II. BREVE SÍNTESE PROCESSUAL DO LEADING CASE

5. Na origem, trata-se de ação civil pública proposta pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS contra ROSMERY TEREZINHA CÓRDOVA, postulando o ressarcimento ao erário por danos decorrentes da prática de alegados atos de improbidade administrativa pela demandada. A demanda foi julgada improcedente de plano em primeiro grau, mas o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) deu provimento ao recurso de apelação do INSS para anular a sentença e determinar a reabertura da instrução do feito:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTRUÇÃO INSUFICIENTE. NULIDADE.

Considerando a insuficiência da instrução probatória carreada aos autos, nula a sentença que extinguiu o feito com resolução de mérito.

² Improbidade administrativa como forma de corrupção, RDA, Rio de Janeiro, out/dez 2001.

6. A recorrente opôs embargos de declaração ao acórdão, os quais foram desacolhidos. Manejou, então, recurso especial, admitido e provido no STJ, para que houvesse novo julgamento dos embargos de declaração. Entretanto, o novo julgamento manteve o decreto de nulidade da sentença, nestes termos:

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERARIO PUBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DA PROVA PRODUZIDA PARA JUÍZO DE MÉRITO. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO.

A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento de danos causados ao erário por atos de improbidade administrativa. A tese de imprescritibilidade, consagrada com fundamento no art. 37, § 5º, só é rechaçada para fatos ocorridos antes da Constituição Federal de 1988, ante a irretroatividade do texto constitucional.

Ao apreciar o recurso interposto pelo INSS, esta Corte acolheu a alegação de cerceamento de defesa, por ausência de adequada instrução probatória, e anulou a sentença, com o que restou prejudicada a análise dos demais itens da apelação (notadamente os que dizem respeito ao mérito da insurgência), inclusive a ocorrência ou não de inovação recursal. Isso porque, mais do que a produção das provas que foram preteridas, a oportunidade para contrapor, em razões finais, o depoimento pessoal da ré, que embasou o convencimento do juízo a quo, era fundamental para o julgamento da lide, tal como delineada na inicial.

O cerceamento de defesa não se configura apenas pela não produção de provas requerida, mas também pela falta de oportunidade da parte de contraditar aquelas existentes nos autos, afora a insuficiente análise da documentação apresentada pelo juízo a quo.

Inconclusas as fases probatória e de razões finais, prejudicada a apreciação da alegação de manifesta improcedência da ação ou, ainda, do próprio mérito da lide, com base nas provas já produzidas (por se tratar de "má apreciação das provas", e não hipótese de nulidade da sentença), sob pena de afronta ao devido processo legal. A prerrogativa reconhecida ao juiz de livre apreciação das provas e a exigência de que o tribunal aprecie toda a matéria devolvida ao seu conhecimento (arts. 131 e 515, § 1º, do CPC) não autorizam o imediato enfrentamento do mérito da lide, se não restou



assegurado às partes o devido processo legal e existe a possibilidade de supressão das irregularidades detectadas na tramitação do feito, com o seu retorno à origem.

7. Ainda inconformada, a recorrente manejou novo recurso especial e também recurso extraordinário, ambos inicialmente retidos nos autos. No entanto, os novos embargos declaratórios opostos em sede de agravo foram acolhidos para sanar, sem efeitos infringentes, as omissões do acórdão e fixar a tese da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário:

EDcl no AgRg nos EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 473.601 - PR (2014/0017147-1)

RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS

EMBARGANTE: ROSMERY TEREZINHA CORDOVA

EMBARGADO: INSS INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

EMENTA: *ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO PÚBLICO. PRETENSÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. IMPRESCRITÍVEL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO RECONHECIDA SEM EFEITOS INFRINGENTES. Não merece censura o entendimento fixado na origem, porquanto tornou-se pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a pretensão de ressarcimento ao erário é imprescritível, em razão do que dispõe o art. 37, § 5º, da Constituição da República. Embargos acolhidos, sem efeitos infringentes, para sanar a omissão apontada.*

ACÓRDÃO

*Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração, sem efeitos modificativos, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente) e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 05 de agosto de 2014 (Data do Julgamento).
MINISTRO HUMBERTO MARTINS Relator*

8. Nesse ínterim, o recurso extraordinário da ré, que ficara retido nos autos, foi devolvido ao Tribunal de origem para a aplicação da sistemática da Repercussão Geral. Assim, com fundamento na tese fixada no Tema 666 (*“Imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos causados ao erário, ainda que o prejuízo não decorra de ato de improbidade”*), foi negado seguimento ao recurso.

9. A recorrente aviou agravo interno, provido em juízo de retratação pela Vice-Presidência do TRF4 para admitir o recurso extraordinário, considerando que o Tema 666 não cuidou de casos de improbidade administrativa.

10. Remetidos os autos ao STF, o Min. ALEXANDRE DE MORAES, relator do caso, determinou a devolução do processo à origem, para aguardar a solução do Tema 897 da Repercussão Geral (*“São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”*).

11. Na origem, a recorrente requereu, mediante petição firmada pelos ilustres advogados FRANCISCO ZARDO e PEDRO GALLOTTI, do ESCRITÓRIO PROF. RENÊ DOTTI, a remessa dos autos ao STF, alegando que, na espécie, não se trata de ato doloso, mas culposo, de sorte que não se aplicaria o entendimento fixado no Tema 897.

12. Os autos foram, mais uma vez, remetidos à Corte Suprema, sendo então reconhecida a repercussão geral da matéria constitucional (Tema 1199), na esteira do voto do e. Min. ALEXANDRE DE MORAES (grifamos):

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. LEI 14.230/2021. APLICAÇÃO RETROATIVA DAS DISPOSIÇÕES SOBRE O DOLO E A PRESCRIÇÃO



1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3º, da Constituição, a definição de eventual (IR)RETROATIVIDADE das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente.

2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC.

(ARE 843989 RG, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-041 DIVULG 03-03-2022 PUBLIC 04-03-2022)

13. Por fim, na data de 03.03.2022, o e. Min. ALEXANDRE DE MORAES determinou o sobrestamento de todos os recursos especiais nos quais suscitada a questão da aplicação retroativa na Lei 14.230/2021.

III. O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: O CONCEITO DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA E SEU IMPACTO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

14. Em 25 de outubro de 2021 foi sancionada a Lei nº 14.230, que deu nova redação a vários dispositivos da Lei nº 8.429/92 (LIA), promovendo alterações no regime legal da improbidade administrativa que têm ampla repercussão geral, como deixa clara a decisão do STF.

15. Dentre tais alterações, uma das mais significativas é a determinação de aplicar os princípios do **Direito Administrativo Sancionador** ao sistema da improbidade, conforme a nossa doutrina preconiza desde 1999 e de modo pioneiro no Brasil.³ Com efeito, o artigo 1º, §4º, da Lei 8.429/92 (LIA), na sua nova redação, acolheu expressamente o regime jurídico dos princípios do Direito Administrativo Sancionador na

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.

[...]

§ 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

16. Conforme tive oportunidade de expor em minha obra Direito Administrativo Sancionador, desde 2000, com base na doutrina de autores como EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, FRANCK MODERNE, ZANOBINI, GOLDSCHMIDT e muitos outros clássicos, as raízes mais diretas do direito administrativo sancionador são encontradas no direito moderno, porque é a partir da Revolução Francesa que surgem e se consolidam dois princípios fundamentais, verdadeiros sustentáculos das modernas teorias em torno das sanções administrativas, ou seja: os princípios da separação de poderes e da separação das autoridades judiciais e administrativas. O legislador revolucionário entendeu, assim, que as funções repressivas e preventivas deveriam ser tratadas separadamente.

³ De fato, sustentamos que o Direito Administrativo Sancionador rege as ações de improbidade desde 1999, pioneiramente no Brasil e no exterior. Ainda naquele ano, tivemos oportunidade de publicar trabalho seminal nesta matéria na *Revista de Administración Pública Española (RAP, n.º 149)*, no qual propusemos um novo conceito de **sanção administrativa** para o Direito brasileiro, um conceito que abarcaria elementos formal e material, permitindo, assim, que também o Judiciário aplicasse diretamente sanções de Direito Administrativo, conforme veremos adiante. Na oportunidade, também traduzimos a Lei de Improbidade para o idioma espanhol, pela primeira vez.

17. Em linhas gerais, percebe-se que o poder sancionador evoluiu para o direito punitivo e esse em direção a uma especialização funcional, diversificando-se em direito penal e direito administrativo sancionador. Primeiro, o direito punitivo constitui limite ao poder sancionador da autoridade. Essa, por sua parte, passa a encarnar a chamada função de polícia, já uma evolução em relação ao que se concebia nos Estados tipicamente feudais. A genérica função estatal de polícia se subdividia em várias outras, incluindo a judicial. O direito administrativo já aparecia, embrionariamente, junto ao direito penal, nesse momento, na tutela de funções ordenadoras e repressivas da autoridade. Na sequência, o direito penal se consolida como ramo jurídico mais grave, rigoroso, severo, identificando-se, sobremaneira, com o direito punitivo.

18. Sem embargo da expansão e do prestígio do direito penal, o direito administrativo sancionador se expande a partir da ideia de que o Estado carece de sanções para viabilizar sua própria e direta atuação. As proibições, inerentes às funções de polícia, necessitam da ameaça das sanções. Além disso, o direito penal, em sua evolução garantista, resulta absorvido pela Justiça Criminal, não dando conta de todas as suas tarefas repressivas, ante o congestionamento que se observa, daí derivando outras causas políticas da maior importância para a expansão do direito administrativo sancionador.

19. O direito penal é confundido com o poder sancionador judicial, ao passo que o direito administrativo sancionador é supostamente absorvido pelo poder administrativo sancionador. Essa confusão está enraizada na tese de que o Poder Judicial teria funções repressivas e a Administração Pública funções preventivas. Todavia, nem o direito penal seria necessariamente judicializado, salvo em sua progressão humanística que culmina com o aumento de suas garantias, nem o direito administrativo sancionador seria apenas preventivo ou confundível com o poder sancionador da Administração Pública, uma vez que, ao revés, sendo direito repressivo, o direito administrativo sancionador seria passível de imposição pelo Poder Judicial, em suas origens. Pelo histórico, é possível perceber esses traços evolutivos.

20. Quando se trata de analisar a evolução histórica da teoria da sanção administrativa, o que se observa é uma migração da pena administrativa do campo do Poder de Polícia para o terreno do Poder Sancionador. Noutras palavras, o que se verifica é que a teoria da sanção culmina por englobar duas outras categorias, quais sejam, sanções penais e sanções administrativas, recortando o próprio poder de polícia, além de abarcar outras possíveis categorias menos relevantes ou impactantes no meio social. Daí a pertinência da sanção administrativa no universo do Direito Punitivo, por suas conexões e paralelos com a teoria da sanção penal, que lhe serve de referência. Esse Direito Punitivo, quando incidente no campo do Direito Administrativo, transforma-se em Direito Administrativo Sancionador, consoante se pacificou na doutrina europeia

e na jurisprudência dos Tribunais dos países europeus, tais como Alemanha, Itália, França, Portugal, e sobretudo no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, cuja jurisprudência é conhecida por esse egrégio Supremo Tribunal Federal. No Brasil, em 2000, trouxemos a jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol e do Tribunal Supremo da Espanha como referências, além de havermos trabalhado a jurisprudência do devido processo legal da Suprema Corte Americana.

21. Neste contexto, é preciso retomar o tema do conceito de sanção administrativa no direito brasileiro, já que a lei de improbidade tem sanções judiciais cujo regime jurídico é de direito administrativo, mais especificamente de direito administrativo sancionador.⁴

⁴ A tarefa é necessária, porque a doutrina nacional não elucidou o tema originariamente, grassando a desavença com relação à natureza jurídica das sanções aos atos de improbidade. Em artigo doutrinário, o saudoso ex-Ministro do STJ JOSÉ AUGUSTO DELGADO identificou apenas três correntes acerca da natureza jurídica da improbidade administrativa, *in verbis*: “a) A primeira entende que os seus efeitos são de natureza administrativa e patrimonial, isto é, cível no sentido lato. b) A segunda defende que ela encerra, preponderantemente, conteúdo de Direito Penal, pelo que assim deve ser considerada. c) A terceira adota posição eclética. Firma compreensão no sentido de que, dependendo da autoridade que for chamada para integrar o polo passivo, ela terá a natureza de espelhar crimes políticos, de responsabilidade ou de responsabilidade patrimonial e administrativa” (Improbidade administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais da LIA. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/informativo/author/proofGalleyFile/404/363>).

Sintomaticamente, a corrente que preconiza o direito administrativo sancionador como vertente para o conceito e a natureza dos atos de improbidade administrativa não foi considerada na classificação. Também em artigo doutrinário, o Min. GILMAR MENDES e o jurista ARNOLDO WALD (Competência para julgar ação de improbidade administrativa. Rev. de Inf. Legislativa, Brasília a. 35 n.

138 abr./jun. 1998) sustentaram a tese de que os atos de improbidade, nos seus primórdios, configuravam crimes de responsabilidade para determinados sujeitos, argumentando que haveria um duplo regime sancionatório, de modo que o regime desses últimos, por ser mais específico, absorveria o regime da improbidade administrativa, a fim de respeitar o princípio *ne bis in idem*. Nada mencionaram, em verdade, sobre a categoria do direito administrativo sancionador. De sua parte, EMERSON GARCIA e ROGÉRIO PACHECO ALVES (Improbidade Administrativa, Saraiva, 8ª ed., 2014, pp. 617-628) negam o ilícito de improbidade tenha natureza de direito administrativo sancionador e que suas sanções pertençam a esseramo jurídico, sustentando que, na verdade, “ostentam características de natureza civil, resultando em restrições na esfera jurídica do ímprobo a partir de uma metodologia de igual natureza []”. MAURO

ROBERTO GOMES DE MATTOS (O limite da improbidade administrativa, 5ª ed., Forense, 2010) tem uma posição eclética, pois entende que, embora a LIA fixe sanções civis, não é possível ignorar o seu aspecto penal. WALDO FAZZIO JR. (Improbidade administrativa, 4ª ed., Atlas, 2016) afirma que as sanções da LIA “são civis e político-administrativas”, ao passo que WALLACE PAIVA MARTINS JR. (Probidade Administrativa, 4ª ed., Saraiva, 2009) entende a lei de improbidade como “norma extrapenal de caráter punitivo”, ressaltando, porém, que a responsabilidade é de natureza civil. Também o ex-Desembargador do TRF4 AMIR JOSÉ FINOCCHIARO SARTI, LIA SARTI e CAUÊ SIMON (Natureza jurídica da ação de improbidade administrativa. Revista da Faculdade de Direito da FMP – 2013, n. 8, p.

22. A conceituação das sanções administrativas, no âmbito do direito administrativo brasileiro, está vinculada às dimensões formal e material desse ramo jurídico.⁵ Com efeito, as sanções administrativas podem conceituar-se, como de fato ocorre de forma esmagadora na doutrina brasileira e estrangeira, partindo de uma subjacente concepção do direito administrativo como direito processual, confundindo-se, nesse caso, a sanção administrativa com o chamado poder administrativo sancionador.

23. Cumpre reinserir as sanções administrativas no universo do direito administrativo material, como consequência dos ilícitos, não só como produto de um processo de formalização de quaisquer ilícitos, e sem abandonar a possibilidade legítima da perspectiva processual em determinados casos.

156-173) caracterizam as sanções de improbidade como civis. Por sua vez, EDILSON PEREIRA NOBRE JR. (Ação para a apuração de ato de improbidade administrativa e o seu cabimento frente aos agentes políticos, RTDP, Belo Horizonte, n. 58, nov. 2013) abonou a tese de que a Lei de Improbidade Administrativa configuraria infrações político-administrativas e crimes de responsabilidade para determinados agentes políticos e, inclusive, não se aplicaria a membros da Magistratura e do Ministério Público, silenciando a respeito da tese de que a lei se enquadraria no regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador. Veja-se ainda o trabalho de THIAGO ANTUNES DE AGUIAR (Responsabilização dos agentes políticos nos atos de improbidade administrativa, Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 47, n. 185, jan/mar 2010), referenciando a natureza jurídica dos atos de improbidade administrativa: “As sanções da LIA têm natureza político-administrativas, portanto, são de direito civil, em sentido amplo, não tendo ‘forte conteúdo penal’, a despeito da gravidade de pelo menos duas destas (perda da função pública e suspensão dos direitos políticos)”. Há outros autores que, posteriormente, aderiram à corrente que sustentamos desde 1999, como foi o caso de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, saudoso professor, que deixou consignado seu posicionamento no prefácio à Segunda Edição do Direito Administrativo Sancionador.

⁵ Ao tratarmos do direito brasileiro, calha consignar que a primeira disciplina com a nomenclatura de “Direito Administrativo Sancionador” (Princípios de Direito Administrativo Sancionador) no Brasil foi criada em 2004 pelo signatário deste parecer nos Cursos de Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. A criação de uma disciplina começa a dar autonomia científica para uma matéria. Atualmente, o Direito Administrativo Sancionador encontra ressonância em várias Faculdades de Direito do Brasil.

24. Não se nega a importância da dimensão processual do direito administrativo sancionador, na medida em que não raro constitui instrumento de formalização de infrações e de sanções para o amparo de quaisquer espécies de bens jurídicos, desde a perspectiva da atuação administrativa, adentrando esferas tuteladas diretamente por outros ramos jurídicos, tais como o direito ambiental, o direito da concorrência ou o direito dos consumidores. Tão somente quer-se ampliar o conceito, englobando também a perspectiva material do direito administrativo sancionador, que é um instrumento específico para tutelar os ilícitos tipicamente administrativos, aqueles que devem ser sancionados pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário, não importa, mas que têm como figurante no polo passivo da agressão a Administração Pública.

25. Contudo, para que se analise a sanção administrativa, necessário inseri-la no âmbito mais geral do poder punitivo estatal e, logo, no universo do Direito Público Punitivo, pois somente assim se poderá apartá-la de outros institutos similares, reconhecendo-lhe um regime jurídico próprio, ainda que aproximado a outros por afinidades evidentes.⁶

26. Pois bem, já na primeira edição de nossa obra ***Direito Administrativo Sancionador*** (Ed. RT, no ano de 2000), reafirmamos o conceito de **sanção administrativa** desenvolvido em trabalho pioneiro no ano anterior, como acima referido, apresentando-o nos mesmos termos ainda hoje professados, *in verbis* (grifamos):

“No caso das sanções administrativas (de Direito Administrativo) aplicadas por Juízes e Tribunais, a nota distintiva da sanção será, além da presença da Administração Pública em um dos polos (como lesada), e demais elementos já apontados, a ausência de natureza penal da sanção, o que se deve verificar, de um lado, na decisão legislativa soberana e discricionária e, de outro, na ausência de previsão, direta ou indireta, de pena privativa de liberdade. O critério da previsão legislativa está ligado ao princípio democrático, porque o legislador tem competências discricionárias, amplas, elásticas, para definir a natureza das sanções contempladas aos ilícitos por ele estatuídos. O critério da pena privativa de liberdade tem natureza objetiva e constitucional, inclusive com suporte no Direito Internacional, evidenciando uma limitação progressivamente reconhecida pelos tribunais europeus, incluído o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, aos Estados soberanos. Essa limitação busca amparo no caráter fragmentário do Direito Penal e na privação de liberdade como uma sanção drástica, que afeta direitos fundamentais conectados a uma série de garantias materiais e processuais. Esse conjunto de direitos e garantias processuais e materiais reside no interior do Direito Penal e do Direito Processual Penal.”

⁶ Formulamos esse histórico apropriadamente nas obras *Direito Administrativo Sancionador*, desde a primeira edição (RT, 2000), e *Teoria da Improbidade Administrativa*, também desde a 1ª edição (RT, 2007).

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

É com essa definição lato sensu de sanção administrativa (sanção de Direito Administrativo) que buscaremos o exame da unidade da pretensão punitiva do Estado e o alcance dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador, a partir da funcionalidade normativa da cláusula constitucional do devido processo legal.”⁷

27. A maior novidade de nosso conceito reside precisamente em separar o direito administrativo sancionador da presença supostamente inarredável da Administração Pública no polo sancionador. Consequentemente, separamos também tal ramo de direito punitivo do processo administrativo, situando-o, em termos de possibilidade, também no processo judicial. Assim, retomando as raízes históricas dos institutos em exame, redimensionamos a sanção administrativa à luz do direito administrativo, e não do poder administrativo sancionador ou do poder sancionador da Administração Pública.

⁷ **Direito Administrativo Sancionador.** São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 4ª ed. eletrônica, 2020, item 2.2.

28. Reconhecemos que as sanções administrativas podem ser aplicadas ao abrigo da normativa de um direito administrativo sancionador que formaliza infrações e penas, protegendo bens jurídicos afetos a outras áreas, tal como se dá no direito penal. Sem embargo, reconhecemos que essas mesmas sanções podem ser aplicadas no interior de normas genuinamente administrativas, a partir de infrações que, na definição do legislador, configuram-se como de direito administrativo sancionador, já que sua ocorrência depende da violação de normas materiais de direito administrativo, tal como ocorre na tutela das funções públicas, constituindo suas penas as respectivas consequências jurídicas.

29. Tal conceito assume relevância prática, pois o regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador se aplica, desse modo, também aos atos de **improbidade administrativa**. Com tal abrangência, o Poder Judiciário pode aplicar sanções administrativas, inclusive as sanções previstas na Lei 8.429/92, de sorte que essas sanções podem ser consideradas inseridas no regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador.⁸

⁸ Na doutrina brasileira, um dos pioneiros no reconhecimento do regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador proposto na nossa doutrina foi o Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) JOSÉ GUILHERME GIACOMUZZI, Mestre e Doutor em Direito por essa mesma Universidade, em sua clássica obra “A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública” (São Paulo, Malheiros, 2002). O autor, já no ano de 2002, reconheceu a complexidade do assunto e asseverou o seguinte: “Entendo, pois, o ilícito de improbidade administrativa como um ‘meio termo’ entre o ilícito penal e o civil. Aproveitando a figura geométrica de Assis Toledo, entendo que o ilícito de improbidade configura um terceiro círculo, intermédio entre o menor (criminal) e maior (civil). O ilícito de improbidade

30. Afinal, não se pode descartar a existência de sanções de Direito Administrativo aplicadas pelo Poder Judiciário, mormente quando a norma invocada possui em um de seus polos a figura da Administração Pública, direta, indireta ou descentralizada, como lesada pela ação de agentes públicos ou particulares, desafiando o Direito Punitivo.

31. Não configura, portanto, elemento indissociável da sanção administrativa a figura da autoridade administrativa, visto que podem as autoridades judiciárias, de igual modo, aplicar essas medidas punitivas, desde que outorgada, por lei, a respectiva competência repressiva, na tutela de valores protegidos pelo Direito Administrativo.

32. Nesse contexto, cabe dizer que a Reforma da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.249/92) consagrou, explicitamente, como se disse, a aplicabilidade dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador ao campo da improbidade administrativa. Ao fazê-lo, apenas consolidou direitos fundamentais aos réus e acusados em geral, reforçando o Estado Democrático de Direito. Trata-se de uma opção

administrativa, portanto, assim encarado, abre portas a matérias pouco estudadas entre nós, quais sejam, a da natureza jurídica, contornos e implicações do ilícito administrativo – o qual, bem verdade, não é ontologicamente distinto do ilícito penal, como não o é do civil, mas com certeza merece aprofundamento dogmático, o que não ocorrerá neste espaço, insuficiente; temática que, por sua vez, implica uma outra, mais abrangente: a do poder sancionador do Estado, nos seus mais diversos âmbitos. Aqui estará o espaço onde se alocará uma série de discussões em torno da atividade sancionadora estatal, do “tamanho” que o direito penal deve modernamente assumir, da não-nova tese da ‘administratização’ do direito penal, que desembocou na Alemanha no direito penal administrativo e teve na Espanha seu equivalente no chamado ‘direito administrativo sancionador’, de muito incipiente estudo entre nós” (Ob. cit., p. 297).

legítima do Legislador à luz do princípio democrático, talvez sob o influxo da inspiração do jurista MAURO CAMPBELL, ministro do Superior Tribunal de Justiça, e conhecedor da matéria desde os tempos em que julgava este tema no âmbito daquela Corte, na medida em que já professava esse entendimento quanto à incidência do direito administrativo sancionador no campo da improbidade.

33. Aplicam-se às ações de improbidade, por simetria, os princípios penais também incidentes no regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador. Deve-se reconhecer, de modo definitivo, que cabe ao Direito Administrativo a tipificação das infrações e sanções previstas e contempladas nas Leis de Improbidade Administrativa e Empresarial. E, sendo assim, trata-se de normas de Direito Administrativo Sancionador, mesmo que venham a ser aplicadas diretamente pelo Judiciário.

34. Em tal contexto, **normas mais benéficas retroagem**, tais como as normas que descaracterizam tipos sancionadores ou que tratam de prazos prescricionais, seja quanto à prescrição do direito de ação, seja quanto à prescrição intercorrente, pois qualquer delas afeta a pretensão punitiva do Estado.

35. O certo é que o Direito Administrativo, como já exposto, tem uma dúplice natureza: formal e material. A sanção administrativa não está

ligada ao exercício necessário da função administrativa, tanto que pode ser resultado do desempenho de uma função tipicamente jurisdicional.

36. Infrações e sanções desenhadas materialmente pelo Direito Administrativo, como ramo jurídico do Direito do Estado, podem ser aplicadas diretamente pelo Poder Judiciário, tal como ocorre com a Lei de Improbidade Administrativa ou a Lei de Improbidade Empresarial. Em tais condições, o regime jurídico presente será o Direito Administrativo Sancionador, ainda que o órgão repressor seja o próprio Judiciário e não a Administração Pública.

37. Obviamente, o Direito Administrativo Sancionador estará sempre subordinado à Constituição e às regras e princípios simétricos do Direito Penal. Nesse sentido, insere-se no universo do Direito Público Punitivo.

38. Essa ruptura do elemento subjetivo da sanção administrativa redefiniu o conceito de sanção administrativa no Direito brasileiro e reflete a vontade soberana dos Tribunais pátrios e do Poder Legislativo, a partir do princípio democrático. Não importa o que digam vetustos Manuais de Direito Administrativo, que podem eventualmente inventar explicações esotéricas para a natureza jurídica dessas infrações e sanções, tentando criar um ramo jurídico inexistente no atual universo normativo.

IV. O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

39. Na jurisprudência, por outro lado, a teoria da sanção se afirmou de modo positivo, como forma de assegurar o império dos direitos fundamentais no âmbito sancionatório da improbidade administrativa.

40. De fato, os Tribunais Superiores não tardaram em acolher nossas ponderações doutrinárias, tecidas originariamente desde 1999, no âmbito das ações de improbidade administrativa, proferindo reiterados julgados no sentido de que o regime jurídico da improbidade administrativa é justamente o de Direito Administrativo Sancionador.

41. Nesse sentido, vale citar os julgados precoces da relatoria do eminente Min. LUIZ FUX, quando tinha assento no Superior Tribunal de Justiça, nos quais proclamou, com amparo na nossa doutrina, a necessária observância de consectários das garantias constitucionais no regime do direito administrativo sancionador. Vejam-se as ementas (grifamos):

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. OBJETO DIVERSO DA AÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE. PENALIDADES. INAPLICABILIDADE DA LEI N.º 8.429/92 EM AÇÃO POPULAR.

1. O direito administrativo sancionador está adstrito aos princípios da legalidade e da tipicidade, como consectários das garantias constitucionais (Fábio Medina Osório in "Direito Administrativo Sancionador", RT, 2000).

2. À luz dos referidos cânones, ressalvadas as hipóteses de aplicação subsidiária textual de leis é inaplicável a sanção, prevista em determinado ordenamento à hipóteses de incidência de outro, por isso que



inacumuláveis as sanções da ação popular com a da ação por ato de improbidade administrativa, mercê da distinção entre a legitimidade ad causam para ambas e o procedimento o que inviabiliza, inclusive, a cumulação de pedidos.

3. *A analogia sancionatória encerra integração da lei in malam partem, além de promiscuir a coexistência das leis especiais, com seus respectivos tipos e sanções.*

4. *A interposição do recurso especial impõe que o dispositivo de Lei Federal tido por violado, como meio de se aferir a admissão da impugnação, tenha sido ventilado no acórdão recorrido, sob pena de padecer o recurso da imposição jurisprudencial do prequestionamento, requisito essencial à admissão do mesmo, o que atrai a incidência do enunciado n.º 282 da Súmula do STF. (ausência de prequestionamento dos arts. 9 e 11, da Lei n.º 9.429/92)*

5. *Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. (REsp 704.570/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 302)*

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. ATO DE IMPROBIDADE. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS PELA LEI N.º 8.429/92. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E TIPICIDADE.

1. O direito administrativo sancionador está adstrito aos princípios da legalidade e da tipicidade, como consectários das garantias constitucionais (Fábio Medina Osório in Direito Administrativo Sancionador, RT, 2000).

2. *À luz dos referidos cânones, ressalvadas as hipóteses de aplicação subsidiária textual de leis, a sanção prevista em determinado ordenamento é inaplicável a outra hipótese de incidência, por isso que inacumuláveis as sanções da ação popular com as da ação por ato de improbidade administrativa, mercê da distinção entre a legitimidade ad causam para ambas e o procedimento, fato que inviabiliza, inclusive, a cumulação de pedidos. Precedente da Corte: REsp 704570/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, DJ 04.06.2007.*

3. *A analogia na seara sancionatória encerra integração da lei in malam partem, além de promiscuir a coexistência das leis especiais, com seus respectivos tipos e sanções*

4. *Recurso especial desprovido. (REsp 879.360/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/06/2008, DJe 11/09/2008)*



42. No âmbito do STJ essa tendência se firmou, tendo sido consagrada em inúmeros julgados daquela alta corte, inclusive na Relatoria dos eminentes Ministros LUIZ FUX, TEORI ZAVASKI e MAURO CAMPBELL, sendo este último o líder da Reforma da Lei da Improbidade Administrativa.⁹

43. Também no excelso Supremo Tribunal Federal a doutrina do direito administrativo sancionatório foi reconhecida no voto vencido pronunciado pelo saudoso Min. TEORI ZAVASCKI, ainda no ano de 2014, no julgamento da Pet 3240AgR¹⁰, ocasião em que preconizou, de modo

⁹ No mesmo sentido, vejam-se: REsp 751.634/MG, rel. Min. Teori Zavascki, 1ª T., j. 26.06.2007; MS 12.957/DF, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Fº, 3ª Sessão, j. 27.08.2008; MS 12.927/DF, Min. Félix Fischer, 3ª Sessão, j. 12.12.2007. Mais recentemente, calha citar: AgInt no RMS 65.486/RO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, 2ª T., j. 17/08/2021.

¹⁰ Ementa: Direito Constitucional. Agravo Regimental em Petição. Sujeição dos Agentes Políticos a Duplo Regime Sancionatório em Matéria de Improbidade. Impossibilidade de Extensão do Foro por Prerrogativa de Função à Ação de Improbidade Administrativa. 1. Os agentes políticos, com exceção do Presidente da República, encontram-se sujeitos a um duplo regime sancionatório, de modo que se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa, quanto à responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade. Não há qualquer impedimento à concorrência de esferas de responsabilização distintas, de modo que carece de fundamento constitucional a tentativa de imunizar os agentes políticos das sanções da ação de improbidade administrativa, a pretexto de que estas seriam absorvidas pelo crime de responsabilidade. A única exceção ao duplo regime sancionatório em matéria de improbidade se refere aos atos praticados pelo Presidente da República, conforme previsão do art. 85, V, da Constituição. 2. O foro especial por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal em relação às infrações penais comuns não é extensível às ações de improbidade administrativa, de natureza civil. Em primeiro lugar, o foro privilegiado é destinado a abarcar apenas as infrações penais. A suposta gravidade das sanções previstas no art. 37, § 4º, da Constituição, não reveste a ação de improbidade administrativa de natureza penal. Em segundo lugar, o foro privilegiado submete-se a regime de direito estrito, já que representa exceção aos princípios estruturantes da igualdade e da república. Não comporta, portanto, ampliação a hipóteses não expressamente previstas no texto constitucional. E isso especialmente porque, na hipótese, não há lacuna constitucional, mas legítima opção do poder constituinte originário em não instituir foro privilegiado para o processo e julgamento de agentes políticos pela prática de atos de improbidade na esfera civil. Por fim, a fixação de competência para julgar a ação de improbidade no 1º grau de jurisdição, além de constituir fórmula mais republicana, é atenta às capacidades institucionais.

acertado, a equiparação da prerrogativa de foro criminal às ações de improbidade, sob o fundamento da simetria dos princípios penais com o direito administrativo sancionador. De fato, naquela assentada o pranteado jurista, com amparo inclusive em nossa doutrina, ponderou o seguinte (grifamos):

*É justamente essa identidade substancial das penas que dá suporte à doutrina da unidade da pretensão punitiva (ius puniendi) do Estado, cuja principal consequência **“é a aplicação de princípios comuns ao direito penal e ao direito administrativo sancionador, reforçando-se, nesse passo, as garantias individuais”** (OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**, SP:RT, 2000, p. 102; ENTERRIA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. **Curso de direito administrativo**, trad. Arnaldo Setti, SP:RT, 1991, p. 890). Realmente, não parece lógico, do ponto de vista dos direitos fundamentais e dos postulados da dignidade da pessoa humana, que se invista o acusado das mais amplas garantias até mesmo quando deva responder por infração penal que produz simples pena de multa pecuniária e se lhe neguem garantias semelhantes quando a infração, conquanto administrativa, pode resultar em pena muito mais severa, como a perda de função pública ou a suspensão de direitos políticos. Por isso, embora não se possa traçar uma absoluta unidade de regime jurídico, **não há dúvida que alguns princípios são comuns a qualquer sistema sancionatório, seja nos ilícitos penais, seja nos administrativos, entre eles o da legalidade, o da tipicidade, o da responsabilidade subjetiva, o do non bis in idem, o da presunção de inocência e o da individualização da pena, aqui enfatizados pela importância que têm para a adequada compreensão da Lei de Improbidade Administrativa.***

dos diferentes graus de jurisdição para a realização da instrução processual, de modo a promover maior eficiência no combate à corrupção e na proteção à moralidade administrativa. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (Pet 3240 AgR, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-171 DIVULG 21-08-2018 PUBLIC 22-08-2018)

44. Não menos notável é o voto do eminente Min. GILMAR MENDES no julgamento da RCL 41.557, lastreado em doutrina mais recente sobre o tema, assim ementado (grifamos):

*Reclamação constitucional. 2. **Direito Administrativo Sancionador. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa.** 3. Possibilidade de se realizar, em sede de reclamação, um cotejo analítico entre acervos probatórios de procedimentos distintos. Caracterizada a relação de aderência temática entre a decisão reclamada e a decisão precedente. 4. Identidade entre os acervos fático-probatórios da ação de improbidade e da ação penal trancada pelo STF nos autos do HC 158.319/SP. 5. Negativa de autoria como razão determinante do trancamento do processo penal. Obstáculo ao reconhecimento da autoria na ação civil de improbidade. **Independência mitigada entre diferentes esferas sancionadoras. Vedação ao bis in idem.** 6. Liminar confirmada. Reclamação procedente. Determinado o trancamento da ação civil pública de improbidade em relação ao reclamante, com sua exclusão do polo passivo. Desconstituição definitiva da ordem de indisponibilidade de bens. (Rcl 41557, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 5/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 09-03-2021 PUBLIC 10-03-2021)*

45. Naquela ocasião, o Ministro GILMAR MENDES, por quem temos grande admiração, manifestou-se sobre o direito administrativo sancionador em termos muito similares à doutrina que professamos desde 2000 sobre a improbidade e o direito administrativo sancionador (grifamos):

*A ação civil de improbidade administrativa trata de um procedimento que **pertence ao chamado direito administrativo sancionador**, que, por sua vez, se aproxima muito do direito penal e deve ser compreendido como uma extensão do jus puniendi estatal e do sistema criminal. Nesse sentido,*

considera-se “a lei de improbidade administrativa uma importante manifestação do direito administrativo sancionador no Brasil” (OLIVEIRA, Ana Carolina. Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador. 2012. p. 190)

46. Esse posicionamento representa uma importante alteração do entendimento do Ministro GILMAR MENDES a respeito da natureza jurídica da Lei de Improbidade Administrativa, traduzindo, ao nosso sentir, uma evolução no tratamento da matéria.

47. De fato, como referido anteriormente, o Min. GILMAR MENDES e o jurista ARNOLDO WALD sustentaram, em artigo doutrinário, a tese da inexistência do duplo regime sancionatório, pois os ilícitos de improbidade administrativa coincidiriam com os crimes de responsabilidade, devendo-se aplicar, então, o regime desses últimos para afastar o *bis in idem*.¹¹

48. Por ocasião do julgamento da Rcl 2138, o eminente Ministro GILMAR MENDES reiterara aquele entendimento, afirmando ter “*a firme convicção de que os atos de improbidade descritos na Lei 8.429 constituem autênticos crimes de responsabilidade*”. A Reclamação acabou sendo julgada procedente com fundamento naquela tese, como se depreende da ementa do acórdão da excelsa Corte.¹²

¹¹ Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. “Competência para julgar ação de improbidade administrativa”. Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998.

¹² EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM. I.1. Questão de ordem quanto à manutenção da competência da Corte que justificou, no primeiro momento do julgamento, o conhecimento da reclamação, diante do fato novo da

49. No entanto, o Supremo Tribunal Federal alterou o entendimento exposto na Reclamação 2138 e trilhou um caminho diverso posteriormente, abandonando a tese dos crimes de responsabilidade para tipificar os atos de improbidade, como se verifica justamente do julgamento da Pet 3240AgR, antes referido, prevalecendo o voto do Min.

*cessação do exercício da função pública pelo interessado. Ministro de Estado que posteriormente assumiu cargo de Chefe de Missão Diplomática Permanente do Brasil perante a Organização das Nações Unidas. Manutenção da prerrogativa de foro perante o STF, conforme o art. 102, I, "c", da Constituição. Questão de ordem rejeitada. I.2. Questão de ordem quanto ao sobrestamento do julgamento até que seja possível realizá-lo em conjunto com outros processos sobre o mesmo tema, com participação de todos os Ministros que integram o Tribunal, tendo em vista a possibilidade de que o pronunciamento da Corte não reflita o entendimento de seus atuais membros, dentre os quais quatro não têm direito a voto, pois seus antecessores já se pronunciaram. Julgamento que já se estende por cinco anos. Celeridade processual. Existência de outro processo com matéria idêntica na seqüência da pauta de julgamentos do dia. Inutilidade do sobrestamento. Questão de ordem rejeitada. II. MÉRITO. II.1. **Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo.** II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, "c", (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, "c", da Constituição. II.3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, "c"; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). II.4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, "c", da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II.5. **Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade,** conforme o art. 102, I, "c", da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (Rcl 2138, Relator(a): NELSON JOBIM, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES (ART.38,IV,b, DO RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2007, DJe-070 DIVULG 17-04-2008 PUBLIC 18-04-2008 EMENT VOL-02315-01 PP-00094 RTJ VOL-00211-01 PP-00058)*

ROBERTO BARROSO, no sentido de sufragar a tese do duplo regime sancionatório e também afastar a prerrogativa de foro para as ações de improbidade.¹³ Entretanto, em face da reforma da Lei de Improbidade Administrativa, na qual se consagram os princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador, parece-nos fundamental revisar os impactos na simetria de tratamento também no âmbito da prerrogativa de foro nas esferas penal e da improbidade, no que tange aos acusados em geral.

50. Por outro lado, o eminente Min. ROBERTO BARROSO já proclamara entendimento acerca do regime de direito administrativo sancionador no tocante às sanções administrativas em geral, no julgamento do MS 32201, o que entendemos que se aplica às ações de improbidade enquanto estatuto constitucional do direito administrativo sancionador (grifamos):

13. Não obstante, já há algum tempo a doutrina tem conferido tratamento específico ao poder sancionador das entidades públicas, diferenciando-o

¹³ No julgamento da Pet 3211 QO, em 13.03.2008, relator para o acórdão o saudoso Min. MENEZES DIREITO, a Suprema Corte entendeu que nos ilícitos de improbidade administrativa haveria necessidade, em razão da gravidade das sanções, de extensão da prerrogativa de foro aos Ministros para o julgamento das infrações e sanções tipificadas na Lei 8.429/92, por analogia com a previsão constitucional para o julgamento dos crimes comuns. Afirmada a competência do Supremo para o caso concreto, avançou-se e julgou-se pelo arquivamento.

do poder de polícia. *Distinguem-se, assim, as limitações impostas com base no poder administrativo de polícia – o qual possui caráter de proteção preventiva de interesses públicos – das punições decorrentes do exercício de um autêntico poder administrativo sancionador, este sim de caráter repressivo. É dizer que o poder de polícia, nesse sentido estrito, não inclui a aplicação de sanções, atividade submetida, consoante compreensão mais recente, ao regramento jurídico próprio e específico do chamado direito administrativo sancionador. [Nota 1: Nesse sentido, entre outros, cf. NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 2006. p. 174; OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. São Paulo: RT, 2016. pp. 107-112.]*

14. *Essa linha de pensamento se mostra apropriada na medida em que as sanções administrativas estão sujeitas, em suas linhas gerais, a um regime jurídico único, um verdadeiro estatuto constitucional do poder punitivo estatal, informado por princípios como os da legalidade (CF, art. 5º, II, e 37, caput); do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV); do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV); da segurança jurídica e da irretroatividade (CF, art. 5º, caput, XXXIX e XL); da culpabilidade e da pessoalidade da pena (CF, art. 5º, XLV); da individualização da sanção (CF, art. 5º, XLVI); da razoabilidade e da proporcionalidade (CF, arts. 1º e 5º, LIV).¹⁴*

51. De todo modo, verifica-se que o direito administrativo sancionador tornou-se referência jurisprudencial para tipificar os atos de improbidade administrativa, a despeito das controvérsias doutrinárias a que tenha dado ensejo, de sorte que os princípios nos quais o regime se escora foram naturalmente incorporados pelo Legislador ao sistema brasileiro, ao abrigo do princípio democrático.

¹⁴ MS 32201, Primeira Turma, rel. Min. ROBERTO BARROSO, j. 21/03/2017.

V. SOBRE A RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

52. Em minha obra Direito Administrativo Sancionador, desde 2000, tive oportunidade de expor que não há dúvidas de que, na órbita penal, vige, em sua plenitude, o princípio da retroatividade da norma benéfica ou descriminalizante, em homenagem a garantias constitucionais expressas e a uma razoável e racional política jurídica de proteger valores socialmente relevantes, como a estabilidade institucional e a segurança jurídica das relações punitivas. Se esta é a política do Direito Penal, não haverá de ser outra a orientação do Direito Punitivo em geral, notadamente do Direito Administrativo Sancionador, dentro do devido processo legal.

53. Sustentei que, se há uma mudança nos padrões valorativos da sociedade, nada mais razoável do que estender essa mudança ao passado, reconhecendo uma evolução do padrão axiológico, preservando-se, assim, o princípio constitucional da igualdade e os valores relacionados à justiça e à atualização das normas jurídicas que resguardam direitos fundamentais. O engessamento das normas defasadas e injustas não traria nenhuma vantagem social. A retroatividade decorre de um imperativo ético de atualização do Direito Punitivo, em face dos efeitos da isonomia.

54. Já se decidiu, no STJ, em voto da eminente Ministra *Regina Helena Costa*, pela aplicabilidade dos princípios penais ao direito administrativo sancionador ao efeito de calcular a retroatividade da norma mais benéfica. Disse aquele Tribunal, no caso, que *“as condutas atribuídas ao Recorrente, apuradas no PAD que culminou na imposição da pena de demissão, ocorreram entre 03.11.2000 e 29.04.2003, ainda sob a vigência da Lei Municipal n. 8.979/79. Por outro lado, a sanção foi aplicada em 04.03.2008 (fls. 40/41e), quando já vigente a Lei Municipal n. 13.530/03, a qual prevê causas atenuantes de pena, não observadas na punição. III – Tratando-se de diploma legal mais favorável ao acusado, de rigor a aplicação da Lei Municipal n. 13.530/03, porquanto o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República, alcança as leis que disciplinam o direito administrativo sancionador. Precedente. IV – Dessarte, cumpre à Administração Pública do Município de São Paulo rever a dosimetria da sanção, observando a legislação mais benéfica ao Recorrente, mantendo-se indenes os demais atos processuais. [...]”*.¹⁵

55. Sustentei, e reitero aqui, a premissa conforme a qual, evidentemente, o critério preponderante é aquele adotado pelo legislador, que pode estabelecer expressamente a retroatividade da norma mais favorável ou não, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador. Se há previsão de irretroatividade, deve-se apurar situações

¹⁵ RMS 37.031/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 08/02/2018, DJe 20/02/2018.

de desvio de poder legislativo, controlado em face da Constituição Federal. As distorções legislativas integram, fora de dúvida, o campo de controle jurisdicional. As opções legislativas, no entanto, também devem ser respeitadas e preservadas pelas autoridades judiciárias, salvo quando violem a Constituição. Em matéria de Direito Administrativo Sancionador, o Legislador atua com maior liberdade, mas ainda assim esbarra na Constituição. E não poderia, jamais, impedir a retroatividade mais benéfica de normas que cuidassem de direitos políticos ou liberdades individuais, tais como a contratação com a administração pública. No caso das sanções por atos de improbidade, essa discussão nos parece até etérea, pois o legislador em momento algum fixou a irretroatividade das normas mais benéficas. Se o fizesse, seria necessário examinar a constitucionalidade da norma.

56. Situação delicada se dá, portanto, quando o próprio legislador prevê a irretroatividade da norma administrativa mais favorável, daí emergindo a eventual inviabilidade de se reconhecer a retroatividade, pois a igualdade não opera abstratamente, ao arrepio dos critérios legais, salvo no caso de atuação comprovadamente arbitrária e irrazoável do Poder Legislativo. Ao meu ver, o Legislador tem um grau maior de liberdade no campo do direito administrativo sancionador, mas não poderia avançar sobre liberdades individuais tuteladas pelo Direito Penal e pelo Direito Administrativo Sancionador com muita semelhança, tal como ocorre com direitos políticos ou liberdades contratuais. A previsão legal de

retroatividade opera automaticamente, forçando o uso desse mecanismo.

E a previsão de irretroatividade também poderia operar no mesmo sentido, apenas de modo inverso, respeitados certos limites constitucionais, ou seja, desde que essa proibição não atente contra direitos fundamentais indisponíveis.

57. Deve-se consignar, no entanto, que se trata de situações bastante diversas que estamos a examinar, tanto na perspectiva da retroatividade, quanto na perspectiva da irretroatividade. Ao prever a retroatividade das normas favoráveis, o legislador estaria apenas registrando um valor imanente à ordem constitucional, contemplando instituto que abriga valores universais ligados ao Direito Punitivo. É um reforço explícito a um conjunto de valores abrigados na Constituição e no devido processo legal. Por isso, não há a menor dúvida de que tal previsão encontraria suporte constitucional. Se o legislador veda a retroatividade, há que se analisar, desde logo, se a proibição possui sentido e funcionalidade justificáveis no Estado Democrático de Direito. Essa análise haverá de sopesar uma série de circunstâncias. Terá o legislador legitimidade e interesse na vedação do benefício da retroatividade? Eis aí uma linha de questionamento que se desdobrará em múltiplas consequências. Que tipo de direito fundamental será afetado pela proibição da retroatividade? Eis outro leque de relevantes consequências a ser explorado. Somente o processo argumentativo, no bojo da decisão a ser adotada, poderá revelar o sentido dos textos e dispositivos em confronto. A visão a ser adotada, porém, haverá de corresponder a uma política hermenêutica restritiva, evitando que o legislador possa proibir

retroatividade a efeitos de normas mais benéficas, dirigidas a direitos fundamentais indisponíveis, abrigando valores estáveis que deveriam sofrer o impacto das alterações normativas. O legislador somente poderia proibir a retroatividade em situações excepcionais, no âmbito do direito transitório, nada além disso, e no que tange a determinados direitos disponíveis, em se tratando de direito administrativo sancionador. Mas nem é disso que estamos tratando na espécie, pois a nova Lei de Improbidade Administrativa ficou em silêncio quanto à retroatividade.

58. Cabe questionar se a alteração da Lei de Improbidade produziu uma transformação em normas sancionadoras em branco. Sustento que a natureza da Lei de Improbidade é, precisamente, a de um conjunto de normas sancionadoras em branco. Em se tratando de sucessão de leis no tempo, importante identificar o tipo de alteração produzida. No caso, não houve alteração de norma subjacente. Se houvesse, ainda assim, seria imperioso atentar ao conteúdo das valorações subjacentes à norma jurídica inovadora e à norma substituída. Se há uma mudança radical de valores, se o legislador modifica uma orientação axiológica tida, em regra, como permanente, em face de critérios científicos ou de profundas alterações nos paradigmas sociais, é possível cogitar de retroatividade das normas mais benéficas, sob o influxo do princípio da igualdade, diante do silêncio da lei. Vale repetir: esse cenário se dá quando as normas sancionadoras vêm preenchidas por normas completivas, nas chamadas estruturas sancionadoras em branco, tão somente. Tal como no Direito Penal, também no Direito Administrativo

Sancionador, em matéria de normas em branco, os preceitos integrativos não retroagem quando integram o chamado direito transitório, mas retroagem quando integram direito permanente e estável.

59. Há normas em branco, todavia, que não integram o Direito transitório, tal como ocorria com a própria Lei de Improbidade Administrativa, na qual várias normas eram consideradas normas sancionadoras em branco e nem por isso integravam esse terreno do direito administrativo sancionador transitório. No caso em exame, houve alteração de normas-matriz e não de normas completivas.

60. Em se tratando de alteração da norma-matriz, que é dotada de estabilidade, não há dúvidas de que retroage para beneficiar os réus, acusados ou investigados em geral.

61. As transformações da Lei de Improbidade Administrativa são produto de uma nova mentalidade do Legislador pátrio. É possível discordar dessa concepção e até formular críticas às alterações, mas resulta necessário respeitar o princípio democrático em suas dimensões formal e material.

62. Ainda que se faça uma análise crítica à unidade do *ius puniendi* estatal, não se pode negar que tanto o Direito Penal quanto o Direito Administrativo Sancionador estão impregnados de postulados e garantias constitucionais de proteção aos administrados e jurisdicionados, cuja inobservância deslegitima a aplicação da sanção retroativa na hipótese em tela.

63. Com efeito, o Direito Administrativo Sancionador sofre o influxo de muitos dos princípios orientadores do Direito Penal, balizando-se por normativas constitucionais que objetivam, em última análise, limitar o arbítrio do Estado, em respeito às liberdades públicas e individuais dos cidadãos. Assim, as garantias penais devem ser aplicadas ao direito administrativo sancionador por simetria, mormente quando as sanções afetam direitos fundamentais.

64. No caso da Lei de Improbidade Administrativa, especialmente ante a reforma introduzida pela Lei nº 14.230, o que se observa é que se trata de uma reforma que afetou normas-matriz, vale dizer, normas dotadas de estabilidade material, não normas de direito transitório. É certo que consideramos as normas da Lei 8.429/92 autênticas normas sancionadoras em branco¹⁶, que se complementam, à luz do princípio da legalidade substancial, por outras normas completivas.

65. Na espécie, indubiosamente, a modificação promovida pelo legislador alterou diretamente as normas-matriz, não as normas subjacentes. Nesse sentido, não se pode questionar a força da retroatividade da norma mais benéfica, por conta do princípio da simetria do direito administrativo sancionador com o direito penal, ainda que se aplique essa incidência com matizes.

66. A ausência de equiparação absoluta entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador não afasta a aplicabilidade dos princípios penais a este último, consoante doutrina e jurisprudência aplicáveis à matéria.

67. Aceitas essas premissas, é forçoso concluir que a determinação legal de aplicar os princípios do Direito Administrativo Sancionador ao “sistema da improbidade administrativa” acarreta a incidência nesta seara do **princípio constitucional da retroatividade da lei mais benigna**, insculpido no **artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal**.¹⁷

68. Nesse sentido também já nos manifestamos em doutrina:

*“Do exposto, o que se percebe é que o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, se bem que não se valham invariavelmente das mesmas técnicas, nem encontrem os mesmos regimes jurídicos, acabam adentrando núcleos estruturantes dos direitos fundamentais dos acusados em geral, na perspectiva de submissão às cláusulas do devido processo legal e do Estado de Direito. O Direito Punitivo, assim, encontra um núcleo básico na Constituição Federal, núcleo normativo do qual emanam direitos constitucionais de conteúdos variáveis, embora também com pontos mínimos em comum e aqui talvez resida a confusão conceitual em torno ao debate sobre Direito Público Punitivo. E é precisamente aqui que se deve compreender a unidade do Direito Sancionador: há cláusulas constitucionais que dominam tanto o Direito Penal, quanto o Direito Administrativo Punitivo. Tais cláusulas, se bem que veiculem conteúdos distintos, também veiculam conteúdos mínimos obrigatórios, onde repousa a ideia de unidade mínima a vincular garantias constitucionais básicas aos acusados em geral.”*¹⁸

¹⁶ A propósito, veja-se nossa obra **Teoria da Improbidade Administrativa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2ª. Ed. eletrônica, 2020 *passim*.

¹⁷ Const. Federal, artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

69. Acerca desse tema, calha reproduzir excerto do brilhante voto proferido pelo MIN. GILMAR MENDES na já citada Reclamação nº 41.557/SP (grifos no original):

*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.***

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

Acerca disso, afirma a doutrina:

‘A unidade do jus puniendi do Estado obriga a transposição de garantias constitucionais e penais para o direito administrativo sancionador. As mínimas garantias devem ser: legalidade, proporcionalidade, presunção de inocência e ne bis in idem’. (OLIVEIRA, Ana Carolina. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador*. 2012. P. 241).

*A assunção desse pressuposto pelo intérprete, principalmente no tocante ao princípio *ne bis in idem*, resulta na compreensão, como será observado, que tais princípios devem ser aplicados não somente dentro dos subsistemas, mas também e principalmente na relação que se coloca entre ambos os subsistemas – trata-se aqui justamente de uma baliza hermenêutica para a qualidade da relação.¹⁹*

[...]

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

¹⁸ Osório, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 4ª ed. eletrônica, 2020, item 2.4.4.5.

70. Registre-se, ainda, a acertada orientação do STJ sobre essa matéria.²⁰

71. Desse modo, como decorrência do mandamento expresso do §1º do artigo 4º da Lei nº 8.429/1992, na redação dada pela Lei nº 14.230/2021, conclui-se que **a norma posterior mais benéfica deve ser aplicada retroativamente.**²¹

72. A Lei 14.230/2021, que introduziu a Reforma na Lei 8.429/92, consagrou o seguinte quanto à tipificação de atos exclusivamente dolosos e eliminação dos tipos culposos ao revogar, expressamente, os artigos 5 e 10 que assim dispunham:

~~Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.~~

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

¹⁹ STF, RCL nº 41.557/SP, Relator Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, Julgamento 15/12/2020, Publicação DJe-045 DIVULG 09-03-2021 PUBLIC 10-03.

²⁰ O STJ agasalha a retroatividade das normas mais benéficas em processos administrativos sancionadores. Vale conferir a jurisprudência: REsp 1153083/MT (Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe 19/11/2014), RMS 37.031/SP (Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe 20/02/2018), AgInt no REsp 1602122/RS (Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe 14/08/2018), AgInt no RMS 65486/RO (Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 26/08/2021).

VI. DA ELIMINAÇÃO DOS TIPOS CULPOSOS NA NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:: CONSTITUCIONALIDADE E RETROATIVIDADE

73. A Lei 14.230/2021, que introduziu a Reforma na Lei .429/92, consagrou o seguinte quanto à tipificação de atos exclusivamente dolosos e eliminação dos tipos culposos ao revogar, expressamente, os artigos 5 e 10 que assim dispunham:

~~Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.~~

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

74. A eliminação dos tipos culposos na Lei de Improbidade Administrativa foi decorrência de uma soberana decisão do Legislador. Ainda que nosso pessoal entendimento seja no sentido de que a estrutura constitucional da improbidade contemple o ilícito culposo – entendimento que não é necessariamente do Conselho Federal da OAB – isso não significa que o Legislador não possa livremente conformar ilícitos legalmente previstos como exclusivamente dolosos, inclusive com previsão de dolo específico na modelagem dos tipos sancionadores.

75. O princípio democrático é uma das normas mais importantes no plano constitucional e desta norma decorre a prerrogativa de o Legislador exercer a livre conformação dos ilícitos e das penas. Não

há, na Constituição, nenhuma previsão no sentido de obrigatoriedade de tipificação de ilícitos culposos de improbidade administrativa, mas apenas, em meu sentir, a exigência mínima de erro grosseiro ou culpa grave na hipótese de eventual tipificação setorial. O Legislador, não obstante, optou por eliminar os tipos culposos da Lei 8.429/92 e, ao fazê-lo, agiu também em conformidade com a Constituição.

76. A tipicidade culposa, na Lei 8.429/92, foi eliminada. Em decorrência, processos punitivos em curso devem ser tratados a partir de um objeto atípico. A retroatividade se impõe em consequência do quanto previsto no artigo 5º, inciso XL, da Constituição da República: "A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu", como no previsto no artigo 5º, inciso XXXIX.

VII. DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

77. Outra importante modificação de aplicação imperativa trazida pela nova redação dada à Lei de Improbidade Administrativa consiste na nova disciplina da **prescrição da pretensão sancionatória**, estabelecida pelo artigo 23 da Lei nº 8.429, de 1992, na redação dada pelo artigo 1º da Lei nº 14.230, de 2021, nos termos seguintes (grifamos):

Art. 23. A ação para a aplicação das sanções previstas nesta Lei prescrevem 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência.

- I - (revogado);
- II - (revogado);
- III - (revogado).



§ 1º A instauração de inquérito civil ou de processo administrativo para apuração dos ilícitos referidos nesta Lei suspende o curso do prazo prescricional por, no máximo, 180 (cento e oitenta) dias corridos, recomeçando a correr após a sua conclusão ou, caso não concluído o processo, esgotado o prazo de suspensão.

§ 2º O inquérito civil para apuração do ato de improbidade será concluído no prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias corridos, prorrogável uma única vez por igual período, mediante ato fundamentado submetido à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

§ 3º Encerrado o prazo previsto no § 2º deste artigo, a ação deverá ser proposta no prazo de 30 (trinta) dias, se não for caso de arquivamento do inquérito civil.

§ 4º O prazo da prescrição referido no caput deste artigo interrompe-se:

I - pelo ajuizamento da ação de improbidade administrativa;

II - pela publicação da sentença condenatória;

III - pela publicação de decisão ou acórdão de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal que confirma sentença condenatória ou que reforma sentença de improcedência;

IV - pela publicação de decisão ou acórdão do Superior Tribunal de Justiça que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência;

V - pela publicação de decisão ou acórdão do Supremo Tribunal Federal que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência.

§ 5º Interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo previsto no caput deste artigo.

§ 6º A suspensão e a interrupção da prescrição produzem efeitos relativamente a todos os que concorreram para a prática do ato de improbidade.

²¹ Ainda sobre o tema, cumpre referir recente Parecer do Ministério Público Federal, da lavra do Ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Nicolau Dino, lançado nos autos do Recurso Especial nº 1.966.002/SP (2ª Turma), no qual o *Parquet* se manifestou favoravelmente à aplicação retroativa da norma mais favorável (Parecer nº 12.187/2021, de 29/10/2021): “A persecução por ato de improbidade administrativa se insere no âmbito do Direito Sancionador e, por coerência sistêmica, a exemplo do que ocorre com os mecanismos de persecução penal, deve nortear-se pelo postulado da retroatividade da norma mais favorável ao réu, nos termos do art. 5º, XL, da CF. Os princípios gerais devem orientar a aplicação do direito de forma horizontal, em suas diversas searas. Se a própria Constituição assegura a retroatividade da lei mais benéfica no Direito Penal – ramo mais rigoroso do ordenamento jurídico –, não é razoável limitá-la e deixar de aplicá-la quanto aos instrumentos de persecução por atos de improbidade, os quais se também encartam no Direito Sancionador. Essa Corte Superior, a propósito, já adotou o critério da retroatividade da norma mais benéfica em âmbito diverso do Direito Penal”.

§ 7º Nos atos de improbidade conexos que sejam objeto do mesmo processo, a suspensão e a interrupção relativas a qualquer deles estendem-se aos demais

§ 8º O juiz ou o tribunal, depois de ouvido o Ministério Público, deverá, de ofício ou a requerimento da parte interessada, reconhecer a prescrição intercorrente da pretensão sancionadora e decretá-la de imediato, caso, entre os marcos interruptivos referidos no § 4º, transcorra o prazo previsto no § 5º deste artigo.

78. Como se constata, o prazo geral de prescrição passou a ser de **08 (oito) anos**, contados do fato, ao passo que a **prescrição intercorrente**, inexistente no regime anterior, conta-se pela **metade desse prazo, 04 (quatro) anos**, a partir de cada interrupção.

79. Pois bem, a prescrição da pretensão sancionatória é **matéria de direito material e de ordem pública**, por isso suscetível ser **conhecida e decretada até mesmo de ofício** (art. 23, §8º), razão pela qual é impositivo igualmente reconhecer que é **norma posterior mais benigna e que deve, portanto, retroagir**, nos termos do artigo 5º, XL, da Constituição Federal e do artigo 1º, §4º, da LIA na sua nova redação, conforme demonstrado no item anterior.

80. Esse é o entendimento externado pelo Ministério Público Federal no Parecer nº 12.187/2021, da Sub-procuradoria-Geral da República junto ao Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual **os prazos**

prescricionais da Lei nº 8.429, de 1992, incidem de forma retroativa, por se tratar de norma mais favorável no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, como se depreende da elucidativa ementa da referida manifestação ministerial:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DIREITO SANCIONADOR. PRESCRIÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE LEI MAIS BENÉFICA. RETROATIVIDADE. EXTINÇÃO DA AÇÃO. RECURSO PREJUDICADO.

*1. A Lei nº 8.429/92, que dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, foi substancialmente alterada pela Lei nº 14.320/2021, **sobretudo quanto a normas que, sendo mais favoráveis ao acusado, devem retroagir, por imperativo constitucional.***

*2. A **persecução referente a improbidade administrativa se insere no âmbito do Direito Sancionador e, por coerência sistêmica, a exemplo do que ocorre com os mecanismos de persecução criminal, deve nortear-se pelo postulado da retroatividade da norma mais favorável ao réu, nos termos do art. 5º, XL, da CF.***

3. A nova redação do art. 23 da Lei nº 8.429/92 veicula expressiva modificação no regime de prescrição, com a inclusão de seguintes marcos interruptivos, após a data dos fatos: (i) ajuizamento da ação civil pública; (ii) publicação da sentença condenatória; e (iii) publicação dos acórdãos dos Tribunais de Apelação e Superiores que confirmem a condenação ou reformem a decisão de improcedência.

*4. Não é dado à instância especial revolver fatos e provas (Súmula n. 7/STJ). Todavia, no caso, dentro dos contornos expressamente delineados no acórdão, é possível verificar que entre a data dos fatos (2006) e o ajuizamento das ações (2016) **transcorreu o prazo de prescrição, que, por ser matéria de ordem pública, deve ser reconhecida de ofício, por qualquer Juízo ou Tribunal, ex vi do art. 23, caput, §§ 1º e 4º, I, e 8º da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021.** 5. Parecer pela **extinção do processo**, ante a ocorrência da prescrição, em face da incidência retroativa da norma mais favorável; **prejudicado** o exame do recurso especial. (grifos nosso)*

81. Afinal, não se pode ignorar que a Lei de Improbidade tem caráter repressivo e que os princípios constitucionais do direito

administrativo sancionador lhe são aplicáveis, consoante ela própria dispõe (art. 1º, §4º) ao abrigo do princípio democrático. Desse modo, tal como no âmbito penal, a prescrição da pretensão sancionatória, no campo do direito administrativo sancionador, afeta a **pretensão punitiva do Estado**, sendo, por isso, causa de **extinção da punibilidade, porém na forma da lei processual civil**. Não importa que se trate de prescrição do direito de ação ou prescrição intercorrente, pois ambas **extinguem a pretensão punitiva**.²²

82. Quanto à prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, consoante a jurisprudência do STF, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento fundadas em **atos dolosos de improbidade**, conforme assentado no julgado adiante colacionado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. EXECUÇÃO FUNDADA EM ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. ART. 37,

§ 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESCRITIBILIDADE. 1. A regra de prescritibilidade no Direito brasileiro é exigência dos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal, o qual, em seu sentido material, deve garantir efetiva e real proteção contra o exercício do arbítrio, com a imposição de restrições substanciais ao poder do Estado em relação à liberdade e à propriedade individuais, entre as quais a impossibilidade de permanência infinita do poder persecutório do Estado.

2. Analisando detalhadamente o tema da “prescritibilidade de ações de ressarcimento”, este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL concluiu que, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública. 3. A excepcionalidade reconhecida pela maioria do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no



TEMA 897, portanto, não se encontra presente no caso em análise, uma vez que, no processo de tomada de contas, o TCU não julga pessoas, não perquirindo a existência de dolo decorrente de ato de improbidade administrativa, mas, especificamente, realiza o julgamento técnico das contas à partir da reunião dos elementos objeto da fiscalização e apurada a ocorrência de irregularidade de que resulte dano ao erário, proferindo o acórdão em que se imputa o débito ao responsável, para fins de se obter o respectivo ressarcimento. 4. A pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos reconhecida em acórdão de Tribunal de Contas prescreve na forma da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal). 5. Recurso Extraordinário DESPROVIDO, mantendo-se a extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição. Fixação da seguinte tese para o TEMA 899: “É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”. (RE 636886, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020)

83. O que se depreende da jurisprudência do STF é que, ressalvados os atos dolosos de improbidade, os demais atos ímprobos e não ímprobos (estes inclusive dolosos) sujeitam-se à prescrição. Em se tratando de atos dolosos de improbidade, a prescrição atinge as penalidades próprias da Lei 8.429/92, mas não o ressarcimento ao erário. A conduta dolosa que atenta contra o erário, assim descrita numa peça acusatória, pode ser fulminada por prescrição pela Lei 8.429/92, mas remanesce exposta à imprescritibilidade por se tratar de ato doloso de improbidade. Seria o caso de um enriquecimento ilícito, por hipótese, atingido por prescrição. Todavia, atos dolosos que são passíveis de ações anulatórias, mas não são classificáveis como ímprobos, são enquadráveis em prazos prescricionais.

²² No Direito comparado, a prescrição tem sido considerada também uma matéria de direito substancial no âmbito do direito administrativo sancionador, em vista do tratamento por simetria com o direito penal. Veja-se este artigo doutrinário importante: ZEGARRA VALDIVIA, Diego, **La figura de la prescripción en el ámbito administrativo sancionador y su regulación en la Ley nº 27444-Ley del Procedimiento Administrativo General**, *Revista De Derecho Administrativo*, (9), 207-214. Confira-se: “En la actualidad es posible considerar que la tesis dominante es la sustantiva, ya que supone una renuncia del Estado al derecho de castigar basada en razones de política criminal aunadas por el transcurso del tiempo, cuya incidencia es que la propia Administración considere extinta la responsabilidad de la conducta infractora, y por consiguiente de la sanción”.

84. Além disso, quanto ao ato doloso de improbidade administrativa, cabe assinalar que a Lei 14.230/21, que introduziu a reforma na Lei 8.429/92, trouxe uma nova configuração do elemento subjetivo (dolo), com o seguinte conceito de **dolo específico**:

Art. 1º [...]

§ 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. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

85. Sobre a diferença conceitual entre dolo específico e dolo genérico, a doutrina costuma apontar como característica que aparta tais categorias a presença ou não de um fim ilícito especial na conduta voluntária do agente, além da simples vontade do agir antijurídico.²³

²³ Sobre o dolo específico, atente-se para esta lição de HUNGRIA: “Outra relevante distinção do dolo é a que se faz entre *dolo genérico* e *dolo específico*. O dolo, conceitualmente, é a vontade a exercer-se *por causa* ou *apesar* do previsto resultado antijurídico. Acontece, porém, que, frequentemente, ao incriminar um fato a lei menciona ou pressupõe um *fim especial* ou *determinado*, de modo que este passa a ser elemento integrante do dolo do crime *in specie*. Em tais casos, o dolo se diz *específico*, em contraposição ao dolo alheio a qualquer fim em particular *a parte subjecti* e que se chama *dolo genérico*. O dolo específico é, muitas vezes, o traço distintivo entre crimes de idêntica materialidade ou afins *a parte objecti*. [...] Entende MAZINI que, quando o fim determinado é a própria *ratio essendi* da incriminação, só se pode falar de dolo genérico, isto é, “da vontade de cometer um fato contrário ao direito objetivo, na sua única forma punível”. Não vemos, entretanto, inconveniente algum na extensão do conceito de dolo específico a essa hipótese: desde que se exige, além da vontade referida ao resultado, um determinado fim do agente, o dolo se especifica. [...] Posto que o dolo ora ocorre com a simples correspondência entre o resultado e a vontade (e esta é a regra geral), ora exige, como um *quidpluris*, determinado fim do agente, não é de se desprezar a tradicional distinção entre dolo genérico e dolo específico, para falar-se tão somente em *dolo típico*. (HUNGRIA & FRAGOSO, Comentários ao Código Penal, v. I, t. II, arts. 11 a 27, Rio de Janeiro, Forense, 1978, pp. 177-178)

86. Essa mesma distinção é encontrada na jurisprudência, que igualmente pontua a finalidade especial como a linha divisória entre o dolo específico e o genérico:

"[...] o dolo genérico é verificado quando a parte acusada, tendo pleno conhecimento das normas, pratica o núcleo do tipo legal, mesmo que ausente uma finalidade especial de agir. Trata-se de interpretação que confere ao instituto caráter distinto, uma vez que sua configuração não está relacionada somente com a constatação de má-fé do agente quando da prática de determinada conduta. Portanto, a existência de dolo genérico prescinde da comprovação de que o acusado agiu deliberadamente no sentido de causar prejuízo à Administração Pública, sendo suficiente a demonstração da vontade de descumprir determinado preceito legal." ²⁴

87. Dessa forma, o dolo específico traduz uma fórmula de contenção do arbítrio do acusador, pois torna fundamental uma descrição mais detalhada do comportamento proibido. Exige-se que o acusado direcione sua vontade ao preenchimento de todos os elementos do tipo proibitivo, com as especiais finalidades previstas em lei, não bastando a mera voluntariedade. A intenção desonesta é uma singular característica de todos os tipos sancionadores da nova Lei 8.429/92, não bastando a presunção de intenções. Então, já na exordial acusatória é necessário demarcar claramente o elemento subjetivo referente à grave desonestidade funcional. O Legislador optou, no âmbito de seu espaço

²⁴ AgInt nos EDcl no REsp 1451163/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/04/2020, DJe 24/04/2020.

discricionário, por tipificar como improbidade no Direito Administrativo Sancionador da Lei 8.429/92 apenas a corrupção e não a ineficiência, remanescendo esta última patologia como espécie de improbidade na categoria dos crimes de responsabilidade e em outros campos normativos.

88. Com efeito, esse novo conceito de ato doloso, com a dimensão de dolo específico, torna muito mais restrito o alcance dos tipos sancionadores. De um lado, esse espectro restritivo impacta retroativamente na descaracterização dos tipos pretéritos. De outro, também impacta em novo cálculo de prazo prescricional.

89. Sem pretender aprofundar debate sobre constitucionalidade das alterações normativas, devo consignar, desde logo, que não há problema algum no comportamento do Legislador ao adotar a fórmula atinente ao dolo específico em detrimento do dolo genérico. Trata-se de legítima opção democrática no sentido de restringir o alcance dos tipos sancionadores. A valorização do elemento subjetivo da conduta e das especiais finalidades da ação insere-se numa estratégia de tipificar a grave e intolerável desonestidade funcional, deslocando o campo de incidência da improbidade da Lei 8.429/92 para um nicho mais específico, embora a improbidade relacionada à ineficiência remanesça exposta a outras normativas setoriais. O legislador abandonou, ainda, a antiga predileção pela técnica das cláusulas gerais, optando por proibições mais pontuais. É fundamental consignar que a opção do legislador decorre do princípio democrático e deve ser respeitada.

90. Nesse cenário, como antes referido, deve-se concluir que são imprescritíveis apenas os atos dolosos de improbidade, a teor da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal antes colacionada. Houve, repita-se, reconfiguração no Direito Administrativo Sancionador quanto ao conceito de ato doloso de improbidade.

91. O § 2º do art. 1º da Lei 8.429/92, na redação dada pela Lei 14.320/21, é indubitavelmente norma mais benéfica que, a teor do art. 5º, XL, da Magna Carta deve ser aplicada retroativamente, para alcançar processos em curso, diante do novo alcance conceitual de ato doloso de improbidade.

92. Por outro lado, se para o ato culposos de improbidade, que exigiria, na lei anterior, erro grosseiro e lesão ao erário, a prescrição era de 5 anos, com muito maior razão seria o mesmo prazo para uma ação de mero ressarcimento ao erário, sem natureza punitiva, por força de analogia, e também porque se aplicaria aqui, como alhures referido, o prazo do art. 23, I, da Lei 8.249/92. Cabe lembrar, sem embargo, que os tipos culposos, na Reforma da Lei de Improbidade Administrativa, foram eliminados da legislação, alteração esta cuja constitucionalidade está exposta ao exame desse colendo Supremo Tribunal Federal. Certamente, o escrutínio dessa egrégia Corte levará em conta o princípio democrático e o poder discricionário do Legislador, qual seu alcance e extensão.

93. Dessa forma, ante a superveniência de lei que alterou as regras sobre a prescrição, **essas regras e prazos devem ser aplicados de imediato, inclusive nos processos em andamento**, por força de comando constitucional.

VIII. DO JULGAMENTO DO TEMA 1199 DA REPERCUSSÃO GERAL

94. Conforme exposto neste Parecer, será julgado o *Leading Case* do ARE 843989, que “*trata de Recurso extraordinário em que se discute, à luz do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, a prescritibilidade dos atos de improbidade administrativa imputados à recorrente, por alegada conduta negligente na condução dos processos judiciais em que atuava como representante contratada do INSS, sem demonstração do elemento subjetivo dolo (Temas 666, 897 e 899 do STF)*”.

95. A temática de repercussão geral será delimitada, portanto, para definir **se as novidades inseridas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992, com as alterações dadas pela Lei 14.230/2021, devem retroagir** para beneficiar aqueles que porventura tenham cometido atos de improbidade administrativa na modalidade culposa, inclusive quanto ao prazo de prescrição para as ações de ressarcimento.

96. No entanto, o eminente Ministro ALEXANDRE DE MORAES, por quem temos enorme admiração e respeito, um dos maiores juristas do Brasil, ao propor a Repercussão Geral nº 1199, citou nossa doutrina no sentido de que sustentaríamos a irretroatividade das normas de Direito Administrativo Sancionador, contrapondo à doutrina de outros juristas para os quais as normas de direito administrativo sancionador seriam retroativas quando mais benéficas. Disse no voto Sua Excelência:

“No direito administrativo sancionador ocorre algo diferente, as normas jurídicas disciplinam o exercício da função administrativa, estabelecendo, em alguns casos, deveres e obrigações aos particulares. As infrações administrativas, em regra, consistem em condutas que representam a inobservância de tais deveres e obrigações, razão pela qual Alejandro Nieto entende que “los tipos sancionadores administrativos no son autónomos sino que se remiten a otra norma en la que se formula una orden o una prohibición” (CARLO ENRICO PALIERO e ALDO TRAVI. La sanzione amministrativa: profili sistematici, p. 181). Portanto, não há que se falar em juízo de desvalor ético no direito administrativo sancionador – argumento que justifica também a retroatividade da lei penal mais benigna” (idem, ibem, p. 155).

Esse também é o entendimento de **FÁBIO MEDINA OSÓRIO**, para quem, no tocante ao princípio da retroatividade da norma mais benéfica, “o direito administrativo sancionador não se equipara ao direito criminal, dado seu maior dinamismo”. É que, em regra, a lei que extingue a figura do ilícito administrativo ou toma a sanção administrativa mais branda não retroage para beneficiar quem praticou a infração administrativa sob a égide da lei anterior (*Direito Administrativo Sancionador*, 5ª ed., São Paulo: RT, 2015. p. 201).

97. Não obstante, e pedindo a máxima vênia, o eminente Ministro Relator da Repercussão Geral 1199 incidiu em erro material ao citar nossa doutrina, pois desde a primeira edição da obra Direito Administrativo Sancionador, em 2000, sempre mantivemos a mesma orientação, qual seja, a de que as normas de Direito Administrativo Sancionador mais benéficas retroagem para beneficiar os réus, acusados ou investigados em geral, diante da incidência dos princípios penais ao âmbito do direito administrativo sancionador, ainda que dotados de matizes.²⁵

²⁵ Nesse sentido, Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch e Guilherme Pupe da Nóbrega em recente artigo publicado no Conjur: *O Tema 1.199 de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal*, elucidaram o posicionamento da nossa doutrina:

"Ambas as decisões, ao mencionar dado autor, recorreram a um pequeno recorte de sua obra para pretender sustentar respaldo doutrinário à tese da irretroatividade da norma benigna em sede de direito sancionador. Ocorre que o citado professor, em seu escrito, não é refratário à retroatividade, de modo algum, como indica a sequência de seu raciocínio: "o fato de não haver a equiparação, não obstante, pouco revela sobre a retroatividade das normas sancionatórias mais benéficas. Ao contrário, a ausência de equiparação apenas demonstra que eventual retroatividade poderia ocorrer em níveis diferenciados, com intensidade variada"

Dali em diante, a tese sustentada pelo autor em seu conhecido livro é no sentido de que o legislador, ao promover mudança da norma em regime administrativo sancionador, poderia 1) prever expressamente a retroatividade, 2) vedar peremptoriamente a retroatividade e 3) silenciar. A propósito dessa última hipótese, dirá o autor: O desafio mais difícil consiste em interpretar o silêncio legal na cadeia de normas sucessivas. Uma norma sancionadora mais favorável nada dispõe sobre o tema, deixando ambígua sua posição. E os valores por ela tutelados são relativamente estáveis, daqueles que demandam políticas públicas punitivas coerentes e centradas em escolhas racionais, dotadas de vocação à estabilidade, o que revelaria, a priori, a vocação à retroatividade. Em tais casos, não há dúvidas de que as normas retroagem, como se fosse o próprio Direito Penal, na busca de salvaguardar critérios de justiça e segurança, em homenagem ao tratamento simétrico com a outra principal vertente do Direito Punitivo. Essa retroatividade está amparada na cláusula constitucional do devido processo legal e nos valores ali abrigados. Como se percebe, o principal fiador teórico elencado como representante da corrente pela irretroatividade da norma benéfica em direito sancionador é, na verdade, favorável à tese, tanto assim que, recentemente, tendo por enfoque precisamente a Lei nº 14.230/2021, teve ele a oportunidade de não deixar dúvidas sobre sua posição, enfatizando a retroatividade da reforma no que favorável aos réus em improbidade" Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-fev-25/improbidade-debate-tema-1199-repercussao-geral-supremo-tribunal-federal> acesso em 12.04.2022.

98. Também defendemos que o Direito Administrativo Sancionador adota um maior dinamismo e possui maior flexibilidade quanto à perspectiva de irretroatividade das normas favoráveis, eis que suas estruturas são permeadas, em grande parte, por normas sancionadoras em branco, revestidas de normas completivas próprias do Direito transitório.

99. Em tal contexto, portanto, é certo que nem sempre essa retroatividade benéfica acontece no Direito Administrativo Sancionador, dada a ausência de identidade absoluta entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador e a profusão maciça de normas sancionadoras em branco de natureza de direito transitório no campo do Direito Administrativo Sancionador. Isso pode ocorrer, também, nas hipóteses em que o legislador fixar expressamente a irretroatividade, em circunstâncias excepcionais, na perspectiva do princípio democrático. No entanto, mesmo em tais casos, alertamos que o legislador encontraria limites constitucionais em direitos fundamentais.

100. É verdade que sempre sustentamos a ausência de identidade entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. Essa falta de identidade, no entanto, não afasta os elementos mínimos comuns.

101. Com efeito, de fato discorreremos sobre a dinâmica peculiar do Direito Administrativo Sancionador, que maneja, com maior frequência, normas sancionadoras em branco, cujas estruturas abrigam normas completivas próprias do Direito transitório. A variação dessas últimas normas não costuma ensejar retroatividade no direito administrativo sancionador.

102. Todavia, a variação de normas-matriz, tal como ocorre com a Lei de Improbidade, acarreta retroatividade. Além disso, mesmo no Caso de normas completivas, quando há variação de normas dotadas de estabilidade, vale dizer, aquelas que não integram direito transitório, também ocorre a retroatividade.

103. Cremos que nosso pensamento ficou bastante claro a respeito do assunto neste parecer, mas, mesmo assim, não custa aqui contextualizar o que assentamos em nossa obra *Direito Administrativo Sancionador*, desde a primeira edição, para reforçar o erro material do eminente Relator na referência ao posicionamento doutrinário, com o máximo respeito e reverência que temos pelo Ministro, que é um dos maiores constitucionalistas do Brasil:

“Se no Brasil não há dúvidas quanto à retroatividade das normas penais mais



*benéficas, parece-nos prudente sustentar que o Direito Administrativo Sancionador, nesse ponto, não se equipara ao Direito Criminal, dado seu maior dinamismo. **O fato de não haver a equiparação, não obstante, pouco revela sobre a retroatividade das normas sancionatórias mais benéficas. Ao contrário, a ausência de equiparação apenas demonstra que eventual retroatividade poderia ocorrer em níveis diferenciados, com intensidade variada. É possível homologar a tese da retroatividade das normas mais favoráveis aos interesses dos acusados em geral, em homenagem aos valores constitucionais que dão suporte à norma penal veiculadora desse mesmo benefício.** As normas podem ser distintas em seus contornos, intensidades e alcances, mas os valores que as embasam podem assemelhar-se, até mesmo assumindo identidade comum no campo constitucional, sem prejuízo aos espaços divergentes.*

*Pensamos que, em tese, **o problema há de ser resolvido à luz de alguns critérios gerais facilmente perceptíveis na ordem jurídica brasileira, não se podendo partir, aprioristicamente, de forma absoluta, de uma presunção de retroatividade das normas mais benéficas no Direito Administrativo Sancionador, como se fosse este equiparado ao Direito Penal, por várias razões relevantes, mas, sobretudo, pela ausência de identidade entre estes ramos jurídicos, como temos afirmado. Porém, se é certo que não se pode arrancar de uma presunção absoluta, também é verdade que não se pode ignorar os fatores normativos condicionantes da retroatividade da norma mais benéfica, no campo punitivo.** Soluções equilibradas advêm desse olhar marcado pela complexidade e pelo respeito aos detalhes e matizes dos ramos jurídicos em jogo.*

[...]

*Ao **prever a retroatividade das normas favoráveis, o legislador estaria apenas registrando um valor imanente à ordem constitucional, contemplando instituto que abriga valores universais ligados ao Direito Punitivo.** É um reforço explícito a um conjunto de valores abrigados na Constituição e no devido processo legal. Por isso, não há a menor dúvida de que tal previsão encontra suporte constitucional.*

[...]

O legislador somente poderia proibir a retroatividade em situações excepcionais, no âmbito do direito transitório, nada além disso.

[...]

*Outro debate importante, diz respeito à sucessão de normas no tempo, notadamente leis ou medidas provisórias. Em se tratando desse fenômeno, também há que se observar o critério da norma mais benigna e o princípio da retroatividade, com exceção dos casos em que há preponderância do direito transitório e previsões expressas de retroatividade. Porém, nenhuma previsão de retroatividade seria válida nas hipóteses de estabilidade normativa, seja na sucessão de leis formais, seja na sucessão de medidas provisórias, seja na substituição de medida provisória por lei. **O tratamento de ilícitos administrativos obedece ao critério da preponderância da lei mais benigna, por força do princípio da retroatividade da lei mais favorável.**"²⁶*

104. Contextualizado esse excerto no âmbito dos demais trechos doutrinários já mencionados, verifica-se que, na verdade, a posição **sustenta a retroatividade das normas mais benéficas de Direito Administrativo Sancionador**, apenas enfatizando que, neste âmbito, por ser mais dinâmico que o Direito Penal, os níveis, a intensidade e o alcance dessa retroatividade haverão de ser distintos, diante do maior volume de normas de direito transitório no campo do Direito Administrativo Sancionador e das prerrogativas mais abertas do legislador em situações excepcionais.

105. Portanto, nossa afirmação se contrapõe ao indicado pelo eminente Ministro ALEXANDRE DE MORAES no voto que reconhece a repercussão geral da matéria, tendo havido mero erro material na menção à doutrina na forma em que referida.

106. Vale dizer que são cristalinos o interesse público e a existência da repercussão geral para a hipótese, mas, para além disso, deve-se concluir no sentido da retroatividade das normas mais benéficas de Direito Administrativo Sancionador, forte no art. 5º, XL, da Constituição Federal.

²⁶ OSÓRIO, FÁBIO MEDINA. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 4ª ed. eletrônica, 2020, item 4.1.2.

IX. CONCLUSÃO

107. Ante o exposto, respondemos à consulta do ilustre Presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais, nos seguintes termos:

Quesito 1. As normas administrativas sancionadoras retroagem? Caso afirmativo, como e em que extensão se dá essa retroatividade?

Resposta: Sim, e as normas que descaracterizam tipos sancionadores e outorgam benefícios materiais aos acusados retroagem, desde que mais benéficas a imputado. Nesse caso, a ação de improbidade deve ser julgada improcedente. Na espécie, normas que descaracterizam tipos culposos retroagem e as norma que alteraram o conceito de dolo genérico para dolo específico também retroagem, impactando as ações em curso no Brasil. Trata-se, nos dois casos, de normas que afetam a tipicidade das condutas.

Quesito 2. É constitucional a eliminação dos tipos culposos da Lei 8.429/92 e a retroatividade das novas modalidades de tipos exclusivamente dolosos para beneficiar réus, acusados ou investigados em processos em curso?

Resposta: É constitucional a eliminação do tipo culposo da Lei 8.429/92. O artigo 37, parágrafo 4º, da constituição de 1988 não exige que o legislador tipifique, no plano infraconstitucional, ilícitos culposos e dolosos. A tipificação de ilícitos exclusivamente dolosos, tal como ocorreu na reforma da Lei 8.429/92, e compatível com o princípio democrático.

Quesito 3. Especificamente sobre o prazo prescricional da Lei 14.230/2021, é possível se cogitar de retroatividade e a incidência imediata da lei em processos em curso?

Resposta: Sim, os prazos prescricionais mais benéficos ao imputado retroagem, sobretudo levando em linha de consideração o novo conceito de dolo específico previsto no § 2º do art. 1º da Lei n.º 8.429/92, na redação dada pela Lei 14.320/21, e têm aplicação imediata nas

demandas em curso. Nesse caso, a pretensão sancionatória é atingida, implicando a extinção da demanda com resolução do mérito, nos termos do art. 487, II, do CPC.

É o parecer.

Brasília, 11 de março de 2022.



FÁBIO MEDINA OSÓRIO
OAB/DF 29.786

X. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, THIAGO ANTUNES de. Responsabilização dos agentes políticos nos atos de improbidade administrativa, Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 47, n. 185, jan/mar 2010.

DELGADO, JOSÉ AUGUSTO. Improbidade administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais da LIA. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 14, n. 1, p. 1-106, Jan/Jun. 2002 (disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informativo/author/proofGalleyFile/404/363>)

GARCIA, EMERSON; ALVES, ROGÉRIO PACHECO. Improbidade Administrativa, Saraiva, 8ª ed., 2014.

GIACOMUZZI, JOSÉ GUILHERME. A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública. São Paulo, Malheiros, 2002.

FAZZIO JR., WALDO. Improbidade administrativa, 4ª.ed., Atlas, 2016.

HUNGRIA, NELSON; FRAGOSO, HELENO CLÁUDIO. Comentários ao Código Penal, v. I, t. II, arts. 11 a 27, Rio de Janeiro, Forense, 1978.

MARTINS JR., WALLACE PAIVA. Probidade Administrativa, 4ª ed., Saraiva, 2009.

MATTOS, MAURO ROBERTO GOMES. O limite da improbidade administrativa, 5ª.ed., Forense, 2010.

NOBRE JR., EDILSON PEREIRA. Ação para a apuração de ato de improbidade administrativa e o seu cabimento frente aos agentes políticos, RTDP, Belo Horizonte, n. 58, nov. 2013.

OSÓRIO, FÁBIO MEDINA. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 4ª ed. eletrônica, 2020

OSÓRIO, FÁBIO MEDINA. Teoria da Improbidade Administrativa. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2ª. Ed. eletrônica, 2020.

SARTI, AMIR JOSÉ FINOCCHIARO; SARTI, LIA; SIMON, CAUÊ. Natureza jurídica da ação de improbidade administrativa. Revista da Faculdade de Direito da FMP – 2013, n. 8, p. 156-173.

TÁCITO, CAIO. Improbidade administrativa como forma de corrupção, RDA, Rio de Janeiro, out/dez 2001.

WALD, ARNOLDO; MENDES, GILMAR. Competência para julgar ação de improbidade administrativa. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 35, n. 138, p. 213-216, abr./jun. 1998.

ZEGARRA VALDIVIA, DIEGO. (2010). La figura de la prescripción en el ámbito administrativo sancionador y su regulación en la Ley Nº 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General. *Revista De Derecho Administrativo*, (9), 207-214.