

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA

Tatiana Maria Guskow

**DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E NÍVEIS
DE RETROATIVIDADE DA LEI DISCIPLINAR MAIS BENÉFICA**

Brasília

2022

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA

MESTRADO EM DIREITO

Tatiana Maria Guskow

**DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E NÍVEIS
DE RETROATIVIDADE DA LEI DISCIPLINAR MAIS BENÉFICA**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Linha de Pesquisa: Linha 1 – Políticas Públicas, Constituição e Organização do Estado.

Brasília

2022

FOLHA DE APROVAÇÃO

Tatiana Maria Guskow

**DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E NÍVEIS
DE RETROATIVIDADE DA LEI DISCIPLINAR MAIS BENÉFICA**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Aprovada em: 07/12/2022

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy
Orientador (UniCEUB)

Prof. Dr. Sandro Lúcio Dezan
Membro (Instituição)

Prof^ª. Dr^ª. Liziane Paixão
Membro (Instituição)

Prof. Dr. José Eduardo Sabo Paes
Membro (Externo)

(folha destinada à catalogação após apresentação e aprovação)

Aos meus três amores, Paulo, Nicole e Catarina,
com quem divido todos os dias as alegrias e os
desafios de Ser...

AGRADECIMENTOS

Vejo esta página como a oportunidade de expressar minha gratidão no passo em que deixo meu relato sobre a porta que a mim foi descerrada no princípio do ano de 2020, enquanto o Brasil e o mundo estavam reclusos em cuidados preventivos contra a pandemia do Sars-Cov2. Em casa, com meu marido e as crianças, renasceu em mim a vontade de haurir mais conhecimento e de retornar às cadeiras da universidade, sonho adormecido em meio a sobrepostos papéis sociais que arrebatavam o tempo que me serviria para a pausa reflexiva, o amadurecimento de ideias, o aprofundamento de estudos, as leituras, a imaginação criativa.

Foi no tempo de clausura, que a instituição a que briosamente sirvo fomentou o retorno de seus membros ao estudo e à pesquisa. Quando percebi, lá estava eu, patrocinada pela minha instituição, de volta à universidade. Agradeço neste princípio a Cristina Amaral, Aleksey Cardoso, Lana Borges e Renata Gontijo, pelo apoio entusiasmado, confiantes de que também eu, já selecionada a uma vaga, seria contemplada com a disposição orçamentária.

No desenrolar dos estudos, a companhia de Lana Borges e Renata Gontijo foi constante e permeada pela construção de ideias, pela troca de conhecimento, por desabafos, lutas, por histórias compartilhadas. Sou gratidão a minhas amigas, por esses laços que mais se estreitaram e fizeram de nós companheiras inseparáveis, esteios mútuos em momentos de dificuldade, risos e sorrisos em momentos de vitória.

Sou grata, ainda, ao Professor por quem nutro infinda admiração, homem de repertório intelectual invejável e de humildade paradoxal. Sua erudição poderia, mas não lhe faz envaidecer; ele reparte seu conhecimento e, quanto mais o faz, mais se agiganta sem sequer intencionar. Obrigada, meu caro Professor Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, pela boa ventura de tê-lo ao meu lado nessa trajetória de busca de conhecimento.

Há outros dois Professores que também marcaram fortemente meus dias de longos e ininterruptos estudos. Professora Liziane Paixão, mulher que, no auge de sua juventude, é capaz de suplantar vetustos metodólogos, capaz reordenar ideias e propor com brilhantismo novos caminhos de reflexão em quaisquer áreas do direito. A ela sou grata pelos pacientes ouvidos, pelos conselhos, pelos ‘pingos nos is’, pelas publicações conjuntas.

Professor Sandro Dezan. Autor de inúmeras obras valiosas, mestre que conduz os alunos a construir juntos novas ideias, que incentiva a liberdade do pensar, que valoriza cada pequena contribuição, mesmo que ainda disforme, e extrai o melhor das manifestações de cada um. Quisera eu tê-lo encontrado no alvorecer dos ciclos do mestrado. Com ele muito aprendi e amadureci intelectualmente. Sou grata pelos ensinamentos, pela leitura cuidadosa, pelas correções precisas, pelas críticas gentis, pelas sugestões de leitura, pelas palavras de incentivo ao prosseguimento de minha trajetória acadêmica.

Agradeço aos meus colegas e amigos Guilherme Marques, Luzia Azevedo, Aldemario Castro, Mila Kothe, Deborah Brum, Eder Bezerra, Maurício Saliba pelas conversas e debates, que me renderam bons insights enquanto redigia meu trabalho final. Também sou grata pela disponibilização e compartilhamento de algumas das obras pesquisadas e pela compreensão por minha ausência para dedicação exasperada aos estudos.

Como fundo musical, nessa fase final de estudos intensos ficou Jason Mraz e sua canção *93 million miles from the sun*, a representar as ocasiões de escuridão, sem definição dos rumos que tomaria, ao me deparar, nas pesquisas, com posições antagônicas e autores que se contradiziam ou que, por vezes, preferiam enigmatizar suas posições. Ao ouvi-la um lugar seguro parecia ser devolvido a mim na expressão “wherever you go, you can Always come back home”.

Agradeço a meus irmãos, Igor, Oky, Lali, meus cúmplices da vida, pela sinceridade sem freios. Agradeço a Di, Darcy, Lu, Marcos, criançada, pelo carinho que recobra minha energia de continuar. Agradeço a meus amados pais, Maria e Miguel, pela profunda alegria de tê-los sempre comigo celebrando das menores às mais expressivas vitórias e dividindo os momentos de necessidade.

Agradeço ao meu trio de amor infinito, Paulo, Nick e Kate, com quem partilho o meu dia-a-dia, sem querer me distanciar um segundinho sequer. Obrigada por tanto amor. Espero ser merecedora.

Por fim e mais. Agradeço ao meu Deus, fagulha queimante dentro de mim, minha força, minha coragem, minha fé.

Ainda que eu fale as línguas dos homens e dos anjos, (...) ainda que eu (...) saiba todos os mistérios e tenha todo o conhecimento (...), se eu não tiver amor, nada serei.

(I Coríntios 13: 1-2)

RESUMO

A pesquisa propõe investigar o ingresso do princípio constitucional da retroatividade da lei mais benéfica, originariamente ideado ao direito penal, no direito administrativo sancionador, particularmente no direito administrativo disciplinar. Primeiro delineando as características desse novo ramo do direito que nasce permeado por uma aproximação entre ilícitos penais e administrativos, depois investigando as diferenças entre ilícitos disciplinares e penais, o trabalho demonstra que os princípios constitucionais sancionadores podem ingressar na seara administrativa, mas de maneira mais flexível. O conteúdo do princípio no direito penal é destrinchado, inferindo-se não ser tão amplo quanto aprioristicamente se imagina. O princípio no direito penal somente atinge o nível médio na escala geral da retroatividade e para o direito administrativo sancionador pode ser recebido com mais brandura. Tendo como pano de fundo as modificações operadas pela nova lei de improbidade administrativa, é analisado o recente julgamento efetuado pelo Supremo Tribunal Federal (ARE 843989), demonstrando-se que, apesar da nomenclatura e da fundamentação utilizada pela Corte, foi deferida a retroatividade abrandada à nova lei, tal qual defendida neste trabalho para o direito disciplinar, sob argumentos que não convergiam entre si. As alterações entre os Ministros da Corte revelam, no entanto, que o regime do direito administrativo sancionador ainda está em construção, sem linearidade e com muitos percalços.

Palavras-chaves: Ilícito penal. Ilícito administrativo. Sanção. Igualdade ontológica. Princípios constitucionais sancionadores. Retroatividade da lei mais benéfica. Matizes.

ABSTRACT

The research proposes to investigate the incorporation of the constitutional principle of retroactivity of the most beneficial law, originally conceived in criminal law, in sanctioning administrative law, particularly in disciplinary administrative law. First outlining the characteristics of this new branch of law that is born permeated by an approximation between criminal and administrative offenses, then investigating the differences between disciplinary and criminal offenses, the work demonstrates that the sanctioning constitutional principles can enter the administrative field, but in a more flexible way. The content of the principle in criminal law is unraveled, inferring that it is not as broad as *a priori* imagined. The principle in criminal law only reaches the medium level on the general scale of retroactivity and for sanctioning administrative law it can be received more mildly. Against the background of the changes made by the new Administrative Improbability Law, the recent judgment made by the Federal Supreme Court (ARE 843989) is analyzed, demonstrating that, despite the nomenclature and the reasoning used by the Court, the softened retroactivity to the new law was granted, as defended in this work for the disciplinary law, under arguments that did not converge with each other. The altercations between the Ministers of the Court reveal, however, that the sanctioning administrative law regime is still under construction, without linearity and with many mishaps.

Keywords: Criminal offense. Administrative illicit. Sanction. Ontological equality. Sanctioning constitutional principles. Retroactivity of the most beneficial law. Hues

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 CAPÍTULO I - DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	20
1.1 Estrutura da norma jurídica	21
1.1.1 <i>Ato ilícito</i>	27
1.1.2 <i>Sanção nos diferentes ramos do direito</i>	29
1.1.3 <i>Identidade ontológica de ilícitos e potestade punitiva estatal</i>	32
1.2 Construção do direito administrativo sancionador como vertente do jus puniendi estatal.....	35
1.2.1 <i>Intercâmbios entre direito penal e direito administrativo na história: do direito repressivo de polícia ao direito administrativo sancionador.....</i>	36
1.2.2 <i>Delimitação entre as esferas do direito penal e do direito administrativo sancionador</i>	41
1.3 Objeto: normas de conduta com sanções de caráter punitivo.....	62
1.4 Fontes: princípios constitucionais norteadores da atuação punitiva do Estado recebidos com matizes próprios	66
1.5 Conclusões do capítulo	72
2 CAPÍTULO II - ILÍCITO DISCIPLINAR NO DIREITO SANCIONADOR E LEIT MOTIV – REFORMAS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	74
2.1 Direito administrativo disciplinar: ramo do direito administrativo sancionador.....	75
2.1.1 <i>Bem jurídico sob proteção</i>	81
2.1.2 <i>Natureza e Funções das sanções disciplinares</i>	90
2.1.3 <i>Fontes do direito administrativo disciplinar.....</i>	97
2.2 Leit motiv: reformas da Lei de Improbidade Administrativa	102
2.2.1 <i>Moralidade e probidade na Administração Pública.....</i>	103
2.2.2 <i>Improbidade administrativa disciplinar.....</i>	113
2.2.3 <i>Alterações da Lei de Improbidade Administrativa pela Lei nº 14.230, de 2021.....</i>	115
2.2.4 <i>ARE nº 843.989</i>	121

2.2.5	<i>Princípio da continuidade normativo-típica</i>	124
2.3	Conclusões do capítulo	125
3	CAPÍTULO III – PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DISCIPLINAR..	127
3.1	Controvérsia na doutrina e nos tribunais	130
3.1.1	<i>Doutrina</i>	130
3.1.2	<i>Jurisprudência</i>	138
3.1.3	<i>Categorização do pensamento doutrinário e jurisprudencial</i>	140
3.2	Acepções da Retroatividade no Direito Intertemporal	143
3.3	Retroatividade no direito penal	150
3.3.1	<i>O princípio da legalidade e a faceta da irretroatividade</i>	151
3.3.2	<i>Retroatividade da lei mais benéfica como princípio autônomo - exceção ao princípio geral da irretroatividade</i>	154
3.4	Retroatividade no direito administrativo sancionador disciplinar	166
3.4.1	<i>efeitos da retroatividade média sobre as penas disciplinares</i>	171
3.4.2	<i>Flexibilização do princípio penal no direito administrativo sancionador</i>	179
3.5	ARE 843989	181
3.6	Conclusões do capítulo	186
	CONCLUSÕES	188
	REFERÊNCIAS	200

INTRODUÇÃO

Maria P. da S. está preocupada. Há dois anos ela viveu um calvário na instituição que serve, quando, ocupando uma função de assessoria, passou a ouvir comentários elogiosos sobre sua aparência provenientes de seu chefe imediato e teve de participar de viagens laborais em que ele solicitava auxílio em tarefas nos horários noturnos e no próprio quarto de hotel, rejeitadas por ela sob muito constrangimento. Foram dois anos até que conseguisse fazer uma denúncia, que lhe custou a função de assessoria, e ele fosse demitido do serviço público por improbidade administrativa, por violação aos princípios reitores da Administração Pública.

João L. B. está esperançoso. Ele responde a ação de improbidade administrativa por ter causado prejuízos ao erário. Na qualidade de gerente de uma repartição pública recebeu uma citação em ação judicial contra a instituição a que serve e, por um lapso de memória, deixou de comunicar ao setor jurídico, que não se manifestou na ação, julgada em desfavor da instituição. Sua omissão foi reputada ato de improbidade administrativa culposos. A ação ainda está em curso.

Os casos narrados acima foram inspirados em fatos reais. E os sentimentos de seus protagonistas muito se assemelham à realidade, pois as recentes reformas legislativas operadas na lei de improbidade administrativa – Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021 - modificaram a descrição das infrações nas quais foram enquadrados os atos praticados pelos agentes públicos, seja para eliminar a previsão do ato de improbidade, seja para suprimir ou mudar os elementos constituidores do ilícito.

As recentes modificações da lei suscitaram dúvidas sobre sua incidência a fatos passados, julgados ou não julgados, mormente porque em suas prescrições iniciais diz: “aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei **os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador**” (art. 1º, § 4º). Sendo a retroatividade da lei mais benéfica princípio de direito sancionador penal (art. 5º, XL, da Constituição Federal), há dúvida se compõe o arcabouço principiológico do direito administrativo sancionador e, como tal, há dúvida se irradia força sobre o direito administrativo. A força do princípio sobre o direito

administrativo é motivo de preocupação e esperança pelos diferentes atores que compõem a situações infracionais, ou outrora ilícitas, ocorrentes no seio da Administração Pública.

Nos últimos dez anos, quase quatro mil servidores públicos civis federais foram eliminados dos quadros da Administração Pública, após a conclusão de processos administrativos disciplinares arraoados na prática de atos de corrupção¹. Estes casos podem ser impactados a depender do fundamento específico, do ingresso e da força do princípio da retroatividade da lei mais benéfica no direito administrativo.

O problema posto não remonta somente à nova lei de improbidade administrativa (LIA), que suscitou apenas da agitação da comunidade jurídica, fazendo despertar o interesse pelo tema. O problema da retroação de normas mais benéficas no direito administrativo é muito mais amplo. O direito administrativo sancionador não é a lei de improbidade administrativa, que se trata apenas de um sub-ramo do direito público sancionador geral. A LIA não é sequer direito administrativo, por suas sanções não serem infligidas por autoridade administrativa². A LIA tem implicações no direito administrativo, mas com ele não se confunde.

O direito administrativo sancionador é o ramo do direito que regula o poder de punir da Administração Pública. Experimenta uma expansão sem precedentes, identificando-se o exercício do poder de punir do Estado em toda parte: em áreas usualmente conhecidas, como o direito disciplinar, o direito tributário, o direito de trânsito, e em novos setores, em face da modificação da sociedade que se torna mais complexa e repleta de riscos, das novas funções albergadas pela Administração Pública e das mudanças no modelo de intervenção estatal. Há regulação punitiva em áreas como direito do consumidor, direito econômico, direito ambiental, direito urbanístico, aviação, vigilância sanitária, saúde, cultura, educação, transportes. E não é o fim da lista.

O regime do direito administrativo sancionador ainda está em construção. É ramo do direito que, com este nome, somente aportou no Brasil na virada do século. Em 2021 foi mencionado expressamente por um diploma legislativo – a LIA – a demonstrar que é reconhecido pela ordem jurídica brasileira. O direito administrativo sancionador é ramo do

¹ Paineis correição em dados. Disponível em: <http://paineis.cgu.gov.br/corregedorias/index.htm>. Acesso em 22/8/2022.

² Embora haja voz em contrário, como se verá.

direito que se constrói a partir da ideia de um supraconceito do *jus puniendi* estatal, que é único, e se manifesta de diferentes maneiras, como por meio do direito penal e do direito administrativo. Seus tijolos são alocados aproveitando-se dos avanços principiológicos e teóricos do direito penal, que são lidos de forma mais ampla, como componentes do regime jurídico do direito de punir da Administração Pública.

O *jus puniendi* estatal emana da Constituição Federal, com suas previsões limitadoras do arbítrio estatal. Em um Estado Democrático de Direito, em que, em meio à submissão do Estado ao império da lei formulada pelo povo, preponderam o sistema democrático e o sistema de direitos fundamentais, legitimadores da atuação estatal, lê-se que o exercício do poder de punir, também pela Administração Pública, deve estar limitado por garantias constitucionais protetoras da liberdade individual em todos os seus espectros. Cabem ser definidas quais garantias constitucionais se inserem no direito administrativo sancionador e em que medida.

Em vista da vastidão do direito administrativo, campo marcado por diferentes áreas de atuação dotadas de peculiaridades e diferentes finalidades, optou-se por focar apenas uma delas: o direito administrativo disciplinar. E, neste campo, estudar apenas um princípio constitucional: a retroatividade da lei mais benevolente. É que as decisões a serem tomadas pelas autoridades administrativas devem se pautar pelo regime jurídico do direito administrativo sancionador e não descurar das consequências de suas decisões na condução das atividades públicas, que buscam primeiramente o atendimento do interesse público, a boa prestação do serviço, o bom andamento da atividade administrativa. O tema, com esse recorte, ainda não havia sido explorado pela doutrina.

Há de ser definido se, no seio da persecução punitiva *interna corporis* da Administração Pública, ingressa o princípio da retroatividade da lei mais benéfica. A primeira hipótese é que o princípio não é bem-vindo ao direito administrativo, pelo que seria de todo afastado e operaria somente nos lindes do direito penal; a segunda hipótese é de ingresso do princípio constitucional garantidor da liberdade individual também no direito administrativo. Essa segunda hipótese se subdivide em duas sub-hipóteses. A de número um afiança o ingresso do princípio idênticamente ao direito penal, como se direito penal e direito administrativo sancionador ostentassem idênticos regimes jurídicos; a de número dois reconhece o ingresso do princípio constitucional no direito administrativo sancionador, mas afirma que são ramos do direito

distintos, que atendem a distintos bens jurídicos e a distintas funções punitivas, e portanto proclama matizes, em que o princípio deve ingressar no direito administrativo de modo mais flexível, assegurando-se a coerência do sistema administrativo.

O estudo foi dividido em três capítulos, partindo de um estudo mais geral, do direito administrativo sancionador, para um estudo mais específico, do direito administrativo disciplinar, como forma de tornar mais preciso o raciocínio a ser empreendido sobre o princípio constitucional da lei mais benéfica, que é estudado no último capítulo. Logo nos dois primeiros capítulos a primeira hipótese e a primeira sub-hipótese são afastadas, restando a última sub-hipótese a ser destrinchada no capítulo final.

No capítulo inicial traçam-se as primeiras balizas do direito administrativo sancionador, partindo da justificação do entendimento de que há um idêntico *jus puniendi* emanado da Constituição, com base no conceito geral de ato ilícito e de sanção. A identidade estrutural entre as normas de conduta conduz a uma aproximação entre o direito administrativo e penal, mas não há identidade de conteúdo entre os ilícitos. Há diferença de substância, em termos de bens jurídicos protegidos, ou há diferença de grau, em termos de lesividade da conduta, ou, em zonas de penumbra sobre bens jurídicos e gravidade das condutas, há diferenças de autoridades competentes para imposição da sanção. A aproximação em meio às diferenças permite a inferência de haver um único *jus puniendi* estatal, mas as garantias originalmente pensadas ao direito penal devem ser recebidas de forma menos rigorosa e mais flexível pelo direito administrativo.

No capítulo dois, com as premissas gerais do direito administrativo sancionador, faz-se um estudo do direito administrativo disciplinar, sub-ramo desta seara do direito, que demonstra que, efetivamente, direito administrativo, mesmo sancionador, não se confunde com direito penal. É feita uma análise dos bens jurídicos protegidos pelo direito disciplinar e das funções das penas a demonstrar que há semelhança, mas não identidade com o direito penal, o que confirma que os princípios constitucionais originariamente pensados ao direito penal podem ser recebidos pelo direito administrativo disciplinar, mas de forma mais branda.

O capítulo prossegue a explicitar o *leit motiv* deste estudo, as recentes reformas da LIA, que interferem no direito disciplinar, a complementar norma disciplinar em branco que determina à autoridade administrativa punir *interna corporis* servidores públicos que pratiquem

atos de ‘improbidade administrativa’. A LIA compõe o catálogo de fontes do direito disciplinar. Também são feitos os primeiros comentários sobre o ARE nº 843.989, endereço do debate no Supremo Tribunal Federal sobre a retroatividade da norma mais benéfica no direito administrativo sancionador.

No capítulo terceiro, finalmente passa-se a discorrer sobre o princípio da retroatividade da lei mais benéfica. Investigam-se suas origens, suas funções e suas medidas no direito penal. Em face das medidas que o princípio pode exibir, optou-se pelo título do trabalho ‘níveis de retroatividade da lei’, o que tem importantes implicações nas definições do direito administrativo sancionador. É investigada a medida do princípio no direito penal, inferindo-se que alcança somente o nível médio na escala da retroatividade, com eventuais repercussões no direito disciplinar, se se admitisse o ingresso do princípio nos mesmos moldes ao direito administrativo. Defende-se que o princípio, que compõe as garantias do cidadão contra as arbitrariedades estatais ingresse no direito administrativo sancionador, de forma mais atenuada, porém.

Quando já se alcançavam as últimas linhas deste trabalho, eis que é retomado o julgamento do ARE nº 843.989, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que, com divergências de todas as ordens no mérito, em linhas gerais, definiu não se aplicar a garantia da retroatividade da lei penal mais benéfica ao direito administrativo sancionador, mas aplicar-se a casos ainda não julgados. Retroage ou não retroage, enfim? O vocábulo, como se verá, não é unívoco, mas usado com diferentes medidas, a depender da linha doutrinária adotada. O julgamento demonstra que o tema não é tranquilo, mas ainda é objeto de muitas altercações e que o direito administrativo sancionador é um ramo do direito em construção e de uma construção não linear pelos aplicadores da lei. Em certo momento constrói-se, noutros demole-se, depois constrói-se novamente. Por isso defende-se o cuidado com a construção, ainda que paulatina, de um sistema coeso.

Os debates do STF ensejaram a abertura de um novo tópico no capítulo derradeiro, para considerações. A definição do tema para a LIA pelo STF não elimina a importância deste trabalho, que ultrapassa as questões vertidas no caso concreto sobre a prescrição e a culpa na improbidade administrativa. É certo que as definições serão replicadas para outros aspectos da lei e projetarão luzes sobre outras leis mais benéficas de direito administrativo sancionador,

mas não foi lançada uma pá de cal sobre o tema. Houve a formação de um precedente, porém envolto em muitas divergências.

O tema não é bonançoso. Ainda há espaço para o debate acadêmico. Tão importante quanto ter-se um sistema de precedentes vinculantes é ter-se a possibilidade de superá-los se forem equivocados. É papel da academia analisar criticamente estes julgados e propor o aperfeiçoamento da jurisdição constitucional. De todo modo, embora com diferentes linhas argumentativas, em alguma medida houve a confirmação pela Corte Suprema da hipótese final deste trabalho, pois com outra nomenclatura foi admitida a aplicação da nova lei a certos fatos passados, o que pode ser um contributo na delimitação dos matizes do direito administrativo sancionador.

O método de investigação perfilhado foi a revisão de fontes doutrinárias, estatísticas, jurisprudenciais e normativas. O material doutrinário refere-se aos campos do direito administrativo, constitucional e penal, que se inter-relacionam na construção do direito administrativo sancionador. Foram consultados livros, artigos, sites e revistas especializadas. Foram visitados sites oficiais para coleta de dados informativos e estatísticos.

Os julgados pesquisados foram eleitos como exemplares de modelos de argumentação pela aceitação ou rejeição da existência de um direito sancionador e foram aleatórios quando da ilustração de situações que poderão ser impactadas pela nova LIA, buscados, em sua maioria, no Superior Tribunal de Justiça, órgão responsável pela uniformização do entendimento de normas infraconstitucionais e, em pequena escala, em outros tribunais brasileiros. Do Supremo Tribunal Federal colheram-se os julgados relativos às questões constitucionais concernentes à nova LIA e ao regime jurídico dos servidores públicos civis da União. O arcabouço normativo refere-se às fontes primárias do direito administrativo sancionador e do direito administrativo disciplinar, princípios de ordem constitucional e leis esparsas de direito sancionador e administrativo, à míngua de uma consolidação legislativa organizada.

Espera-se, com a pesquisa, contribuir para a construção principiológica do direito administrativo sancionador, primeiro com a demonstração de que o princípio da retroatividade da lei mais benéfica pode ser lido com diferentes níveis de amplitude; depois com a demonstração de que não se há de temer a tese da existência do *jus puniendi* único do Estado, com as cláusulas constitucionais que limitam o poder punitivo do Estado, pois, no direito

administrativo, não são recebidas com a mesma força do direito penal. Há ambiente para flexibilização e adaptação, considerando-se os valores colimados pela Administração Pública, que deve primar por direitos individuais fundamentais, ao lado do interesse público da coletividade e de terceiros. É possível a construção do direito administrativo sancionador respeitando-se garantias fundamentais e interesses da coletividade e de terceiros. A fim de se encontrar o equilíbrio ideal, há de se dosar o grau de recepção dos princípios garantistas pelo direito administrativo.

1 CAPÍTULO I - DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

O objetivo do capítulo é traçar as primeiras balizas do direito regente do poder de punir da Administração Pública: identificar se são aplicáveis princípios idealizados para o direito penal e, se a resposta for positiva, em que medida modulariam a atividade administrativa sancionadora. Para tanto, faz-se necessário perquirir a natureza dos atos ilícitos e a origem da ideia do *jus puniendi* estatal único, da qual deriva a teoria do direito administrativo sancionador, pois “se a natureza dos institutos interessa aos juristas é unicamente porque graças a ela se pode determinar seu regime jurídico, que é o que importa realmente”³.

Com esses objetivos, o estudo principia pela investigação do conceito de ato ilícito e de sanção na teoria geral do direito, de molde a permitir um vislumbre prefacial das origens da ideia da unidade do *jus puniendi* estatal. Em aprofundamento, a investigação avança para um esboço histórico sobre a gênese do poder punitivo da Administração Pública o que toca intimamente o debate doutrinário acerca das diferenças entre os ilícitos penal e administrativo, se seriam de ordem meramente formal ou se teriam natureza qualitativa ou quantitativa, momento em que se percebe que, a despeito das primeiras ideias do *jus puniendi* estatal estarem atreladas à teoria da identidade substancial dos ilícitos de ambos ramos do direito, com essa não devem se confundir, pois a teoria é um marco incompleto no seio da pluralidade de esferas de atuação administrativa-punitiva e torna dificultosa e contraditória a demarcação das divisas do regime jurídico do direito administrativo sancionador, oriundo da supraconceito do *jus puniendi* estatal único.

Adiantando as conclusões, verificar-se-á inexistir uma separação ou uma igualdade absoluta entre ilícitos e sanções administrativas e penais. Há um intercâmbio entre condutas de uma seara para outra, com a previsão sancionadora em prol de certos bens jurídicos em ambos ramos do direito ou a previsão exclusiva pelo vasto campo administrativo. Idealmente, direito penal e direito administrativo não se combinam nem se excluem, antes, se complementam. É dizer: não se identificam de forma absoluta e nem se apartam. Convivem lado a lado em um

³ Si la naturaleza de las instituciones interesa a los juristas es unicamente porque gracias a ella se puede determinar su régimen jurídico, que es lo que de veras importa.” (NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed., Madrid: Tecnos, 2012, p. 145.)

movimento de integração para a regulação social e em um movimento de integração para empréstimo de garantias individuais na construção do regime jurídico do incipiente direito administrativo sancionador. Essa será a premissa para o desenrolar deste trabalho, que derradeiramente, no capítulo, traçará as fontes do ramo do direito em ascensão e mostrará que há espaço para seu acolhimento na ordem jurídica brasileira.

1.1 Estrutura da norma jurídica

Todo agrupamento humano organizado pressupõe a existência de valores comuns, ordem e controle. A manutenção da coesão na convivência entre as pessoas depende de um elo que indique os valores mais relevantes e trace mecanismos para alcançá-los ou protegê-los. O Direito corresponde a esse elo. O Direito é a ordem que intermedia os valores comuns reconhecidos pela norma - bens jurídicos⁴ - e o controle. É o sistema composto por normas que expressam os anseios mais relevantes de determinado grupo social, mediante a exposição da conduta desejada, e expressam a imposição, por meio de ferramentas que garantem a conformidade de cada indivíduo às determinações eleitas pelo corpo social.

Para tanto, o ordenamento jurídico se organiza para criar e efetivar as normas. Há duas espécies de normas jurídicas: as normas de estrutura e as normas de conduta. As normas de estrutura explicitam os procedimentos de criação, interpretação e exclusão de normas; as normas de conduta dirigem-se aos comportamentos desejáveis ou não no seio da sociedade⁵.

⁴ “O bem jurídico tutelado pela norma instituidora do ilícito diz respeito ao bem da vida protegido por este instituto (...) factível para a tutela de objetividades em diversos ramos do Direito, não somente em Direito Penal (...). Esses bens podem ser corpóreos ou incorpóreos, imateriais e vinculados ao direito de propriedade ou de posse, direta e são assim considerados em sua significação jurídica quando passíveis de valoração, no sentido de delimitação de importância contextual, e apropriação, apresentando-se como objeto de relações de direito. (...) ‘o fim prático das normas punitivas em geral – em que se incluem as penais, administrativas, disciplinares, tributárias e outras – tem por objeto a tutela de valores nela contidos’, ao passo que, por exemplo, as normas penais se destinam à proteção de certos bens por ela visados, tais como a vida, o patrimônio, a incolumidade física, a fé pública, a saúde pública, etc., as normas tributárias se destinam à proteção dos interesses fiscais e extrafiscais das pessoas políticas competentes, constituindo-se, dessarte, objetos juridicamente tutelados, por apresentarem importância para a sistematização, protegidos por esses ramos do Direito. (...)” (DEZAN, Sandro Lúcio. *Ilícito Administrativo Disciplinar em Espécie*, Curitiba: Juruá, 2012, p. 60.)

⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*, 2ª ed. rev. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru/SP: EDIPRO, 2003, p. 198.

Grosso modo, as normas de estrutura dizem quem tem o poder e qual é o procedimento para escolha, traçado e interpretação das normas de conduta. As normas de conduta estabelecem os comportamentos esperados dos indivíduos e se manifestam por meio dos modais deônticos da proibição (imperativos negativos, não fazer), da obrigação (imperativos positivos, fazer) e da permissão (positiva ou negativa, fazer ou não fazer), ora proibindo, ora obrigando, ora permitindo a adoção de determinadas condutas comissivas ou omissivas.⁶ As normas não dizem *o que é*, mas *o que deve ser*. “O direito positivo se exprime com locuções como ‘estar facultado a fazer ou omitir’, ‘estar obrigado a fazer ou omitir’, ‘estar impedido de fazer ou omitir’. E tais locuções não descrevem como factualmente o sujeito agente se comporta, mas como deve comportar-se”⁷.

As normas não descrevem fatos, mas os normatizam. Fossem as normas do Direito leis científicas, descreveriam os fatos como eles são, sob pena de invalidade e exclusão⁸. As normas jurídicas não são, porém, científicas, além de dirigem-se a comportamentos humanos. Caso não se concretizem, diversamente das normas científicas, não são excluídas ou imediatamente superadas, ensejam, via de regra, uma resposta ao seu descumprimento. A ordem jurídica, de modo geral, não se fia na adesão voluntária aos comportamentos esperados, ela reage com a prescrição de consequências à inobservância das prescrições de conduta.

Por isso, a normatização por modais deônticos dá-se por uma estruturação binária composta por um preceito primário e um preceito secundário⁹. A norma primeiro preceitua uma situação fática, que torna uma conduta proibida ou obrigatória e, em segundo plano, preceitua uma consequência negativa ao descumprimento, o que se denomina sanção em sentido amplo.

⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 2ª ed. rev. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru/SP: EDIPRO, 2003, pp. 109-111 e 125-132. Também: VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Max Lemonad, 1997, p. 72.

⁷ VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Max Lemonad, 1997, p. 69.

⁸ “Tanto a norma quanto a lei científica estabelecem uma relação entre uma condição e uma consequência. Se no segundo caso a consequência não se verifica, a lei científica deixa de ser verdadeira. Se, ao contrário, não se verifica no primeiro caso, a norma continua a ser válida. Uma lei científica não observada deixa de ser uma lei científica; uma norma ineficaz continua a ser uma norma válida no sistema.” (BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 3ª ed., trad. Denise Agostinetti., São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 144-145.)

⁹ (...) a célebre e tradicional divisão das normas jurídicas em primárias, que prescrevem mandamentos, e secundárias, que determinam sanções. A secundária funda-se na primária; o estatuído na secundária encontra-se fundado no da primária, pois a sanção só é possível sobre a base da violação de um dever.” (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica. Norma Jurídica e Aplicação do Direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 399).

Ressalvadas as proposições permissivas, sem consequentes, posto facultativas, a proposição primária manifesta a ordem ou a proibição, ou - simplificada e por vezes em interpretação *contrario sensu* – a conduta esperada pelo ordenamento jurídico. (Ao estabelecer a pena de privação de liberdade para a conduta “matar alguém”, a conduta esperada é que não se mate alguém). E, no anseio do cumprimento do objeto pretendido pela norma, prenuncia uma consequência negativa, a proposição secundária. A norma deontica contém uma advertência sobre a resposta a ser dada pelas instituições (a consequência é externa e institucionalizada¹⁰) em caso de inobservância da norma.

Essa é a estrutura básica das normas jurídicas voltadas ao comportamento humano, com ponto de partida e não convergência integral à teoria pura do Direito de Hans Kelsen¹¹. O descumprimento do preceito primário, ao qual a ordem jurídica concebe uma consequência negativa, é considerado comportamento ilícito, ou seja, contrário à ordem jurídica. A consequência negativa ou a resposta do ordenamento jurídico é nominada sanção (em sentido amplo).

Sucedem que nem todas as normas de conduta preveem consequências a sua inobservância¹². Mesmo normas de comando - proibitivas ou obrigatórias -, podem, eventualmente, ser silentes quanto aos efeitos jurídicos do descumprimento e não deixam de ser normas de conduta, são apenas apontadas como normas de conteúdo imperfeito, ante a possível redução de sua eficácia social:

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 2ª ed. rev. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru/SP: EDIPRO, 2003, p. 111. Também: BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 3ª ed., trad. Denise Agostinetti., São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 152.

¹¹ “Uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas – particularmente contra condutas humanas indesejáveis – com um ato de coação, isto é, com um mal – como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros -, um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física – coativamente, portanto. Dizer-se que o ato coativo que funciona como uma sanção, se aplica um mal ao destinatário, significa que este ato normalmente recebido pelo destinatário como um mal. (...)”

Na medida que o ato de coação estatuído pela ordem jurídica surge como reação contra a conduta de um indivíduo pela mesma ordem jurídica especificada, esse ato coativo tem o caráter de uma sanção e a conduta humana contra a qual ele é dirigido tem o caráter de uma conduta proibida, antijurídica, de um ato ilícito ou delito – quer dizer, é o contrário daquela conduta que deve ser considerada prescrita ou conforme ao Direito, conduta através da qual será evitada a sanção.” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8ª ed., tradução João Batista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 35-37.)

¹² BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 3ª ed., trad. Denise Agostinetti., São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 158.

“A estipulação de sanção não faz necessariamente parte da norma jurídica. Isso se verifica sempre nas normas de permissão, que, como dissemos, não podem ser associadas a sanções (...). Encontramos, também, normas que, apesar de estabelecerem obrigações, proibições, recomendações, não preveem sanções. São normas imperfeitas que carecem de um elemento decisivo da norma jurídica (...). A consequência da falta de sanção é a diminuição das chances de eficácia social.”¹³

“A existência de sanções jurídicas é absolutamente essencial para o Direito. No entanto, tal não significa que a violação de toda e qualquer norma jurídica dê origem à aplicação de uma sanção. A norma jurídica que não tem sanção é designada por norma imperfeita.”¹⁴

Por sua vez, as normas que apregoam respostas ao descumprimento, podem fazê-lo com sanções de diversas substâncias, em reações da ordem jurídica de finalidades e funções distintas. Como resposta à inobservância da norma, pode suceder a determinação de nulidade do ato ilícito, em retorno ao *status quo* jurídico anterior, pode decorrer o comando de desfazimento da situação fática, em retorno ao estado natural antecedente, pode advir a estipulação de causação de um mal ao agente. Há múltiplas espécies de sanção. A depender do objetivo pretendido pela ordem jurídica diversificadas sanções podem ser aplicadas. E de forma isolada ou combinada. Em uma primeira aproximação e de forma não exauriente, as sanções podem ser categorizadas de acordo as seguintes funções: compulsória, reconstitutiva, compensatória, preventiva, punitiva¹⁵ e invalidante¹⁶.

¹³ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 3ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 115.

¹⁴ EIRÓ, Pedro. *Noções Elementares de Direito*. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1997, p. 46.

¹⁵ “As diversas sanções impostas ao violador da norma jurídica podem ser objeto de distinções consoante a função que desempenham.

Embora todas elas se traduzam em consequências desfavoráveis resultantes da violação de uma norma jurídica, não têm todas a mesma função. A reação perante o não cumprimento da norma não se processa sempre da mesma maneira. Tudo depende de qual objetivo que se pretende atingir com a sanção. Ou seja, qual a função desta.

De acordo com este critério, surgem-nos as sanções: compulsórias, reconstitutivas, compensatórias, preventivas e punitivas.

A existência de diversas espécies de sanções não significa que o mesmo fato não possa dar origem à aplicação cumulativa de mais do que uma delas. É assim normal, por exemplo, que a sanção punitiva coexista com a compensatória. (...)” (EIRÓ, Pedro. *Noções Elementares de Direito*. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1997, p. 47.).

“As várias espécies de sanções não se distinguem entre si por traços estruturais, ou por representarem específicas figuras jurídicas: distinguem-se pela função que desempenham. Propõem-se sempre impor uma consequência desfavorável em reação à violação duma regra, mas podem ter finalidade: compulsória, reconstitutiva, compensatória, preventiva, punitiva. (...) Várias sanções podem cumular-se em reação a uma só violação. Por exemplo, um homicídio pode pôr em ação sanções compensatórias (indenização por danos pessoais, por exemplo), preventivas (medidas de segurança) e punitivas (prisão)”. (ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito - Introdução e Teoria Geral - Uma Perspectiva Luso-Brasileira*, 10ª ed. revista. Coimbra/Portugal: Almedina, 1999, p. 59.)

¹⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade*, 4ª ed. revista. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 45-46.

Esclareça-se abreviadamente cada qual. A **sanção compulsória** pretende que o infrator cumpra, mesmo que extemporaneamente, a obrigação normativa, pretende que a pessoa pratique a conduta devida. A infração praticada não deixa de existir, não se busca castigar o infrator e sim que o ato seja praticado. É exemplo de sanção compulsória a prisão do devedor de alimentos e também a multa de mora pelo não pagamento de tributos. A **sanção reconstitutiva** visa ao retorno da situação física que teria se mantido não fosse a conduta ilícita. É o caso da demolição de prédio construído em desacordo com as normas urbanísticas; é também o caso da recomposição específica, ou seja, a entrega do próprio bem do qual foi privada a vítima. Quando a reconstituição específica não é possível, a **sanção** cabível é **compensatória**, na tentativa da ordem jurídica de reconstituir a situação anterior. Opera-se pela indenização pelos danos sofridos.

A **sanção punitiva** visa castigar o infrator. Também é denominada pena. Representa uma reprovação e visa impingir um sofrimento. Não haverá a reconstituição de uma situação fática. Seu objetivo é reprimir e retribuir com mal o mal causado pelo infrator. As penas privativas de liberdade são as ilustrações máximas dessas sanções. As **sanções preventivas** têm por objetivo evitar a prática futura de atos ilícitos, sua visão é prospectiva. Exemplificativamente está a interdição de exercício de determinada atividade profissional, diante do receio de nova prática de fatos empreendidos no seu exercício. As **sanções invalidantes** objetivam o retorno de um estado jurídico anterior, com a invalidação do ato. Não há unanimidade nesta última categoria¹⁷, mas há doutrina que defende, tratar-se, sim, de uma

¹⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito - Introdução e Teoria Geral - Uma Perspectiva Luso-Brasileira*. 10ª ed. revista. Coimbra/Portugal: Almedina, 1999, p. 59.

sanção, posto consequência estabelecida pela ordem jurídica à inobservância da norma¹⁸. São exemplos atos administrativos que, por violarem normas jurídicas cogentes, são nulos¹⁹.

Nessa toada generalizante, sanção é a consequência imposta pelo ordenamento jurídico em revide ao descumprimento de normas de comando positivo ou negativo, com a finalidade de proteger o bem jurídico, o valor social abrigado no preceito primário. Há normas que contêm várias consequências, outras, apenas uma, outras, como se anotou, nenhuma consequência preceituam.

Maria Helena Diniz, em conhecido estudo, baseado na combinação de respostas da ordem jurídica ao descumprimento da norma e em seus efeitos no sentido de assegurar a ordem e a paz social, classifica as normas jurídicas em quatro categorias: (i) norma jurídica mais que perfeita: em que as sanções consistem no restabelecimento da situação anterior, fática e/ou jurídica (nulidade), e na aplicação de punição ao violador; (ii) norma jurídica perfeita: estabelece o retorno ao estado anterior, sem aplicar um castigo; (iii) norma jurídica menos que perfeita: somente determina a aplicação de uma pena ao infrator; (iv) norma jurídica imperfeita: não acarreta qualquer consequência²⁰.

¹⁸ “Ora, parece claro, se a contrariedade a direito constitui o cerne da ilicitude e é também, o fundamento da invalidade dos atos jurídicos, não é possível chegar-se a outra conclusão senão a de que o ato jurídico inválido integra o gênero fato ilícito *lato sensu*. É uma espécie de ato ilícito, o ato ilícito invalidante, que, na verdade, tem natureza especial, diferente dos outros atos ilícitos, porque recebe esse caráter de ilicitude por força da incidência de normas jurídicas invalidantes, que atuam já dentro do mundo jurídico, no plano da validade. Ao entrar no plano da existência, o ato jurídico é, como qualquer outro, apenas ato jurídico. Ao alcançar o plano da validade, se há déficit em elemento nuclear de seu suporte fático, decorrente de específicas contrariedades a direito, sofre a incidência da norma invalidante, cuja consequência é torna-lo inválido (= nulo ou anulável) em razão de sua natureza ilícita.

(...)

A invalidade, por isso, tem o caráter de uma sanção que o ordenamento jurídico adota para punir certa espécie de ato contrário a direito (= ilícito). É verdade que aparente diferenças relativamente às sanções que, de modo positivo, punem diretamente as pessoas, impondo-lhes ônus (como a perda da liberdade) e obrigações reparativas (como as de indenizar), porque a invalidade, em qualquer de seus graus (= nulidade e anulabilidade), tem efeitos negativos, frustrantes dos fins a que se prestam, regularmente, os atos jurídicos. Mas só aparenta. Em essência não há diferenças. Em qualquer das espécies há punição ao infrator da norma, só que a invalidade, se o não alcança em sua pessoa, diretamente, ou em seus bens, o atinge, recusando-lhe possa obter o objetivo colimado com a prática do ato jurídico invalidado.” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade*. 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 45-46.)

¹⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade*. 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 44-45.

²⁰ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica. Norma Jurídica e Aplicação do Direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 410-412.

Como se vê, ultrapassadas as normas jurídicas imperfeitas, todas as consequências normativas passam pela cominação de sanções. Leia-se, *sanções em sentido amplo*, com uma variedade funcional, na qual idealmente, como melhor reação possível, prefere-se o restabelecimento do estado anterior ao descumprimento ou o estabelecimento do estado desejado, em preceitos que se resolvem com a nulidade ou o desfazimento do ato praticado. A depender da importância dos valores assumidos pelo sistema, a depender da repulsa à ação ou omissão descrita na norma e da consequência possível e desejada àquele ato, a proteção dada pela ordem jurídica varia, de inexistente à mais maléfica possível: o castigo ou a vingança estatal. As sanções não são, todavia, elementos essenciais da norma de conduta. Essencial é o preceito primário identificador do bem ou valor relevante à sociedade e a correspondente ação humana proibida ou obrigatória.

1.1.1 Ato ilícito

O comportamento contrário ao preceito primário prescrito na norma de conduta é considerado ato ilícito. O ato ilícito é um ato jurídico, sendo o ato o acontecimento em que há manifestação de vontade humana, mediante ação ou omissão, e ilícito a qualidade de contrário ao Direito. O ato ilícito, sinteticamente, é a transgressão de um dever jurídico positivo ou negativo. É a conduta desconforme com a esperada pela ordem jurídica. Pode ser passível de uma resposta do ordenamento jurídico (sanção em sentido amplo) ou pode não sofrer qualquer consequência jurídica.

Usualmente, a doutrina administrativista trata o ilícito e a sanção como conceitos reflexivos²¹, isto é, há sanção se há ilícito ou há ilícito se há sanção²². No entanto, ainda que

²¹ Este é o pensamento de Régis Fernandes de Oliveira: “Embora o direito discipline comportamentos humanos, há outras ordens normativas que também assim procedem. O que as distingue é a sanção. Como escreve Kelsen, “dessa forma, uma determinada conduta apenas pode ser considerada, no sentido dessa ordem social, como prescrita – ou seja, na hipótese da ordem jurídica, como juridicamente prescrita – na medida em que a conduta oposta é pressuposto de uma sanção. Tem-se, aí, o conceito de ilicitude ou antijuridicidade.” (OLIVEIRA, Régis Fernandes de Oliveira. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 14).

²² “É patente a íntima relação entre ilícito e sanção: só há ato ilícito se uma pessoa adota uma conduta contrária àquela prescrita pela norma primária. A sanção por sua vez, somente pode ser aplicada na hipótese de ocorrer um

não haja cominação de sanção na norma, seu descumprimento amolda-se à figura do ato ilícito. A contrariedade ao Direito advém do descumprimento de uma prescrição de conduta. Apõe-se a qualificação de ilícita à conduta contrária à devida, à conduta antijurídica, enquanto antijuridicidade consiste na “contradição do fato, eventualmente adequado ao modelo legal, com a ordem jurídica, constituindo lesão a um interesse protegido”²³. Noutros termos, há ilícito quando há o descumprimento de um preceito de conduta que sempre acoberta um bem jurídico. Há ilícito se há sanção, mas a recíproca não é verdadeira. A sanção é um *plus*, é a proteção jurídica dada ao comando do preceito primário para o alcance de maior efetividade social.

Portanto, pode haver ato ilícito mesmo em violação à norma sem previsão de sanção, pois sanção é consequência jurídica e não elemento essencial da norma jurídica. Anotem-se a esse respeito as lições de Maria Helena Diniz e de Sandro Lúcio Dezan:

“A sanção é a *consequência jurídica* (grifamos) que o não cumprimento de um dever produz em relação ao obrigado. O essencial da norma jurídica não pode ser a consequência jurídica (a sanção), precisamente porque é consequência, a sanção encontra-se condicionada pela realização de um suposto, ou seja, da violação da norma. Se a obrigação for cumprida, a sanção não pode se impor. Portanto, a sanção é indiferente, estranha à essência específica da norma de direito pois é um elemento accidental.”²⁴

“o ilícito é a conduta promovida pela ação ou omissão humana ilegal, contrária ao ordenamento jurídico e, por conseguinte, passível de sanção, a qual não se faz elemento desse conceito, mas sim sua consequência, implicada por lei. Busca-se, com isso, resguardar preventivamente a unidade e coerência e completude da ordem jurídica pensada pelo coletivo social.”²⁵

ilícito. Logo, sem sanção não há ilícito, pois uma determinada conduta apenas pode ser considerada como prescrita na medida em que uma conduta oposita é pressuposto de uma sanção.” (MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As Sanções Administrativas à Luz da Constituição Federal de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 37.)

²³ Referindo-se ao conceito dado por Arturo Santoro. (OLIVEIRA, Régis Fernandes de Oliveira. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 17.)

²⁴ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica. Norma Jurídica e Aplicação do Direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 400.

²⁵ DEZAN, Sandro Lúcio. *Fenomenologia e Hermenêutica do Direito Administrativo: para uma Teoria da Decisão Administrativa*. Porto: Editorial Juruá, 2018, p. 49.

A ilicitude é uma categoria jurídica²⁶ ou um conceito lógico-jurídico²⁷, originária da teoria geral do direito²⁸, que penetra nos diversos campos jurídico-epistemológicos. Assim, há ato ilícito no direito civil, há ato ilícito no direito penal, há ato ilícito no direito administrativo. Em todos os campos a ilicitude reside no descumprimento da obrigação jurídica, na contrariedade ao Direito, sendo a consequência jurídica um elemento adicional, que pode assumir variadas formas, graus e funções, em razão do bem jurídico tutelado e das repercussões esperadas pela ordem jurídica.

Por isso, “não importa a que ramo da Ciência Jurídica pertença a norma violada; não há uma diferença ontológica entre ilícito civil, penal, administrativo ou de qualquer espécie. Todos têm o mesmo cerne.”²⁹ Em todos os ramos do direito é possível que a norma jurídica seja contrariada. Portanto, em essência, o ato ilícito é o mesmo.

1.1.2 Sanção nos diferentes ramos do direito

Há deveres de diversas naturezas que podem ser violados. O dever pode ser de cunho absoluto e indistinto, cabendo seu cumprimento a todo e qualquer membro da sociedade ou pode ser um dever relativo, de cumprimento por pessoa determinada; pode proteger direitos subjetivos, interesses comuns, direitos difusos e coletivos³⁰. É o bem jurídico protegido pela norma que implica a justaposição ao preceito de conduta da previsão de sanção adequada. A

²⁶ DEZAN, Sandro Lúcio. *Uma Teoria do Direito Público Sancionador: Fundamentos da Unidade do Sistema Punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2021, p. 13.

E para José Cretella Junior, categorias jurídicas são formas puras, modelos genéricos ou arquétipos, que são aproveitados depois pelos especialistas do direito privado e do direito público, para plasmar as espécies características e diferenciadas com que trabalham. (CRETELLA JÚNIOR, José. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 110.)

²⁷ Porque universal, descomprometido com um ramo específico do direito. É válido onde haja Direito. (MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As Sanções Administrativas à Luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 42-43).

²⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *Do Ilícito Administrativo*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 68, n. 1, p. 135-159, 1973, p. 137.

²⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 8ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p.197.

³⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 8ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p.197.

norma de conduta quer evitar um dano a esse bem, seja ele material ou imaterial. Quanto mais importante o valor representado pela norma, mais eficácia social se planea ao preceito, o que, em tese, é alcançado pela previsão sancionatória. Em todos os ramos do direito há previsões de sanção em sentido amplo.

Comparativamente, o ilícito civil é o ato do homem, sem tipificação taxativa, que causa danos, cuja sanção mais reconhecida é a obrigação de reparação. Protege interesses privados, interesses da esfera subjetiva da vítima, notadamente de cunho patrimonial. As sanções, para mais da compensação dos danos, passam pela recomposição natural dos fatos, pela compulsão jurídica (e não material³¹) ao cumprimento da obrigação e pela invalidação de atos.³²

O ilícito penal é também ato do homem, desta vez com tipificação taxativa, cuja sanção é uma pena, sanção eminentemente **punitiva**, derivada do “poder geral que compete ao Estado

³¹ A compulsão material é ato posterior à aplicação da sanção; é a coação ao cumprimento da sanção. “Sanção e coação não se confundem. A sanção é uma consequência jurídica prevista pela norma jurídica; a coação é sua aplicação efetiva, segundo processos legais ou, (...) é o modo de concretizar-se a sanção. Exemplificativamente: a multa contratual é sanção, e a cobrança judicial dessa multa é coação. (...)”

A coação não é elemento constitutivo da norma jurídica, pois se o fosse, nos casos em que se torna impossível coagir, desapareceria a norma jurídica.”³¹ (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica. Norma Jurídica e Aplicação do Direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 400-402.)

³² Essa diferenciação entre sanção civil e penal é feita por Guido Zanobini. Segundo o autor, é fácil a diferenciação entre sanções do direito privado e do direito penal. No direito privado a sanção geral e comum é a reparação de danos, enquanto no direito penal a sanção funciona como um castigo, um mal para restaurar a autoridade da lei, mas que não compensa à vítima o dano causado. Também, a pena somente é encontrada nas relações de direito público em que as relações são baseadas nos elementos da supremacia e da subordinação. Confira-se: “Nel campo del diritto privato crediamo la risposta presentarsi assai facile ed esauriente. Tutte le norme del diritto privato, hanno, infatti, come sanzione generale e comune l’obbligo del risarcimento del danno. È evidente che l’obbligo del risarcimento, quando sorge dalla inosservanza di un’obbligazione o dalla violazione di una norma, ha carattere di sanzione: esso è un male (diminuzione di patrimônio), che viene inflitto al violatore dela norma e che è reso necessário per ristabilire l’equilibrio giuridico nei rapporti fra il medesimo e colui o coloro che dalla sua violazione hanno risentito un danno. Se questa è la sanzione própria del diritto privato, è certo purê che la medesima non corre alcun pericolo di essere confusa con le sanzioni del diritto penale: essa, infatti, non è una pena. Sebbene il contrario sia stato talora sostenuto, sono tropo evidenti le ragioni che, perdimostrare la completa separazione fra i due tipi di sanzioni giuridiche, sono state da altri poste in luce. La più decisiva di queste é quella che fa appello alla funzione specifica, che ha il risarcimento, di rimediare al male prodotto dalla violazione, sia pure infliggendo un sacrificio, un male all’autore di essa; laddove funzione dela pena è solo quella d’infliggere un male all’autore del fato illecito: male, che giuridicamente si disse restauratore dell’autorità dela norma, ma che materialmente non restaura l’offensa recata dal delinquente alla vittima e, traverso questa, alla società. Tale differenza è certo più profonda dell’altra, che dichiara il risarcimento stabilito nell’interesse privato dela vittima, laddove la pena sarebbe stabilita nell’interesse generale. (...) La pena s’incontra soltanto nei rapporti del diritto pubblico, nei rapporti cioè basati sopra l’elemento dela supremazia e dela subordinazione.” (ZANOBINI, Guido. *Le sanzioni amministrative*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1924, pp. 5-7 e 38.)

para com os cidadãos que violam a ordem jurídica estabelecida no interesse da sociedade juridicamente organizada”³³.

O ilícito administrativo é o ato humano que contraria normas de conduta das funções *externa corporis* administrativas de gestão, fomento e ordenação³⁴ e também as normas de conduta das funções *interna corporis* da Administração. As sanções administrativas não são aplicadas pela função judiciária estatal, mas pela própria Administração Pública, no exercício da potestade estatal. As modificações pelas quais tem passado o Estado, com a inflação de suas funções³⁵, faz com que a Administração Pública agregue o poder de fiscalização e sanção de uma série de normas de conduta, cujas sanções variam enormemente. Assim, o Estado Administração pode aplicar sanções de quase todos os tipos: compulsórias, reconstitutivas, **punitivas**, preventivas e invalidantes.

Disso se inferem dois pontos em comum entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, que os afastam do ilícito civil³⁶. Há ato ilícito com sanções com funções punitivas em ambas

³³ CRETELLA JÚNIOR, José. Do Ilícito Administrativo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 68, n. 1, p. 135-159, 1973, p. 141.

³⁴ Neste ponto, José Cretella Júnior é restritivo na conceituação das infrações administrativas. Diz: “ilícito administrativo é todo ato positivo ou negativo, imputado a agente administrativo, em virtude de infração a dispositivo expresso estatutário”. (CRETELLA JÚNIOR, José. *Do Ilícito Administrativo*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 68, n. 1, p. 135-159, 1973, p. 141.) Mas os atos ilícitos administrativos ganharam maior alcance. Por essa razão, o conceito foi construído com base na proposta de Carlos Ari Sunfeld de classificar as atividades administrativas em três categorias. O tema será abordado à frente. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 16.)

³⁵ “A vertente sancionadora do direito administrativo vem se desenvolvendo de modo bastante veloz. A administração brasileira aplica sanções nos mais diversos âmbitos materiais – trânsito, meio ambiente, sistema financeiro, questões tributárias, concorrência, consumidor, medicamentos, dentre inúmeros outros.” (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal: A Necessidade de Desenvolvimento de uma Política Sancionadora Integrada*. In: BLAZECK, Luiz Maurício Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coord.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 109.)

³⁶ Sandro Lúcio Dezan explica que a responsabilização civil é unicamente patrimonial, no que difere da responsabilização de direito público sancionador, cujos fins são a retribuição pedagógica e a prevenção geral e especial, com a infligência de um mal em troca do mal praticado anteriormente. (DEZAN, Sandro Lúcio. *Uma Teoria do Direito Público Sancionador: Fundamentos da Unidade do Sistema Punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2021, pp. 3-5;

“Em que pesem importantes e respeitáveis estudos em sentido contrário (que apresentam uma concepção de ilícito civil em sentido lato), o ilícito civil referente à responsabilidade aquiliana não é espécie de ilícito de direito punitivo-sancionador. E isto se dá justamente pelos fins de sua previsão legal, qual seja, o escopo imediato de responsabilização patrimonial. Se há uma coerção de caráter preventivo especial e ou geral, estas não são imediatamente miradas pelos textos legais que estipulam a responsabilidade civil aquiliana, mas tão somente a reparação de um dano, o que afasta a possibilidade de uma sustentação de identidades ontológicas entre o ilícito civil aquiliano e o ilícito de direito público sancionador, dos quais fazem parte os ilícitos penal, administrativo, administrativo disciplinar, dentre outros.” (DEZAN, Sandro. *Princípios de direito administrativo sancionador*. São Paulo: Tirant to Blanch, 2022, p. 21-22.)

esferas do direito³⁷. E o Estado detém o monopólio do poder punitivo, em que pese por autoridades distintas, ora autoridade judiciária, ora autoridade administrativa. São normas conformadoras da atuação repressora estatal, que constituem o direito público punitivo. As sanções punitivas, ou penas, são chamadas *sanções no sentido estrito* do termo. São as sanções-castigo, exímios instrumentos de repressão, de fim aflitivo, consistentes na privação de um direito ou de um bem (*ad exemplum*, a imposição de multa sancionatória - e não moratória -, a perda de um direito, a retirada de uma autorização).³⁸

1.1.3 Identidade ontológica de ilícitos e potestade punitiva estatal

A similitude entre as normas jurídicas de conduta acopladas a sanções punitivas - identidade ontológica entre os ilícitos administrativo e penal - resulta as noções que têm sido propagadas na doutrina da unicidade do *jus puniendi* estatal.³⁹ Afirma-se que, se não há

³⁷ Não tardará, também se defenderá que o direito civil é parte do *jus puniendi* estatal, pois já se reconhece a existência de normas civis puramente repressoras pelo Estado, como a perda da herança por filhos considerados indignos. É uma pena civil, com função repressiva. (cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: Introdução e Teoria Geral: Uma Perspectiva Luso-Brasileira*. 10ª ed. rev. Coimbra/Portugal: Almedina, 1999, p. 68). Há muito, aliás, Basileu García referia-se ao intercâmbio entre ilícitos civis e ilícitos penais. “O Direito Penal, como se vê pela sua evolução histórica surgiu tutelando interesses particulares, não há dúvida, mas elevou-se à defesa e conservação da sociedade. Resguardando os homens, que formam a comunidade, as leis penais protegem precipuamente a segurança e a tranquilidade coletivas. (...) O campo do Direito Penal é variável. Fatos considerados crimes numa época não o são em outra, e, ao contrário, fatos tidos como ofensivos a interesses individuais foram, mais tarde, reputados lesivos também à coletividade e, então, coibidos pelo Direito Penal. (...) Assim, através da evolução do Direito Penal e da progressiva transformação do ilícito civil em ilícito penal, nitidamente se percebem os pontos de contato entre os dois ramos do Direito – o civil e o penal.” (GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. vol. I, Tomo I, 4ª ed. ver. e atual. São Paulo: Max Lemonad, 1905, p. 18.). Para mais, já têm sido levantadas críticas à separação absoluta entre o direito penal e o direito civil, por se tratar de uma concepção que deriva de uma construção social, que teve início no século XVIII e se consolidou no século XIX, e não de uma diferença real, ontológica. Não haveria um processo excludente de aplicação de sanções repressoras no direito penal e de aplicação de sanções, ainda que reparatórias, no direito civil. (SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza. *Dimensões do princípio ne bis in idem*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013, 294 páginas, pp. 111-112.) Este tema, porém, não será abordado no presente estudo. Parte-se da premissa de que há uma grande distância entre os ilícitos civil e penal; e que há uma grande proximidade e identificação estrutural entre os ilícitos penal e administrativo.

³⁸ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o Pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, 255 páginas, p. 91.

³⁹ Santiago Mir Puig explica que o *jus puniendi* estatal, em sentido subjetivo, é a faculdade de punir do Estado e que essa faculdade hoje se funda na concepção de Estado Social e Democrático de Direito, do que resultam os limites que o legislador e os demais órgãos estatais devem observar no exercício da função punitiva. Embora a enfocar o direito penal, são esclarecedoras as lições sobre estes limites: “El principio de Estado de Derecho impone

diferenças ontológicas entre os ilícitos penais e administrativos, o poder de punir do Estado é uno. O raciocínio, simples e circular⁴⁰, é atribuído às Cortes europeias, nos períodos de democratização da segunda metade do século XX, que buscavam conferir aos ilícitos administrativos as mesmas garantias e os direitos fundamentais dos acusados já reconhecidos em se tratando de ilícitos penais. O *jus puniendi* estatal é único porque não há diferenças ontológicas entre ilícitos penais e administrativos; não há diferenças ontológicas⁴¹ entre ilícitos penais e administrativos, então o *jus puniendi* estatal é único.

No Brasil, já em 1945, Nelson Hungria, observando a estrutura das normas jurídicas, espraiava a noção de identidade ontológica entre os ilícitos administrativo e penal e das consecutórias sanções de caráter repressivo, o que era congruente com a ideia da unidade do *jus puniendi* estatal. Confira-se:

“A ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico. Dizia Bentham que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: todas podiam ser, por sua identidade substancial, dispostas ‘sobre um mesmo plano, sobre um mesmo mapamúndi’. Assim, não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critério de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço. (...)

(...)

Não há falar-se em direito penal subjetivo de justiça, em contraposição a um direito penal subjetivo de administração, mas tão-somente em direito penal subjetivo do Estado. A este, apenas a este, e não aos seus órgãos, cabe o *jus puniendi*. Ordens administrativas são ordens do Estado, e a desobediência contra estas é a essência, o *substratum* de todo e qualquer ilícito, e não uma peculiaridade do ilícito administrativo.

el postulado de um sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad. La idea del Estado social sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad. Ello implica ya varios límites que giran en torno a la exigencia de la necesidad social de la intervención penal. Por último, la concepción del Estado democrático obliga en lo posible a poner el Derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como los de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano.” (MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal: Parte General”, 8ª ed. Montevideo – Buenos Aires: Júlio Cesar Faira Editor, 2009, p. 104.)

⁴⁰ Alejandro Nieto em percepção perspicaz afirma “(...) se trata de un razonamiento rigurosamente circular: porque si en la sentencia de Llorente se nos disse que la equiparación ontológica de sanciones y penas es consecuencia de la unidad del ius puniendi o potestad sancionadora, em la de Mendizábal se afirma, a la inversa, que es ésta la consecuencia de aquélla. En esta materia es difícil, por tanto, determinar se el huevo precedió a la gallina.” (NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed., Madrid: Tecnos, 2012, p. 128.)

⁴¹ A identidade ontológica entre os ilícitos parece estar atrelada, para a maior parte dos autores, aos bens jurídicos protegidos por ambos ramos do direito, em distinções ou similaridades que mais à frente serão expostas. Segundo a teoria geral do direito, porém, a identidade ontológica é estrutural e não depende do valor específico abrigado pela norma, basta que a norma autorize que o Estado exerça o poder de repressão.

(...)

Pena administrativa e pena criminal: (...) Há também uma fundamental identidade entre uma e outra, posto que pena seja, de um lado, o mal infligido por lei como consequência de um ilícito (...).⁴²

A elaboração do raciocínio foi importante passo para que se passassem a criar paradigmas de orientação e operabilidade do conjunto de normas punitivas de direito administrativo, que permanecem em estudo. Afinal, as normas de conduta sob o direito administrativo foram instituídas sem serem acompanhadas pela fixação de um aparato jurídico composto por princípios e ferramental de aplicação das sanções previstas. A aproximação com o direito penal tem sido buscada, à míngua de metodologias e garantias mínimas aos destinatários das normas punitivas administrativas.

É certo que os estudos e debates sobre as fronteiras entre ilícitos penais e administrativos ainda estão em evolução e ultrapassaram a estrutura da norma jurídica para atingir o conteúdo dos ilícitos penais e administrativos e de suas correspondentes sanções, chegando-se a afirmar que as diferenças entre ilícitos penais e administrativos são meramente formais, ou seja, procedimentais, identificando-se ambos tanto em estrutura quanto em substância. A identidade ontológica que se apresentou até aqui respeita ao contexto estrutural da norma – um preceito de conduta justaposto a uma sanção com função aflitiva⁴³ - e já ampara o raciocínio da unidade do *jus puniendi* estatal.

As semelhanças entre os ilícitos são, porém, estudadas de modo mais profundo, chegando ao campo substancial da norma, oportunidade em que se altercam posições sobre o nível de identificação dos ilícitos. Foram as reflexões que transcendem a estrutura da norma jurídica, que despertaram, efetivamente, a ideia da existência de um único *jus puniendi* estatal. Contudo, como a compreensão de que a identidade ontológica entre ilícitos penais e administrativos reside na estrutura da norma jurídica, as discussões substanciais tornam-se ferramenta auxiliar na compreensão da integração do regime jurídico do direito penal ao direito

⁴² E prossegue: “e, por outro lado, um meio de intimidação ou coação psicológica na prevenção contra um ilícito. São espécies do mesmo genus.” (HUNGRIA, Nélon. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, v. 1, n. 1, 1945, pp. 24-31, p. 27.)

⁴³ Há uma “inequívoca unidade funcional del fenómeno sancionatório y la ausencia de discriminación estructural entre ambos tipos de ilícito”. (LLOBREGAT, José Garberí. *Derecho Administrativo Sancionador Practico: Comentarios, Jurisprudencia y Normativa Reguladora. Los Derechos Fundamentales del Inculcado en el Procedimiento Administrativo Sancionador*. V. II, Barcelona: Editorial Boch, 2012, p. 53.)

administrativo sancionador, que ainda carece de definição. O tema será revisitado em item subsequente.

Por ora, é de se destacar que o reconhecimento do *jus puniendi* estatal único, ainda vacilante no Brasil⁴⁴, tem sido valoroso para o direito administrativo que se expressa por meio de sanções, pois sua consequência imediata é a integração com o direito penal, ramo do direito que já alcançou elevado desenvolvimento teórico e principiológico. Está em ascensão o direito administrativo sancionador, um ramo do direito administrativo, paralelo ao direito penal, mas que com ele se comunica, por serem emanções de uma mesma fonte: o *jus puniendi*, ou poder de punir do Estado. Segundo essa linha de pensamento, a potestade sancionadora da Administração Pública convive com a potestade penal dos juízes e tribunais, formando um poder punitivo geral do Estado, que se subdivide nestas duas manifestações.⁴⁵

1.2 Construção do direito administrativo sancionador como vertente do *jus puniendi* estatal

A identidade ontológica entre os ilícitos penais e administrativos e o reconhecimento da existência de um único *jus puniendi* estatal são as bases para um movimento de integração entre as esferas do direito punitivo, sob a alcunha direito administrativo sancionador. Tais ideias nem sempre existiram nem foram fruto do acaso, mas vieram da percepção de que ilícitos penais e administrativos ora podem ser previstos em um, ora em outro ramo do direito, ora em ambos.

Um breve olhar sobre a história mostra que as diferentes configurações do Estado estabeleceram a separação entre os ramos do direito, tendo em alguns momentos havido um

⁴⁴ Não há unanimidade em torno da ideia de *jus puniendi* único: “É forçoso concluir que o regime jurídico aplicável tanto ao direito penal quanto ao direito administrativo precisa apresentar um núcleo comum. Entendo que esse núcleo comum não decorre de um suposto *jus puniendi* único, que abrangeria o direito penal e o direito administrativo sancionador, mas sim do simples fato de os dois setores trabalharem com a aplicação de sanções a particulares, atividade que, pela sua natureza, exige legitimação, limitação, garantias e procedimentos próprios.” (COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal: A Necessidade de Desenvolvimento de uma Política Sancionadora Integrada. In: BLAZECK, Luiz Maurício Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coord.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 112.)

⁴⁵ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed., Madrid: Tecnos, 2012, p. 145.

intercâmbio entre crimes e ilícitos administrativos. Sequer cogitadas divisas entre os poderes punitivos inicialmente – poder judicante e administrativo -, passou-se à separação absoluta entre as manifestações de poder, de inspiração francesa, e voltou-se aos primeiros contatos, para alfim e até presentemente, debaterem-se as justificações das classificações dos ilícitos em penais e administrativos. A doutrina ainda se controverte em torno da natureza dos ilícitos penais e administrativos, o que não é obstáculo à continuidade do desenvolvimento do direito administrativo sancionador, mas pode se tratar de um instrumento auxiliar na densificação do conteúdo de cada um dos ramos do direito oriundos do *jus puniendi* estatal.

A fim de aclarar essas questões, premissas para a compreensão das fontes do direito administrativo sancionador e, como tal, das garantias e limites do exercício da potestade administrativa estatal faz-se necessária uma digressão histórica, a fim de situar o nascimento e o desenvolvimento do poder sancionador da Administração Pública e sua inter-relação com o direito penal.

1.2.1 Intercâmbios entre direito penal e direito administrativo na história: do direito repressivo de polícia ao direito administrativo sancionador

Neste ponto ver-se-á que a aproximação entre o direito penal e o direito administrativo vem de longa data. Com tentativas de separação, de trocas e de aproximação, partindo-se da história europeia à história brasileira observam-se as transformações dos modelos de Estado, o desenvolvimento de garantias penais, e migrações ou sobreposições de condutas do direito penal ao direito administrativo. Perceber-se-á a íntima proximidade que ambos ramos do direito desenvolveram na história, demonstrando ser, efetivamente, facetas do exercício do poder de punir do Estado.

O ponto de partida da construção do direito punitivo do Estado é a formação dos estados nacionais. O poder de polícia era o poder que controlava os cidadãos em todas as suas ações e a vontade da lei era a vontade do rei, dado inexistir separação entre poderes. Não havia divisão entre direito administrativo e direito penal. O poder punitivo se confundia com o próprio rei e

com a própria Administração Pública. Era o denominado Estado de Polícia.⁴⁶ Vigia o *Direito Repressivo de Polícia*.⁴⁷

Foi a Revolução Francesa, e seu modelo de Estado Liberal, ou Estado de Direito, o berço da delimitação do poder dos monarcas absolutos e da separação dos poderes, ocasião em que foram transferidas ao direito penal as infrações com as sanções mais gravosas, acompanhadas da criação do controle judicial e de um rol de garantias para imposição de restrição de liberdade aos cidadãos, para conter o arbítrio do Estado⁴⁸. O controle judicial não atingia a atuação administrativa, ante a dualidade de jurisdições criada – atividade jurisdicional e contencioso administrativo⁴⁹. Na Itália⁵⁰, Alemanha, Portugal, França, houve a penalização de ilícitos administrativos, isto é, a transferência de ilícitos administrativos ao direito penal, e a redução do âmbito de incidência do direito administrativo, ao passo que na Espanha houve a combinação de ilícitos em ambas esferas⁵¹. O Direito Penal ganhou bastante amplitude.

⁴⁶ CERVEIRA, Fernanda Pessôa. *Fundamentos do Poder Administrativo Sancionador: o Exame da Culpabilidade na Infração Administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, 133 páginas, p. 11;

“Altamente imbricado à ideia de arbitrariedade, o termo ‘polícia’ identificava-se, em sua origem, com o poder absolutista que detinham os monarcas. (SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza. *Dimensões do princípio ne bis in idem*, Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013, 294 páginas, p. 103.);

“Dá-se o nome de Estado de Polícia a este Estado Absoluto justamente por sua fundamentação, baseada na ideia de um Estado que, buscando a segurança e o bem estar coletivo, se auto-atribui as prerrogativas necessárias a este fim, incluindo nestas qualquer forma de discricionariedade considerada (pelo príncipe) necessária a esta consecução.” (VIDIGAL, Edson José Travassos. *Poder de Polícia: Uma Leitura Adequada ao Estado Democrático de Direito*. Brasília: Penélope Editora, 2012, p. 39-41.).

⁴⁷ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed., Madrid: Tecnos, 2012, p. 145. Também: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Vol. II. Revisão Técnica de Carlos Ari Sundfeld, tradução de José Alerto Fróes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 188.

⁴⁸ “La preocupación fundamental de aquellos momentos era la defensa de los derechos y las libertades individuales, y se pensaba que para que fuera efectivo su verdadero goce y disfrute, lo ideal era que la administración pública, y con ella el derecho administrativo, cuidaran de no interferir en las relaciones económicas, sociales y jurídicas que pudieran establecerse entre los particulares. (...) la administración pública sólo se limitara a mantener las condiciones generales imprescindibles para que los individuos pudieran actuar de manera plena y directa. Estamos así frente al llamado ‘Estado gendarme’, que no debe confundirse ni asociarse con el ‘Estado-policía’, ya que este último implica una situación totalmente opuesta a la del primero.” (ESCOLA, Hector Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989, pp. 22-23.)

⁴⁹ CERVEIRA, Fernanda Pessôa. *Fundamentos do Poder Administrativo Sancionador: o Exame da Culpabilidade na Infração Administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, 133 páginas, p. 14.

⁵⁰ ZANOBINI, Guido. *Le sanzioni amministrative*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1924, p. 32.

⁵¹ OLIVEIRA, Ana Carolina de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o Pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, 255 páginas, p. 91.

Com a evolução do sistema liberal para o Estado de Bem-Estar Social, notadamente após a Segunda Grande Guerra, há uma expansão do Estado, que passa a atuar em setores outrora voltados à iniciativa privada e se torna mais intervencionista, com uma ampliação das funções e do sistema sancionador.⁵² Ao lado disso, na França, na Alemanha, em Portugal e, posteriormente, na Espanha, há um movimento de descongestionamento do Direito Penal com a transferência de grande parte de condutas de menor ofensividade ao direito administrativo.⁵³ Neste período, o movimento de despenalização alumiu, na Europa, as tênues fronteiras ente ilícitos administrativos e penais⁵⁴, traçadas pelas novas decisões legislativas, questionando-se as concepções autoritárias do poder sancionador do Estado policial em comparação com os direitos e garantias individuais já desenvolvidos pelo direito penal. Ocorre a inflação do direito

⁵² “Si en el Estado Liberal el principio que regía la función del Estado era la limitación de la acción, el Estado Social tiene una participación activa. De un Estado guardian que no interfiere en el juego social se pasa a un Estado intervencionista. Con el devenir del Estado Liberal al Estado Social y Democrático de Derecho la función protectora del ius puniendi del Estado evoluciona hacia la protección de intereses menos individuales. Si en el Estado Liberal el ius puniendi del Estado era ejercitado para protección de intereses individuales, protegiendo los valores propios de una sociedad burguesa, con la transformación del modelo de Estado, y el acogimiento de la cláusula de Estado Social, se produce una ampliación de los intereses tutelados. La protección alcanza ahora a intereses colectivos, la tutela se hace extensiva a los llamados intereses difusos: medio ambiente, salud, consumo, etc.” (DEL TESO, Ángeles de Palma. *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 1996, p. 23.);

“Sin embargo, con el correr del tiempo y como resultado de la complejidad siempre creciente de las relaciones sociales y económicas, se pudo advertir que la posición abstencionista, que había generado un derecho administrativo también limitado, no servía para asegurar el efectivo goce de las libertades y derechos individuales, sino que, por el contrario, posibilitaba que, en la realidad, esas libertades y derechos fueran muchas veces desconocidos, vulnerados o restringidos impunemente.

(...)

Nacen así las primeras formas del intervencionismo estatal, y la administración pública irrumpe en terrenos que antes le habían estado claramente vedados, tomando a su cargo no sólo realizar obras, servicios y actividades, sino también regular, dirigir, limitar, fomentar, prohibir, y actuar sobre los particulares de una forma cada vez más directa, aunque siempre dentro del marco de la Constitución y de las leyes.” (ESCOLA, Hector Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989, pp. 23-24.)

Cf também: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 145; OLIVEIRA, Ana Carolina de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o Pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, 255 páginas, p. 90.

⁵³ PUERARI, Adriano Faria. *O Direito de Mera Ordenação Social Português como Rumo de Criação de um Espaço Próprio do Direito administrativo sancionador brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, pp. 64-69.

⁵⁴ “A partir do final dos anos 60, a corrente que defende uma distinção meramente formal foi ganhando força na Alemanha. A Reforma de 1968 descriminalizou diversas condutas, tornando algumas ilícitos administrativos. Assim, parecia, efetivamente, haver uma identidade entre os ilícitos, pois a mesma conduta que, anteriormente, era tida como crime, passou a ser considerada ilícito administrativo.” (COSTA, Helena Regina Lobo da. “O Sancionamento de Condutas entre a Judicialização e a Administração”. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; SANCHES, Rachel de Paula Magrini. (Orgs.) *Estudos de Direito Público*, Campo Grande: Contemplar, pp. 596-601, 2013, p. 597.)

administrativo e uma tendência de empréstimo, ainda imaturo⁵⁵, de garantias penais à esfera administrativa, o *direito penal administrativo*.⁵⁶

O *direito administrativo sancionador*, na esteira da ideia da unidade das potestades punitivas estatais, surge a partir da década de 60, por criação das Cortes Constitucionais Europeias, que já viam a gradativa aproximação dos princípios do direito penal ao direito administrativo pelos aportes da corrente do direito penal administrativo. Foram traspassadas as diferenças entre os ilícitos penal e administrativo, para reconhecer-se a unidade ontológica da ilicitude, o que culminou com o reconhecimento do *jus puniendi* único do Estado, emanado tanto da Administração quanto dos juízes, como expressões de uma só singularidade: o ordenamento punitivo estatal.⁵⁷

No Brasil, o primeiro modelo de Administração foi o Estado de Polícia trasladado da Metrópole no período colonial. A atividade de polícia abrangia toda atividade da Administração destinada à ordem da sociedade.⁵⁸ “O príncipe era detentor de um poder conhecido como *jus polititae* que designava tudo que era necessário à boa ordem da sociedade civil sob autoridade do Estado, em contraposição à boa ordem moral e religiosa, de competência exclusiva da autoridade eclesiástica”.⁵⁹ Seguiu-se um modelo de separação de poderes e de dualidade de

⁵⁵ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed., Madrid: Tecnos, 2012, p. 145.

⁵⁶ “El gran logro del Derecho Penal Administrativo – del que hoy tan pocos autores se acuerdan – fue el de arrancar las infracciones administrativas del gran bloque de la Policía y de acercarlas al ámbito del Derecho Penal, de tal manera que, aun sin integrarse en él, se acogieron a su influencia dogmática y se aprovecharon sus técnicas jurídicas. Situado en una zona fronteriza, el ilícito penal administrativo no podía renegar de su procedencia administrativa pero abrió sus puertas al Derecho Penal, colocandose – por así decirlo – bajo su tutela técnico-jurídica.” (NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed., Madrid: Tecnos, 2012, p. 128.); “Pero a fines del siglo XIX, con el advenimiento del liberalismo social, la Administración del Estado comienza a participar activamente en sectores de los que antes se había ocupado poco o en los que no había tenido presencia alguna; este incremento de la acción de la Administración comporto la necesidad de un mayor uso del instrumento coactivo, generando una proliferación de la legislación penal que fue ocasionando la hipertrofia del Derecho Penal y el colapso de los Tribunales. Como destaca Mattes, en esta relación de tensión, surgida por el encuentro de las concepciones del Estado policía liberal y las exigencias del Estado que se convertía en Administración, creció la teoría del derecho penal administrativo, ligada especialmente al nombre de James GOLDSHMIDT. La doctrina proponía, como mecanismo para resolver el problema que se estaba generando, segregar del cuerpo del Derecho penal un Derecho penal administrativo, y para fundamentar teóricamente esa solución se gesta la tesis de las diferencias cualitativas entre ilícito penal y administrativo. (...) el proceso despenalizador se orienta, guiado por exigencias garantizadoras, hacia criterios y principios penalísticos, lo que vendría a confirmar la identidad básica entre los dos órdenes punitivos.” (DEL TESO, Ángeles de Palma. *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 1996, p. 29.)

⁵⁷ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed., Madrid: Tecnos, 2012, p. 85.

⁵⁸ CRETELLA JUNIOR, José, *Direito Administrativo do Brasil: Poder de Polícia*. Volume IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961, p. 21.

⁵⁹ SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza. *Dimensões do princípio ne bis in idem*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013, 294 páginas, p. 103.

jurisdição administrativa e penal durante o Brasil-Império, uma espécie de contencioso-administrativo ao modelo francês, o que marcou a distinção entre as esferas dos ilícitos penais e administrativos⁶⁰. Cabia à Administração Pública impor restrições à propriedade e liberdade, pelo poder de polícia, cuja inobservância invocava a atividade sancionadora:

“Comquanto a aplicação do Direito Penal Commum seja de exclusiva competência do poder judicial, não se deve privar a administração da atribuição de reprimir e prevenir pela punição aquelles actos que, embora a consciência da nação algumas vezes os não quantifique como criminosos, oppoem tropeços ao desenvolvimento regular da ação administrativa e prejudicão a causa publica.”⁶¹

O advento da República trouxe consigo a jurisdição única, com controle da atividade administrativa pelo Poder Judiciário⁶², e, em meados do século XX, Ruy Cirne Lima menciona a existência do ramo do direito administrativo denominado direito penal administrativo⁶³, à luz da nomenclatura europeia, com distinções entre ilícitos administrativos e criminais. Alguns autores passaram a ensaiar uma maior aproximação entre os ramos do direito e o empréstimo de princípios originariamente pensados ao direito penal à atividade sancionadora administrativa⁶⁴.

⁶⁰ CERVEIRA, Fernanda Pessôa. *Fundamentos do Poder Administrativo Sancionador: o Exame da Culpabilidade na Infração Administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, 133 páginas, pp. 14-15.

⁶¹ RIBAS, Antônio Joaquim. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: F. L.Pinto e C. Livreiros Editores, 1866, pp. 156-157. Disponível em: [Microsoft Word - direito administrativo brasileiro antonio joaquim ribas vf.doc \(stj.jus.br\)](#).

⁶² CERVEIRA, Fernanda Pessôa. *Fundamentos do Poder Administrativo Sancionador: o Exame da Culpabilidade na Infração Administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, 133 páginas, pp. 24.

⁶³ Nominando a seara do direito administrativo punitivo Direito Penal Administrativo ou Direito Administrativo Penal, o autor não reconhece, à época, o empréstimo de princípios penais ao direito administrativo, sendo duas searas do direito bem separadas: “Assim é que, ao lado do Direito Penal comum, encontra lugar o Direito Administrativo Penal, secção ou província do Direito Administrativo, destinada precisamente àquele fim. (...) Não subsistem, no Direito Administrativo Penal, portanto, os princípios mais característicos do Direito Penal. Subsistem, certo, as noções fundamentais da violação da regra jurídica e da necessidade de reparação do mal causado. Mas os princípios de realização dessa restauração variam profundamente. Sob a inspiração própria do Direito Administrativo é que se enunciam as bases práticas do Direito Administrativo Penal. Esta secção do Direito Administrativo não se identifica, desta sorte, com o Direito Penal, nem se reputa ramo deste último; acusa, sem dúvida, algumas feições dele, que lhe foi origem mas encontra-se, por outro lado, indissoluvelmente integrada na economia de um outro sistema jurídico a cuja organização definitivamente pertence e a cujo ritmo evolutivo para sempre obedece.” (LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 4ª ed., Porto Alegre: Livraria Sulina, 1964, pp. 215 e 217.)

⁶⁴ HUNGRIA, Nélon. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, v. 1, n. 1, 1945, pp. 24-31; SUNDFELD, Carlos Ari. A defesa nas sanções administrativas. *Revista Forense*, v. 83, n. 298, p. 99-106, abr./jun. 1987.

Não há notícia de um movimento de despenalização de condutas no Brasil, à semelhança dos países europeus. Por aqui, a transposição de condutas ao direito administrativo nem sempre correspondeu à revogação da norma penal e a criação de crimes nem sempre foi acompanhada da revogação da norma de conduta administrativa, o que revela a sobreposição de condutas em um e outro ramo do direito, em uma expansão emparelhada do direito administrativo e do direito penal.⁶⁵

O direito administrativo sancionador, baseado na percepção do *jus puniendi* estatal único, somente aportou no Brasil, próximo à virada do século⁶⁶, pelas mãos de Fábio Medina Osório, que trouxe, de estudos sob a orientação do Professor Eduardo García-Enterría na Universidade Complutense de Madri, ideias advindas do desenvolvimento de um novo sistema jurídico pela doutrina e jurisprudência do além-mar.⁶⁷ Desse marco em diante, novos aportes teóricos foram feitos por outros autores⁶⁸ e fizeram-se as bases, com este nome, da ramificação do direito no Brasil.

1.2.2 Delimitação entre as esferas do direito penal e do direito administrativo sancionador

A ligeira incursão pelo desenrolar da história mostra um intercâmbio entre o direito administrativo e o direito penal em distintos momentos, ora com a transferência das condutas

⁶⁵ GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. “Princípios Processuais no Direito Administrativo Sancionador: um Estudo à Luz das Garantias Constitucionais”. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 109, pp. 773-793, jan/dez 2014, p. 776.

⁶⁶ Embora Nelson Hungria já mencionasse ser único o *jus puniendi* do Estado, não havia sido lançado o movimento teórico do direito administrativo sancionador.

⁶⁷ Prefácio com o signo de Diogo de Figueiredo Moreira Neto em OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 8ª ed. rev. e atual., São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2022, p. 17. Também menção parcial em MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral, Parte Especial*. 16ª ed. ver. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 91.

⁶⁸ Entre outros, citam-se: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Sanções Administrativas e Princípios de Direito Penal*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, n. 219, p. 127-151, jan/mar 2000; VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003; OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005; MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As Sanções Administrativas à Luz da Constituição Federal de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2007; VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, Interpretação e Aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2018; DEZAN, Sandro Lúcio. *Uma teoria do Direito Público Sancionador: Fundamentos da Unidade do Sistema Punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2021.

do direito administrativo ao direito penal, ora o contrário, em um movimento pendular; ora com a previsão singular de condutas vedadas, ora com a sobreposição de normas de conduta como forma de potencializar ou criar opções para a proteção a bens jurídicos, impulsionada por opções políticas e ideológicas do Estado. Nessa dinâmica, desenvolveram-se teorias que intentaram diferenciar a substância dos ilícitos penais e administrativos e que desaguaram na ideia de identidade substancial, com diferenças de grau, para, por fim, defenderem-se distinções de cariz apenas formal, como o órgão competente para aplicar a pena.

É certo que, como já se viu, que o núcleo normativo estrutural dos ilícitos não se distingue, posto serem as normas de conduta, tanto administrativas quanto penais, modais deônticos obrigatórios ou proibitivos, que protegem bens jurídicos, por meio da reação repressora estatal. Este entendimento, por si, já atrai a conclusão de haver uma única potestade sancionadora no Estado. Tal compreensão, porém, não exclui o debate sobre a roupagem que adereça cada um dos ilícitos, com distinções de texturas e tamanhos, ou seja, diferenças entre os bens jurídicos protegidos e, se os mesmos, quais medidas de proteção podem ser reservadas a cada qual.

Os debates são relevantes, pois lançam luzes sobre a política sancionadora estatal e delimitam o âmbito de incidência de garantias de um ramo do direito a outro. Se a identidade entre os ilícitos residir apenas em seu núcleo normativo essencial e houver distinções qualitativas e quantitativas quanto a elementos que a revestem, é possível cogitar, ainda que de *lege ferenda*, em políticas que atendam a um modelo que acomode devidamente os ilícitos em coerentes zonas epistemológicas, um problema não de todo jurídico, e propugnado por teóricos que criticam o expansionismo do direito penal.⁶⁹ Do contrário, se a identidade for absoluta, a

⁶⁹ Jesús-Maria Silva Sanches afirma que o direito penal atravessa uma crise. A legislação penal se expande com novos tipos incriminadores e o sistema penal, na prática, não dá conta de entregar à sociedade a prometida função ressocializadora da pena. A legislação se torna simbólica e retórica e a realidade concreta favorece o direito penal mínimo e a permanência mínima na prisão, o que pouco pode intimidar. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo*, tradução Roberto Barbosa Alves, São Paulo: RT, 2011, pp. 33-34.);

Cerezo Mir defende que o legislador deve reorganizar as matérias administrativas e penais de maneira lógica e proporcional. As condutas ilícitas mais graves e mais reprováveis devem se quedar no direito penal e as menos graves no direito administrativo: “Es urgente un replanteamiento por parte del legislador de los límites del Derecho penal y el Derecho administrativo. Entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo, entre la pena y la sanción administrativa, únicamente cabe establecer diferencias cuantitativas y el límite ha de ser trazado positivamente por el legislador. En la redistribución de la materia há de tener en cuenta de un modo primordial la gravedad de las infracciones desde el punto de vista material (desvalor ético-social o cultural) y, sólo en segundo término,

diferença entre eles residirá na autoridade competente para aplicação da sanção, uma distinção meramente formalista, que confere ampla liberdade à opção legislativa e integral identidade entre os regimes jurídicos limitadores da atuação estatal.

Não é essa, porém, a finalidade deste trabalho. Para o escopo que a esse se apresenta, o debate a ser ilustrado é relevante em face dos impactos sobre a transposição de garantias entre os ramos do direito, que podem ser vertidas automática e mecanicamente ou com modulações, a depender dos contornos e aproximações características dos ilícitos, como se verá em item posterior. A principal dificuldade do direito administrativo sancionador é “identificar quais princípios constitucionais ser-lhe-ão aplicados e até que ponto o serão”.⁷⁰

A premissa essencial adotada na classificação a ser exposta a seguir é a identidade ontológica entre os ilícitos administrativos e penais. A linha de intelecção perfilhada por este trabalho considera que todas as correntes a serem apresentadas veem uma identidade lógico-estrutural entre os ilícitos – normas de conduta com previsões sancionadoras em sentido estrito. As diferenciações ou aproximações a serem apresentadas referem-se tão-somente ao conteúdo material das normas e não à sua estrutura⁷¹, que já aproximam os ilícitos penais dos administrativos e tornam-nos institutos passíveis de comparação. Se nada tivessem a ver um com o outro, não faria sentido buscar outros critérios de aproximação ou afastamento (a

consideraciones de política criminal (la rapidez y eficacia de la sanción).” (CEREZO MIR, José. *Derecho Penal: Parte General*. 1ª ed. brasileira, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 79-80.);

Fábio Roberto D’Avila critica a falta de racionalidade da legislação penal, que invade campo que poderia ser preenchido pelo direito administrativo sancionador, virando um conjunto normativo meramente simbólico. (D’AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal: Escritos sobre a Teoria do Crime como Ofensa a Bens Jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 83.).

⁷⁰ “(...) la principal dificultad se encuentra en la determinación de que principios van a ser aplicados y, sobre todo, de hasta que punto van a serlo.” (NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed., Madrid: Tecnos, 2012, p. 132.)

⁷¹ Hector Escola explica que a ciência do direito ostenta três planos ontológicos – o estrutural, da norma jurídica; o sociológico, como um fenômeno social que o condiciona e que por ele é condicionado; e o axiológico, um quadro de valores aos quais o direito se encaminha. A identidade ontológica entre ilícitos administrativos e penais já apresentada remonta ao plano estrutural, havendo dois outros planos também da ciência do direito a orientarem as diferenças entre os ilícitos.

“En el objeto de esa ciencia, es decir, en el derecho, es posible descubrir la existencia de três capas ontológicas superpuestas, a saber: (a) una estructura media, constituída por el derecho como norma, como normación, como orden logicamente estatuído y con sus caracteres definitorios propios; (b) una infraestructura sociológica, em la que el derecho aparece como un fenómeno social condicionado y al mismo tempo condicionante; y (c) una superestructura axiológica, em la que el derecho aparece parangonado frente a um cuadro de valores, a cuyo logro se encaminha constantemente, sin dejar de ofrecer contramarchas y desviaciones aisladas, y que configuran la esencia de su ultima y necesaria justificación.” (ESCOLA, Hector Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 4.)

comparação com o ilícito civil, por exemplo, foi superada já pela desigualdade estrutural). Como ilícitos penais e administrativos são formados por normas punitivas, as comparações são pertinentes, a fim de se verificar até que ponto se identificam e viabilizar a delimitação do regime jurídico correspondente.

(a) Diferença substancial

São notadamente os teóricos do direito penal que tentam distinguir as esferas de atuação do direito penal e do direito administrativo. No século XIX, Feuerbach⁷² distinguia os “crimes propriamente ditos” dos “delitos de polícia”, sustentando que os primeiros consistem em violações ao direito natural, em desrespeito à vida, à liberdade, à propriedade do indivíduo, bens protegidos pelo Estado. Por sua vez, os delitos de polícia não contrariavam o direito natural, mas tão-somente regras de ordenação social, que representavam os fins mediatos do Estado.

No início do século XX, Goldshmidt⁷³ desenvolveu a teoria de diferenciação substancial entre os ilícitos, para assentar que os ilícitos penais eram naturais, ações que contrariavam o verdadeiro direito, permeadas por um desvalor ético, representando uma *lesão* a bens juridicamente tutelados (*damnus emergens*). Os ilícitos administrativos, a sua vez, não seriam

⁷² FEUERBACH, Anselm. *Tratado de derecho penal común vigente em Alemania*. Traducción al castellano de la 14ª ed. alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 56, *apud* SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza. *Dimensões do princípio ne bis in idem*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013, 294 páginas, p. 114; MAIER, Julio. El Derecho contravencional como derecho administrativo sancionador. In: PASTOR, Daniel, GUZMÁN, Nicolás (org.). *Problemas actuales de la parte general del derecho penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2010, p. 36, *apud* OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o Pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, 255 páginas, p. 103.

⁷³ GOLDSHMIDT, J. Le contravenzioni e la teoria del diritto penale amministrativo. In: LUCCHINI, Luigi (coord.). *Per il cinquantenario della Rivista Penale*. Città di Castello: Tipografia dell'Unione Arti Grafiche, 1925, p. 414, *apud* SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza. *Dimensões do princípio ne bis in idem*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013, 294 páginas, p. 114; GOLDSHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso I. Problemas fundamentales del derecho*. Barcelona: Marcial Pons, 2010, *apud* OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o Pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, 255 páginas, p. 103.

ações contrárias ao direito, nem a bens juridicamente tutelados, por não causadoras de danos. Seriam condutas eticamente neutras, que contrariavam interesses da própria Administração e, sem gerar efetivos danos a bens jurídicos, violariam normas de promoção da ordem e do bem-estar social, ou seja, violariam obrigações positivas que o cidadão teria para com a Administração na qualidade de membro da sociedade (*lucrum cessans*)⁷⁴.

Também do início do século XX, Max Ernest Mayer⁷⁵, ao invés de atrelar o direito penal a bens jurídicos oriundos do direito natural, preferiu falar em normas de cultura. Então, a distinção entre o ilícito penal e o ilícito administrativo seria a preexistência dos bens jurídicos tutelados pelo primeiro em normas de cultura, consistentes em proibições e mandatos destinados à proteção da vida, da saúde, do patrimônio, da integridade física, bens cuja proteção é demandada bem anteriormente a qualquer ordenamento jurídico. Ilícitos administrativos traduziriam condutas que não protegeriam bens jurídicos de cultura, mas normas jurídicas meramente criadas pelo Estado.

Entre os administrativistas, Otto Mayer⁷⁶, rejeitando expressamente a diferença entre as funções das penas no direito penal e administrativo, dizia que a autonomia do direito penal

⁷⁴ “O *lucrum cessans* surge, nesta medida, como característica distintiva do ilícito de natureza administrativa, de um ilícito desprovido de ofensa a um bem jurídico, porém erigido segundo a ideia da promoção de interesses públicos, logo de um ilícito que se faz qualitativamente diverso do ilícito penal. Enquanto este alcança legitimidade apenas quando, para além da oposição ao preceito normativo (dimensão formal), tem o seu objeto de proteção violado, na forma de uma ofensa ao bem jurídico, ou seja, um *damnus emergens* (dimensão material), ao ilícito administrativo, desprovido de bem jurídico, bastaria o não-atendimento às exigências normativas de promoção, bastaria um *lucrum cessans*. (D’AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal: Escritos sobre a Teoria do Crime como Ofensa a Bens Jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 85.);

Também explicando a doutrina de Goldschmidt, Guido Zanobini: “Lo Stato sarebbe l’organo dela società investita dela doppia funzione: di limitare l’attività individuale, determinando quali azioni siano illecite, e di attuare l’amministrazione, imponendo ai componenti la società una linea di condotta atta a realizzare il benessere e il progresso sociale. Reati, nel senso del diritto penale, sarebbero soltanto le azioni dalla legge dichiarate illecite; invece delitto amministrativo sarebbe solo il contravvenire a un obbligo positivo, che il cittadino ha verso l’amministrazione perchè membro dela società, e quindi parte di questa amministrazione. Così, il delitto amministrativo non è un delitto di danno, un *damnum emergens*, ma un delitto di mancato aiuto, un *lucrum cessans*: la mancanza al dovere di collaborare alla pubblica amministrazione, cioè al bene sociale. Per questo, mentre i reati del diritto penale si commettono con un’azione, i delitti amministrativi sono tutti delitti di omissioni.” (ZANOBINI, Guido. *Le sanzioni amministrative*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1924, p. 19-20.)

⁷⁵ MAYER, Max Ernest. *Rechtsnormen und Kulturnormen (in Strafrechtliche Abhandlungen von Beling, n. 50)*, Breslau, 1903, *apud* ZANOBINI, Guido. *Le sanzioni amministrative*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1924, p. 16-17; MAYER, Max Ernest. *Normas jurídicas y normas de cultura*. Traducción del alemán por José Luis Guzmán Dálbora. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, *apud* SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza. *Dimensões do princípio ne bis in idem*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013, 294 páginas, p. 116.

⁷⁶ MAYER, O. *Le Dr. Administratif Allemand*, vol. II, Paris, 1904, *apud* ZANOBINI, Guido. *Le sanzioni amministrative*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1924, p. 24.

administrativo decorria da natureza especial dos interesses protegidos (de polícia ou de finanças). Guido Zanolini⁷⁷ também dizia que todas as infrações eram passíveis de penas, que não havia distinção entre sanções administrativas e penais, mas reconhecia que infrações administrativas garantem diretamente interesses administrativos, pois as condutas infracionais violam direitos subjetivos da Administração e infrações penais garantem interesses do direito penal, e somente indiretamente interesses dos particulares e da Administração. A distinção estava nos interesses protegidos.

Mais recentemente, a tentativa de identificação das fronteiras entre os ilícitos penais e administrativos permanece em estudo. Manoel da Costa Andrade⁷⁸ reconhece o apequenado êxito das tentativas anteriores, mas afirma ser imprescindível uma distinção qualitativa, que deve orientar a atividade criativa do legislador. E Jorge Figueiredo Dias⁷⁹ distingue os ilícitos pelo desvalor ético-social da conduta, agudo para o direito penal e neutro para o direito administrativo antes da positivação normativa, já que, uma vez apostos na norma, todos os ilícitos se tornam ético-juridicamente relevantes, já que ofendem bens jurídicos.

Na Espanha, Santiago Mir Puig diz que os bens jurídicos penais devem ter importância fundamental para o funcionamento do corpo social, o que é uma exigência do Estado Democrático de Direito. Valores puramente morais ou interesses não fundamentais não podem

⁷⁷ “La forma però non influisce sul contenuto: e non si comprende come alcuno possa fare distinzione fra contravvenzioni amministrative e contravvenzioni ordinarie: le une e le altre sarebbero di carattere penale, ma le prime soltanto starebbero a garanzia d’interessi amministrativi, mentre le seconde riguarderebbero soltanto il diritto penale. (...)”

È intanto evidente che i doveri dei cittadini verso l’amministrazione, quando sono sanzionati soltanto penalmente, non corrispondono ad altrettanti diritti soggettivi di quella, ma piuttosto a interessi indirettamente protetti: ossia, il principio generale, per il quale la protezione penalistica è sempre una protezione indiretta, vale non solo per gli interessi dei privati, ma anche per quelli dell’amministrazione. Ai doveri, invece, sanzionati in via amministrativa corrispondono sempre dei veri diritti soggettivi dell’amministrazione verso i privati. Si tratta, naturalmente, di una differenza puramente giuridica (...).” (ZANOBINI, Guido. *Le sanzioni amministrative*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1924, pp. 34 e 39.)

⁷⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã). In: CORREIA, Eduardo; COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da; DIAS, Jorge de Figueiredo, COSTA, José de Faria; LOPES ROCHA, Manuel Antônio; MACHADO, Miguel Pedrosa; CAEIRO, Pedro. *Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários*. Vol. I – Problemas Gerais. pp. 75-107. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 104-105.

⁷⁹ Mais à frente diz que este critério não se aplica para ilícitos disciplinares que também são permeados por um desvalor ético social prévio à aposição na norma jurídica. (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 150 e 159.)

ser tutelados pelo Direito Penal.⁸⁰ E Silva Sánchez⁸¹ defende que o direito administrativo sancionador reforça a gestão administrativa, pois tipifica condutas de um modelo setorial ou ordinário de gestão. O direito administrativo sancionador serve para integrar o direito penal, porque ele tipifica condutas sob perspectivas mais genéricas, sem necessidade de que a conduta lesione efetivamente o bem jurídico, só que o coloque em perigo.

No Brasil, Fernando Capez diz que a “missão do direito penal é proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade”, e que, em um Estado Democrático de Direito, reitor da dignidade da pessoa humana, o direito penal somente deve regular e ser aplicado às condutas mais gravosas aos bens jurídicos tutelados. A intervenção mínima e a subsidiariedade são dirigidas tanto ao legislador quanto ao operador do direito: o legislador deve ter cautela ao eleger os comportamentos passíveis de repressão criminal e o operador do direito somente deve realizar o enquadramento

⁸⁰ Santiago Mir Puig explica que outrora somente se denominavam bens jurídicos interesses da vida prévios ao direito, os valores mais importantes no meio social. Somente depois se construiu a noção de bem jurídico no sentido dogmático, como os objetos protegidos pelo Direito. E, nos dias atuais, prossegue a defender que o Direito Penal deve proteger somente bens jurídicos que tenham algo mais do que um objeto qualquer do Direito ou quaisquer interesses morais que o Direito decida proteger. “Un Estado social y democrático de Derecho sólo deberá amparar como bienes jurídicos **condiciones de la vida social**, en la medida en la que afecten a las **posibilidades de participación de individuos** en el sistema social. Y para que dichos bienes jurídicos merezcan ser protegidos penalmente y considerarse bienes jurídico-penales, será preciso que tengan **importância fundamental**. Todo ello puede verse como una exigência del Estado social y democrático. El Derecho penal de un **Estado social** no há de ocuparse em respaldar mandatos puramente formales, valores puramente morales, ni intereses no fundamentales que no comprometen seriamente el funcionamiento del sistema social. El postulado de que las condiciones sociales a proteger deban servir de base a la posibilidad de participación de individuos en el sistema social, puede fundarse en el **Estado democrático**. (MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 8ª ed. Montevideo – Buenos Aires: Júlio Cesar Faira Editor, 2009, pp. 120-121.)

⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la Polícita Criminal em las Sociedades Postindustriales*. 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2006, p. 139-140, *apud* SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza. *Dimensões do princípio ne bis in idem*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013, 294 páginas, p. 116.

típico quando a questão não puder ser resolvida por outros campos menos agressivos do direito.⁸² No mesmo sentido, Paulo Cesar Busato⁸³.

Fábio Roberto D'Ávila defende a diferença substancial entre os ilícitos, que pertine ao bem jurídico protegido – em direito penal deve ser valor com status constitucional, para que seja apto a justificar a resposta de privação do valor constitucional da liberdade – e à efetiva lesividade da conduta no direito penal e não mera desobediência⁸⁴. Exemplifica com normas de trânsito e o porte de armas desmuniçada, quando a munição não está acessível de pronto. Há uma “diferente refração normativa da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo, que, em âmbito jurídico penal, encontra densidade na exigência (constitucional) de ofensa a um bem jurídico-penal”⁸⁵. No sentido da distinção substancial, também Edilson Pereira Nobre Júnior⁸⁶.

E Sandro Lúcio Dezan afirma a identidade ontológica entre os ilícitos, sustentando que a diferença de posicionamento de uma norma de conduta no direito administrativo ou no direito

⁸² CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, vol. I, Parte Geral (arts. 1º e 120)*, 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, pp. 45, 58-59. Também em CAPEZ, Fernando. *Limites Constitucionais à Lei de Improbidade*, São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 90-94;

Em outra passagem, ao tratar do conteúdo material do princípio da legalidade, Capez complementa: “O que se quer, na verdade, é a busca de um conceito, material, ontológico de crime, segundo o qual somente possam ser consideradas pelo legislador como delituosas as condutas que efetivamente coloquem em risco a existência da coletividade. Suponhamos, por exemplo, fosse criado um tipo penal definindo como criminoso o ato de sorrir, nos seguintes moldes: ‘sorrir abertamente, em momentos de alegria, nervosismo ou felicidade – pena de seis meses a um ano de detenção.’ Formalmente, estariam preenchidas todas as garantias do princípio da reserva legal: fato previsto em lei e descrito com todos os seus elementos. A “olho nu” esse tipo é, no entanto, manifestamente inconstitucional, porque materialmente a conduta incriminada não representa qualquer ameaça à sociedade.” (CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, vol. I, Parte Geral (arts. 1º e 120)*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 83.)

⁸³ O autor explica que pelo direito penal somente devem ser protegidos bens jurídicos essenciais “ao desenvolvimento do indivíduo em sociedade, contra um ataque suficientemente grave. E consoante a fragmentariedade, nem todos os bens jurídicos são protegidos pelo direito penal, somente os essenciais para o desenvolvimento do corpo social, de acordo com o consenso social sobre sua imprescindibilidade, de forma a compatibilizar o direito penal com o Estado Democrático de Direito; sob a subsidiariedade, o direito penal somente deve agir quando os demais ramos do direito forem incapazes de defender a sociedade. Ambos princípios são vertentes do princípio da intervenção mínima. (BUSATO, Paulo Cesar. *Direito Penal: Parte Geral*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 17, pp. 55-60.)

⁸⁴ D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal: Escritos sobre a Teoria do Crime como Ofensa a Bens Jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 95-100.

⁸⁵ D'ÁVILA, Fábio Roberto. “Ofensividade em Direito Penal: Escritos sobre a Teoria do Crime como Ofensa a Bens Jurídicos”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 103.

⁸⁶ “Não se duvida que crime ou delito e infração administrativa são entidades distintas em sua essência.” Mas pelo poder sancionador da administração ser também uma manifestação do poder punitivo do Estado, o autor situa o empréstimo de princípios constitucionais penais nas garantias do Estado Democrático de Direito: “Ademais, não é despidendo suster que as garantias constitucionais implícitas, inerentes ao Estado Democrático de Direito (art. 5ª, § 2º, CF), conduzem à aplicação, o quanto possível, dos postulados penais às faltas administrativas.” (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Sanções Administrativas e Princípios de Direito Penal*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, n. 219, p. 127-151, jan/mar 2000, pp. 128 e 130.)

penal se deve às espécies de bens jurídicos protegidos em cada um⁸⁷. Há identidade ontológica, de ontologia primária, lógica-estrutural, mas o conteúdo da norma de conduta é diverso, o que justifica sua acomodação em diferentes ramos epistemológicos:

“O direito é uno, indivisível em sua base ontológica. A essência dos direitos do Estado, da ordem normativa, é uma em suas balizas fundantes, que guarda uma lógica unitária decorrente dessa ontologia primária. Há uma essência lógica no Direito que o torna uno e divisível em ramos para, apenas, facilitar a sua compreensão setorizada, todavia, condicionada à finalidade normativa a que se propõe a concepção de cada sistema jurídico. Isto dá origem aos ramos jurídicos do Direito, para a adequada apreensão sistêmica setorial. Assim ocorre com o *jus puniendi* estatal.

(...)

Dentro do campo do direito público sancionador, a natureza do bem jurídico e o seu escopo de proteção são apontados como elementos para a distinção epistêmica entre os ilícitos administrativo e penal, na medida em que, conquanto espécies do gênero ilícito e levarem em consideração o bem jurídico tutelado pela norma, o ilícito administrativo atinge o Estado internamente ao passo que o ilícito penal, o ilícito de direito penal (os crimes e contravenções penais) atinge o Estado por meio de ofensa a toda a sociedade. Nestes termos, factível se esclarecer que ‘a essência desses institutos [ilícito administrativo e ilícito penal] está diretamente ligada ao bem jurídico atingido’.

O ilícito em sede de Administração Pública distingue-se do ilícito penal criminal pelo fato de o primeiro desencadear ou representar uma ofensa endógena ao Estado e o segundo promover ofensa exógena ao aparato estatal, agredindo diretamente a sociedade. ‘Ou seja: o ilícito administrativo puro possui em relação ao ilícito penal, a diferença de que o primeiro agride o Estado internamente, em seu aparelho funcional, ao passo que o ilícito penal o atinge como sínteses da sociedade’. Todavia conclui que, ‘em sentido lato, portanto, o bem jurídico atingido é sempre o interesse público’.

O critério proposto sob um aspecto conceitual material, constitui-se em importante ponto inicial de distinção das objetividades jurídicas abarcadas pelas normas penais e administrativas, definindo e reafirmando que, em que pese e por vezes um mesmo fato repercute nas diversas esferas do Direito (independência dos ramos das ciências jurídicas), apresenta-se com ofensas a objetividades jurídicas distintas. Como asseverado, para o direito administrativo, o ilícito desta natureza, qual seja, administrativa, configura-se atingindo o Estado internamente (mormente à vista de ser o Estado o gestor responsável pela concretização dos interesses públicos primários e secundários), ao passo que para o direito penal, o ilícito se aperfeiçoa atingindo o Estado externamente, ou diretamente em seu corpo social.

(...)

⁸⁷ “Constata-se uma ontologia unitária do sistema sancionador que surte efeitos, por exemplo, na própria identidade entre os ilícitos de direito público, **distinguindo-se apenas e em alguns casos pela espécie de sanção cominada que, por sua vez, depende dos níveis pretendidos de coerção e, não obstante, das espécies de bens jurídicos protegidos em cada ramo epistemológico.**” (DEZAN, Sandro Lúcio. *Uma teoria do Direito Público Sancionador: Fundamentos da Unidade do Sistema Punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2021, p. 5.)

Considerando a afirmação de o ilícito administrativo e o ilícito penal serem, a exemplo de outros ainda, espécies do gênero ilícito de direito público sancionador, verifica-se, de fato, apenas distinção epistemológica e não distinção em essência. Não há distinção ontológica.”⁸⁸

Do quanto posto, as diferenças apontadas passam pela preexistência dos bens protegidos pelo direito penal⁸⁹, pela reprovação ético-social das condutas, pela diferença de interesses ou de bens jurídicos protegidos⁹⁰ e, ulteriormente, pela lesividade da conduta frente ao bem jurídico. A lesão a direitos fundamentais de primeira dimensão, como a vida, a integridade física, a propriedade, a saúde é tomada, de início, como exclusividade do direito penal, como direitos propriamente ditos, direitos naturais ou culturais que preexistem à própria instituição da ordem jurídica. Posteriormente, reconhece-se que a diferença reside no desvalor ético-social da conduta, na violação a interesses do corpo social, e que somente valores mais importantes podem ser protegidos pelo direito penal, sob a condicionante da lesividade da conduta frente ao bem jurídico.

⁸⁸ DEZAN, Sandro. Princípios de direito administrativo sancionador. São Paulo: Tirant to blanc, 2022, pp. 27-29. Também em: DEZAN, Sandro. *Sanção administrativa e ne bis in idem*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 6.

⁸⁹ Paulo César Busato também explica a evolução histórica das concepções de bem jurídico: “Foram muitas concepções abordadas para tratar de definir o que se entende por bem jurídico; entretanto, todas essas tendências podem ser classificadas em duas: aquelas tendências que encontram sua posição além do Direito Positivo (transcendentalistas), de corte jus naturalista e político-criminal, nas quais o bem jurídico pode ser encontrado no Direito natural ou na natureza das coisas ou ainda na vida social ou cultural. Por outro lado, existem as que situam o bem jurídico dentro do sistema jurídico, na própria norma jurídica (imamentistas), quer dizer, as que sustentam que o bem jurídico não tem existência própria antes da norma, mas sim, nasce com ela. As tendências foram se sucedendo sempre voltadas a uma e outra perspectiva.” (BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um Direito Penal Democrático*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 45.)

⁹⁰ Héctor Escola explica que a norma de conduta justaposta a uma sanção, no direito administrativo, serve para que a Administração Pública cumpra os fins que lhe foram assinalados e se integram aos fins gerais do Estado, de buscar não apenas a liberdade individual, mas garantir que essa liberdade exista através da primazia do interesse público:

“(…) se trata, pues, tal como lo dijera kelsen, de una específica técnica social que provocará o tratará de provocar un estado social buscado, enlazando a toda conducta humana que aparezca en contradicción con ese estado social, un acto coactivo como consecuencia ineludible, motivando a los hombres a modificar o reemplazar aquellas conductas contradictorias con otras coincidentes o coadyuvantes con las finalidades que hayan sido establecidas. Es con este sentido que acabamos de expresar, en el paragrafo anterior, que el derecho administrativo está estructurado para possibilitar, facilitar y asegurar que la administración pública alcance y cumpla los fines que le hayan sido asignados, los cuales, a sua vez, se integran y se entroncan con los fines generales del Estado. (...) ya no se limita a establecer y garantizar la libertad y los derechos individuales, como una mera declamación, sino que procura alcanzar que cada hombre goce efetivamente de esa libertad y de esos derechos, a través de la primacía de um interés público(…)” (ESCOLA, Hector Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 21-22.)

(b) Identidade substancial e diferença quantitativa ou de grau

Há autores, também notoriamente penalistas, que defendem inexistir diferença de cunho substancial entre os ilícitos penal e administrativo no sentido de que todos protegem bens jurídicos⁹¹ e, por vezes, os mesmos bens jurídicos. A diferença é de proporção, dependente do grau de violação ao bem jurídico proporcionado pela conduta, que repercute nos níveis de punição correspondentes, em reação estatal contrária à conduta ilícita.

Na Alemanha, já durante o movimento de despenalização em meados da década de 60, já se sustentava a identidade substancial entre ilícitos penais e administrativos, em que ambos poderiam proteger os mesmos bens jurídicos. Haveria, no entanto, uma relação de gradação entre eles e a incidência da norma penal excluiria a incidência da norma administrativa, se o objeto de proteção de ambas fosse o mesmo⁹².

Na Espanha, Cerezo Mir⁹³ explica que o direito administrativo também protege os bens jurídicos tutelados pelo direito penal, por normas de conduta com estrutura similar. A diferença é quantitativa, atuando o direito administrativo também em situações valiosas, mas de forma preventiva, para impedir a produção de um dano. O direito administrativo também protege a vida, a integridade corporal e a propriedade, mas em situações passíveis de prevenção. E exemplifica o quanto posto com as leis da Administração regulatórias do trânsito, que visam a

⁹¹ Explica Nelson Hungria que todo preceito jurídico deve tutelar bens jurídicos, ao que se contrapõe a Goldshmidt que negava a qualidade de bens jurídicos aos bens protegidos pelas normas administrativas. Colaciona-se: “As normas de direito penal administrativo são, indiscutivelmente, normas jurídicas, ditadas no sentido de tutelar o interesse da administração. A ordem pública, ainda com simples objeto de cuidado da administração, é um interesse a ser protegido por esta, e, como adverte Von Hippel, desde que essa proteção se faz mediante preceitos jurídicos, tal interesse é um bem jurídico.

O ilícito administrativo, à semelhança do ilícito penal, é lesão efetiva ou potencial de um bem jurídico, pois, de outro modo, não se compreenderia a existência de um direito penal administrativo. Uma ação que não constitua um perigo, sequer in abstracto (como pretende Goldshmidt), a interesse juridicamente tutelado, não pode ser juridicamente reprovada ou incidir *sub poena*. O *lucrum cessans*, de que fala Goldshmidt, já seria, mais que um simples perigo de lesão, um autêntico *damnum* (...).” (HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, v. 1, n. 1, 1945, p. 24-31, p. 26).

⁹² D’AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal: Escritos sobre a Teoria do Crime como Ofensa a Bens Jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 89.

⁹³ CERREZO MIR, José. *Derecho Penal: Parte General*. 1ª ed. brasileira, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 73-74.

proteger a vida e a integridade física das pessoas. Em ambos campos, há condutas de conteúdo axiológico ou ético relevante.

Munoz Conde e García Arán⁹⁴ também sustentam inexistirem diferenças de conteúdo entre os ilícitos penais e administrativos, mas haver diferenças amparadas por critérios quantitativos, já que os ilícitos penais devem ostentar a maior gravidade de toda ordem jurídica e o direito penal deve ser erigido a *ultima ratio* de proteção de bens jurídicos.

No Brasil, Nelson Hungria, em 1945, já reconhecia a identidade de conteúdo dos ilícitos penal e administrativo, sustentando que a diferença entre eles é de grau, sendo o ilícito administrativo um *minus* em relação ao ilícito penal⁹⁵. Parte da doutrina penalista brasileira segue a mesma tendência, como Luis Régis Prado⁹⁶, Artur Gueiros e Carlos Eduardo Japiassú⁹⁷.

Os posicionamentos relatados mostram que é possível que tanto o direito administrativo quanto o direito penal busquem proteger os mesmos bens jurídicos. A diferença entre eles seria o grau da lesividade da conduta, que atrairia uma penalidade mais gravosa, como a privação de liberdade do direito penal⁹⁸, ou menos gravosa, ao que possível a regulamentação e previsão de sanção pelo direito administrativo. Estas posições parecem confundir-se com o entendimento de doutrinadores que proclamam uma distinção qualitativa entre os ilícitos baseada no princípio da lesividade da conduta. As distinções de grau são justamente fundadas neste princípio. Quanto maior a violação ao bem jurídico, em contrapartida, mais gravosa a pena, assentando-se em um ou outro ramo do direito.

⁹⁴ CONDE, Francisco Munoz; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: Parte General*. 6ª ed., Valência: Tirant to Blanch, 2004, pp. 74 e 76.

⁹⁵ HUNGRIA, Nélon. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, v. 1, n. 1, 1945, p. 24-31.

⁹⁶ “O delito e a infração administrativa têm um conteúdo material similar e idêntica estrutura lógica. (...) Entre crime e infração administrativa, portanto, existem apenas diferenças quantitativas ou de grau, nunca de essência.” (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14 ed. ver., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 74).

⁹⁷ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 13.

⁹⁸ “É óbvio que o Direito Penal, como mecanismo de controle social – porque ainda comporta a pena privativa de liberdade –, deve ser reconhecido como o instrumento mais gravoso de que dispõe o Estado.” (BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um Direito Penal Democrático*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 172.)

(c) Identidade substancial e diferença meramente formal

Há autores, sobretudo administrativistas, que sustentam inexistir qualquer diferença de conteúdo (bem jurídico protegido) ou grau (gravidade da violação ao bem jurídico) entre ilícitos penais e administrativos. A diferença entre eles é a escolha do legislador que, fundado em motivações de política criminal e não jurídicas, opta por acomodar as condutas em um ou outro ramo do direito. Não haveria diferença de reprovação ético-social nem de gravidade da conduta entre os ilícitos. Eles são absolutamente idênticos, ressalvadas formalidades concernentes à autoridade competente para imposição da resposta repressora⁹⁹, o que decorre de opções de discricionariedade legislativa. Com base neste entendimento, sustentam as transposições de garantias do direito penal ao direito administrativo.

Suay Rincón¹⁰⁰, ao notar o intercâmbio entre ilícitos penais e administrativos, qual seja, o movimento recíproco de uma infração administrativa se tornar um ilícito penal ou de uma infração penal se converter em ilícito administrativo, sustenta que essa mutação demonstra a identidade entre as figuras. E diz que ilícitos administrativos e penais são exatamente iguais. García de Enterría e Fernández¹⁰¹, sob semelhante prisma, afirmam que a única diferença entre o ilícito penal e o ilícito administrativo é a regra de competência sancionadora, sendo para um da autoridade judicial, e para outro, administrativa. Manuel Tomillo e Inigo Rubiales dizem que a identidade é substancial porque ilícitos administrativos e penais são ambos “manifestações da

⁹⁹ Há dissidências quanto ao argumento, a exemplo de Fábio Medina Osório, que afirma poderem algumas penalidades administrativas ser aplicadas pelo Poder Judiciário: “(...) as sanções administrativas não se confundem com as funções administrativas. Exemplo desta realidade ocorre também no âmbito da tutela dos direitos da infância e da juventude, onde há sanções administrativas aplicadas por autoridades judiciárias, como se sabe, em nosso ordenamento jurídico. E a função através da qual se aplicam tais sanções é tipicamente jurisdicional. Entendemos, portanto, que não se pode descartar a existência de sanções de Direito Administrativo aplicadas pelo Poder Judiciário (...).

(...) a nota distintiva da sanção será, além da presença da Administração Pública em um dos polos (como lesada) (...) 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”. (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 8ª ed. rev. e atual., São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2022, pp. 101 e 118.)

¹⁰⁰ SUAY RINCÓN, José. *Sanciones Administrativas*. Bolonia: Real Colegio de Espana, 1989, p. 95, *apud* SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza. *Dimensões do princípio ne bis in idem*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013, 294 páginas, p. 123.

¹⁰¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Vol. II. Revisão Técnica de Carlos Ari Sundfeld, tradução de José Alerto Fróes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 188.

postestade punitiva do Estado, outorgada por meio do contrato social para a tutela de bens jurídicos”¹⁰².

No Brasil, Miguel Reale Júnior¹⁰³, ao tratar do direito penal econômico, sustenta que não há distinção entre o ilícito penal e o ilícito administrativo em termos bens jurídicos e que a previsão em um ou outro ramo do direito depende de uma decisão político-legislativa. Helena Regina Lobo da Costa¹⁰⁴, ao tratar de direito penal ambiental, diz que não há distinções ontológicas entre ilícitos administrativos e penais e que a previsão nas diferentes esferas depende de critérios normativos e de técnica jurídica.

Régis Fernandes de Oliveira¹⁰⁵, embora endereçando o tema partir da ótica das sanções e penas, afirma que os ilícitos são ontologicamente idênticos e que a única diferença é o regime jurídico aplicável. No mesmo sentido, Rafael Munhoz de Mello¹⁰⁶, Heraldo Garcia Vitta¹⁰⁷, Fábio Medina Osório¹⁰⁸.

¹⁰² TOMILLO, Manuel Gómez; RUBIALE, Inigo Sanz. *Derecho Administrativo Sancionador: Parte General*, 3ª ed., Pamplona: Aranzadi, 2013, p. 94.

¹⁰³ REALE JÚNIOR, Miguel. *Despenalização do Direito Penal Econômico: uma Terceira via entre o Crime e a Infração Administrativa?* In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: v. 7, n. 28, 1999, pp. 116-129, p. 120.

¹⁰⁴ “Não há diferenças ontológicas entre as condutas consideradas ilícitas no âmbito administrativo e na esfera penal.” Porém, mais à frente afirma: “Pode-se verificar uma diferenciação entre o ilícito penal e o administrativo também na técnica jurídica adotada. O direito administrativo atua de forma qualitativamente diversa daquela do direito penal. (...) Trata-se de ilícitos diferentes entre si, não só no que se refere a sua estrutura normativa como também ao sistema em que se inserem. Essa constatação é fundamental, já que a indiferenciação entre o direito penal e o direito administrativo acaba se revelando como um convite para o legislador agir sem princípios. (...) A constatação de diferenças qualitativas no que tange ao ilícito e à técnica de proteção não tem como consequência a não aplicação de princípios e garantias ‘penais’ na esfera administrativa. Isso porque muitas dessas garantias não são exclusivas do direito penal, mas decorrem da simples imposição de sanções pelo Estado ao particular.” (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 202 e 205.)

¹⁰⁵ “Inexistindo diferença ontológica entre crime, contravenção e infração e entre pena e sanção, deve o jurista buscar, em dado formal, o critério diferenciador. Crime e contravenção são julgados por órgão jurisdicional, enquanto a infração, por órgão administrativo” (OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 52.) Embora em outro trecho afirme que o conceito de antijuridicidade é idêntico em todos os ramos do direito e que entre os ilícitos criminal e administrativo a questão seja de “grau de valores encampados pelo sistema, dependendo da maior ou menor repulsa do ordenamento jurídico à ação ou omissão antijurídica.” (OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 19-20.)

¹⁰⁶ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as Sanções Administrativas à Luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 106.

¹⁰⁷ VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 34.

¹⁰⁸ “(...) percebe-se uma enorme dificuldade em diferenciar ilícitos penais e administrativos pelo critério do conteúdo ou da qualidade das penas, salvo em raras limitações constitucionais, precisamente no que diz respeito às penas privativas de liberdade (...). **Diante da ausência de elementos diferenciadores no plano moral, ético ou qualitativo, percebe-se que a comparação dos elementos entre as infrações penais e administrativas conduziria a uma substancial identidade entre ilícitos penais e administrativos.** Pode um ilícito ser penal e no

Segundo esses teóricos, há uma opção discricionária do legislador, que não diferencia os graus de desvalor da conduta com os correspondentes graus de punição possíveis em uma ou outra esfera jurídica. Como se em ambas esferas jurídicas reinasse o mesmo peso repressor estatal. A refletir sobre este entendimento, seria de se cogitar a possível transferência de uma conduta gravíssima, como o crime ‘matar alguém’, para a tutela administrativa; ou a transposição para a seara penal de uma infração administrativa leve de trânsito, como ‘avançar sinal vermelho’, ou o posicionamento na seara penal da conduta ‘fumar em local fechado’, ou a transposição para a seara penal da conduta infracional do servidor público ‘faltar por 30 dias consecutivos ao trabalho’. Essas transposições hoje causariam, no mínimo, perplexidade.

Curioso é que alguns desses autores fazem as afirmações em defesa da identidade absoluta entre os ilícitos ao tratarem de condutas intermédias – não muito graves nem muito leves – sobre as quais paira uma zona de penumbra, em que há dúvida se devem ser tratadas pelo direito administrativo ou pelo direito penal, como o direito penal econômico e o direito penal ambiental. Mas não tratam de condutas excessivamente graves nem de condutas excessivamente leves, que conduzem a perplexidades ao se cogitar deixarem de integrar o catálogo normativo a que tradicionalmente pertencem.

Outra questão curiosa é que a identidade absoluta entre os ilícitos é aventada aparentemente para ensejar uma consequência desejada: a transposição das garantias penais para o direito administrativo. É como se somente com o reconhecimento da identidade absoluta entre atos ilícitos fosse possível admitir-se a existência de um *jus puniendi* estatal uno, garantista em todas as suas esferas. A premissa da identidade absoluta entre ilícitos administrativos e penais, contudo, e como já se viu, não é necessária para tal, pois a existência do *jus puniendi* estatal único é extraída da identidade ontológica entre as estruturas das normas de conduta tal qual desenhada pela teoria geral do direito – o ato ilícito é um só, é uma categoria

dia seguinte amanhecer administrativo e vice-versa, ressalvado, como dito, o caso do ilícito para o qual cominada pena privativa de liberdade.” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 8ª ed. rev. e atual., São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2022, p. 137). Ao que parece, o autor não se atentou que à maior parte dos ilícitos penais são cominadas penas privativas de liberdade, então, à luz do seu próprio raciocínio, parece que o intercâmbio entre ilícitos penais e administrativos não seria tão possível.

Mais à frente, prossegue a dizer que não são critérios filosóficos, históricos ou sociológicos que devem diferenciar os ilícitos penal e administrativo, pois ao Poder Legislativo é conferida ampla discricionariedade para delimitar as fronteiras do lícito e do ilícito e qual posição estarão na ordem jurídica. (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 8ª ed. rev. e atual., São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2022, p. 153.)

jurídica, e os ilícitos penal e administrativo se aproximam ante a função repressora da sanção - e não pelos contornos que recebe ao ingressar em cada ramo do direito¹⁰⁹. Nesse sentir, ainda que se afirme haver condutas que devam ser contempladas pelo direito penal, outras somente pelo direito administrativo sancionador, outras por ambos ou por qualquer dos ramos jurídicos, estarão submetidas ao *jus puniendi* estatal único, formado por garantias que irradiam sobre cada qual.

Fato é que a própria origem do direito administrativo sancionador está atrelada a esta linha de pensamento. Somente quando passou a ser defendida a inexistência de diferenças substanciais entre o ilícito penal e o ilícito administrativo é que foi despertada a atenção para a existência de um *jus puniendi* estatal único. Contudo, como se viu, a existência de uma única potestade sancionadora estatal não precisa estar atrelada a uma identidade absoluta entre os ilícitos. Tanto é assim que a ideia tem sido superada mesmo pelos tribunais e pela doutrina que sustenta a trasladação das garantias penais à Administração Pública¹¹⁰, sem ser abandonada a tese do supraconceito.

¹⁰⁹ “Sin embargo, en la actualidad, se ha de acometer el estudio del delito y la infracción administrativa teniendo presente que el concepto de ilícito es puramente normativo.” (DEL TESO, Ángeles de Palma. *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 1996, p. 31.)

¹¹⁰ “(...) después de haber afirmado la aplicación de principios penales a un Derecho ajeno (por causa de su pretendida identidad), se ven forzados los tribunales a recomendar prudencia en esta operación, una vez que han constatado que nos es tan certa la pretendida identidad ni es técnicamente posible la transposición automática o total de regímenes.” (NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed., Madrid: Tecnos, 2012, p. 145.);

Osório prefere questionar a ideia da existência do *jus puniendi* único, ao reconhecer que os regimes jurídicos penal e administrativo são diferentes, mas permanece a sustentar que os princípios constitucionais são aplicáveis às duas esferas do direito: “São múltiplas as razões pelas quais não se deve aceitar, sem maiores discussões, a tese do *jus puniendi* único do Estado, a saber, a configuração de unitário regime jurídico ao *jus puniendi* estatal. Mas a razão fundamental para a inconsistência teórica dessa suposta unidade reside na diversidade substancial dos regimes jurídicos dos mais diversos poderes punitivos do Estado.” Conclui que podem haver diferenças entre os regimes e que isso não desnatura a unidade do *jus puniendi*, porque há características essenciais que se mantêm: “(...) **a existência de diferenças, em grau acentuado**, justifica a invocação de regimes jurídicos distintos para realidades distintas, mas não se pode ignorar a possibilidade dos chamados ‘núcleos duros’ aos quais determinadas realidades normativas devem reportar-se, aí residindo eventual sentido de uma perspectiva unitária ou hierarquizada. (...) essas variações encontram um intransponível limite básico e fundamental, que é o que define a unidade de tratamento dogmático à matéria.” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 8ª ed. rev. e atual., São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2022, p. 147, 152-153.)

(d) Linha adotada

O debate ora exposto desvela a importância do desenvolvimento de uma explicação apta a posicionar os ilícitos penais e administrativos na ordem jurídica, não somente por razões de política criminal, de auxílio à tomada de decisão pelo legislador, senão para demarcação do regime jurídico pertinente ao processo de aplicação da norma ao caso concreto pela autoridade competente. Foram mais de duzentos anos de elaborações teóricas, que continuam se aperfeiçoando. Um olhar mais atento e complacente revela que as teorias não necessariamente se anulam nem se eliminam. Cada uma tem seu fundamento lógico, ainda que, ultrapassado o momento histórico, não mais façam pleno sentido.

Embora os substancialistas defendam que os ilícitos penais devem tocar os bens mais valorosos da sociedade, como a vida, a integridade física, a honra e o patrimônio, posteriormente evoluem para afirmar que também o direito administrativo pode tecer normas que protejam tais bens jurídicos, observando-se sempre a lesividade da conduta. É dizer: os bens mais importantes da sociedade podem ser cuidados tanto pela *ultima ratio* do direito se violados de forma grave, quanto por ramo mais tênue, que também estabeleça uma consequência negativa. Mas o contrário não é possível. Uma interpretação *contrario sensu* das afirmações dos teóricos substancialistas conduz à inferência de que bens jurídicos menos importantes ou que sejam levemente violados pela ordem jurídica não podem ingressar na esfera de proteção do direito penal, sob pena de violação do princípio da fragmentariedade¹¹¹ e da proporcionalidade¹¹². Não há uma zona de bens jurídicos exclusivos do direito penal, que

¹¹¹ O direito penal somente deve se ocupar da proteção de bens jurídicos, “identificados como essenciais ao desenvolvimento humano em sociedade”, lendo-se desenvolvimento humano o desenvolvimento individual. A fragmentariedade e a subsidiariedade (a intervenção penal se reserva a casos em que o controle por outras áreas do direito falharam) são características do princípio da intervenção mínima, que assim se sintetiza: o Estado “só deve intervir [penalmente] nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes.” **Não se trata de critério metajurídico, mas derivado do ideal democrático, em que somente as condutas mais gravosas serão penalizadas pela área que contém as penas mais danosas ao ser humano.** (BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um Direito Penal Democrático*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2013, pp. 167-171)

¹¹² Fernando Capez defende que é jurídico o critério de controle do conteúdo dos tipos penais e reside no princípio da dignidade da pessoa humana: “A criação de tipos penais que afrontem a dignidade da pessoa humana colide frontalmente com um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, em que se constitui a República Federativa do Brasil, previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal. Por esse motivo, a moderna concepção do Direito Penal não deve ser dissociada de uma visão social, que busque justificativa na legitimidade da norma legal.” (CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal. vol. I, Parte Geral (arts. 1º e 120)*, 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 83)

podem ser protegidos com maior ou menor intensidade, mas há uma zona de bens jurídicos, menos importantes, exclusivos do direito administrativo sancionador, que não devem ser tratados com o peso do direito penal. E essa é a contribuição que os substancialistas consignam até os dias atuais.

Já a doutrina reconhecadora de diferenças quantitativas entre ilícitos penais e administrativos contribui para delimitar as violações mais fortes e mais fracas aos mesmos bens jurídicos, com previsões de normas de conduta de intensidades distintas em ambas esferas jurídicas, aplicáveis conforme o grau de lesão. Os formalistas, em remate, contribuem para aclarar a existência de uma zona de penumbra, em que condutas de grau intermediário deixam dúvidas sobre a melhor esfera de alocação, podendo estar em qualquer delas.

Como se vê, todas as teorias apresentam a sua lógica e a sua serviência. Formam, em torno do direito penal e administrativo, círculos que se sobrepõem e somente deixam uma nesga de condutas leves e despidas de pertinência com o direito penal, para tratativa pelo direito administrativo. Os mesmos bens jurídicos podem ser tutelados pelo direito penal e pelo direito administrativo, mas com intensidades diferentes; em se tratando de bens jurídicos que inspiram proteção intermediária, podem ser tratados por um só deles à escolha do legislador; em se tratando de bens jurídicos sem pertinência temática com o direito penal, serão tutelados pelo direito administrativo. Não há bens jurídicos exclusivos do direito penal, mas há bens jurídicos que só cabem ao direito administrativo, em face do princípio da proporcionalidade e da fragmentariedade.

Esses bens jurídicos exclusivos do direito administrativo são evidenciados mormente quando tocam à estrutura *interna corporis* do Estado. “[O] ilícito administrativo puro possui, em relação ao ilícito penal, a diferença de que o primeiro agride o Estado internamente, em seu aparelho funcional (...)”¹¹³. Há ilícitos administrativos que protegem bens jurídicos caros à sociedade de forma mais ampla. Esses adentram no círculo sobreposto à possível previsão também pelo direito penal.

¹¹³ ARAÚJO, Edmir Netto de. “O ilícito Administrativo e seu Processo”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 30, *apud* DEZAN, Sandro Lúcio. *Uma teoria do Direito Público Sancionador: Fundamentos da Unidade do Sistema Punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2021, p. 17.

É notório que o direito administrativo sancionador tem experimentado uma expansão sem precedentes¹¹⁴. Há direito administrativo sancionador em áreas usualmente conhecidas, como o direito disciplinar, o direito tributário, o direito de trânsito. Mas a tutela do direito administrativo tem se expandido para mais setores, em face da modificação da sociedade que se torna mais complexa e repleta de riscos¹¹⁵, das novas funções albergadas pela Administração Pública e das mudanças no modelo de intervenção estatal, que passa de prestadora de serviços públicos e exploradora de atividades econômicas, a fomentadora e reguladora de atividades privadas, intervindo no convívio social de maneira indireta, pelo controle e pela indução¹¹⁶. Há regulações em áreas como direito do consumidor, direito econômico, direito ambiental, direito urbanístico, aviação, vigilância sanitária, saúde, cultura, educação, transportes, e com os movimentos de privatizações, regulam-se as águas, a energia elétrica, a telefonia. Há mais. O papel do Estado se redesenha e os novos traçados são acompanhados pelas estratégias de regulação social por meio de normas punitivas.

Em uma visão *externa corporis*, comumente, a intervenção da Administração Pública na vida dos particulares, designada doutrinariamente poder de polícia, compreendia as limitações à liberdade e à propriedade impostas pelo Poder Público. A categoria, contudo, deixa de albergar todas as manifestações de intervenção estatal na vida privada, posto que criado para um modelo de estado mínimo e liberal impositor de limites negativos à liberdade e à

¹¹⁴ VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, Interpretação e Aplicação*, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 26.

¹¹⁵ A propósito, pense-se nas aglomerações humanas nas cidades, que geram os riscos de proliferação de doenças, de acidentes de veículos; as novas tecnologias, como engenharia genética, energia nuclear, também com riscos; os efeitos que a extração de recursos não renováveis ocasionam, como o aquecimento global e seus riscos; Alejandro Nieto posiciona a infração administrativa entre a infração criminal e a infração civil. Diz que o direito civil já tem seu âmbito de atuação – de ressarcir prejuízos – bem definido e que o direito penal e o direito administrativo se distinguem pelas técnicas de atuação. Enquanto o direito penal utiliza técnica de prevenção do delito dirigida ao resultado, o direito administrativo sancionador previne o risco. Não castiga a lesão, mas a possibilidade de que uma lesão seja produzida. “Para el Derecho tradicional (Penal) la prevención se logra mediante la amenaza del castigo, que se supone há de disuadir a quienes se sienten inclinados a delinquir. Para el emergente Derecho Administrativo Sancionador, en cambio, la prevención no se dirige directamente contra el resultado, sino contra la utilización de médios adecuados a la producción de tal resultado. Por decirlo de una manera muy simple: delito será el incendio de um inmueble; infracción administrativa, la edificación con materiales inflamables que pueden provocar facilmente un incendio. La amenaza de la sanción administrativa es también disuasória (...), pero lo que se trata de evitar directamente no es el resultado lesivo concreto para el bien jurídico protegido, sino la utilización de médios idóneos para producirlo. No se trata, en definitiva de castigar la lesión, sino más bien de prevenir la posibilidad de que se produzca.” (NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed., Madrid: Tecnos, 2012, p. 148.)

¹¹⁶ LEITE, Fábio Barbalho. O Poder Normativo das Agências Reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandro Santos de. (Coord.) *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed. rev. e ampl., 2011, p. 315-357, p. 317.

propriedade. Passou a faltar na doutrina administrativa uma categoria para abarcar todas as manifestações do Poder Estatal. Por isso, estudiosos do ramo, como Carlos Ari Sundfeld, abandonando a categoria poder de polícia, assumem a tarefa de reclassificar as funções da Administração Pública e propõem a segregação das atividades administrativas em três categorias: (i) gestão; (ii) fomento; (iii) ordenação¹¹⁷. Essas três funções resolveriam a insuficiência da categoria poder de polícia e expressariam a possibilidade de imposição de sanções pelo Poder Público como forma de alcançar padrões de comportamento, sejam negativos, sejam positivos¹¹⁸.

No plano *interna corporis*, permanecem as categorias usuais da doutrina administrativista que atribui ao poder hierárquico e ao poder disciplinar a legitimidade para imposição de sanções. O poder disciplinar, fundado no poder hierárquico, é a prerrogativa estatal que admite a punição da prática de infrações funcionais aos servidores¹¹⁹, ferramenta necessária para a gestão de pessoal da Administração Pública.

Importa que *externa* ou *interna corporis*, em todas estas funções estatais está contido o poder sancionador do Estado. A variedade é incontável. Há infrações administrativas em setores onde sempre houve, infrações administrativas em áreas antes somente tuteladas pelo direito penal, infrações administrativas em novos setores.

São categorias com múltiplas funções, finalidades, regimes jurídicos, em um emaranhado complexo de funções, em que o ilícito administrativo não pode ser definido com uma única essência. Deve haver uma ampla margem de possibilidades de reflexão sobre as normas de conduta com previsões sancionadoras, pelo que não se descartam as teorias que

¹¹⁷ Segundo a classificação proposta, a primeira corresponde à função gerencial, de determinadas atividades prestadas diretamente pela Administração Pública, como os serviços e atividades eminentemente públicas, efetuados unicamente pelo Estado, os serviços sociais prestados paralelamente a particulares, as relações públicas com Estados estrangeiros, entre outros. A segunda respeita à atuação tendente a induzir comportamentos, mediante incentivos, e abarca a concessão de financiamentos, de incentivos fiscais, de bolsas de estudo. A terceira reúne todas as tarefas regulatórias dos particulares, com o uso de autoridade, em substituição à expressão poder de polícia. (SUNDFELD, Carlos Ari, *Direito Administrativo Ordenador*. 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 16.)

¹¹⁸ Mantendo a tradicional repartição dos poderes administrativos, Marçal Justen Filho situa no seio do poder de polícia, o poder dado à Administração Pública para aplicar sanções. “A sanção administrativa pode ser considerada como manifestação do poder de polícia. A atividade do poder de polícia traduz-se na apuração da ocorrência de infrações a deveres da mais diversa ordem, impondo à Administração o poder-dever de promover a apuração do ilícito e a imposição da punição correspondente.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 397.)

¹¹⁹ MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 12ª ed., 2ª tir., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 299.

foram alinhavadas¹²⁰, as quais, em verdade, se complementam ao alumiar o caminho do intérprete de cada ramo do *jus puniendi* estatal¹²¹ ou, mais precisamente, de cada sub-ramo do direito administrativo sancionador.

¹²⁰ Embora Ángeles de Palma del Teso afirme que estão superadas as teorias qualitativas e quantitativas de diferenciação dos ilícitos penais e administrativos, reconhece que há identidade de estrutura entre os ilícitos penais e administrativos, mas há certas diferenças de conteúdo entre o direito administrativo e penal, na linha do que se afirma neste trabalho. Aqui preferimos dizer que as teorias não podem ser descartadas, pois explicam justamente a diferença de conteúdo de ambos ramos do direito, que ostentam a mesma estrutura penalizante.

“Se concluye que la infracción controvertida era de naturaleza penal pues, por un lado, la norma infringida no se dirigia a um grupo determinado com um estatuto especial sino a todos los ciudadanos y, por outro, la sanción asociada a esa trasgresión tenía um doble carácter punitivo-preventivo. Esta identidade entre la sanción asociada a la infracción de uma norma penal y la asociada a la de uma norma administrativa, exige que los principios inspiradores de la atividade sancionadora penal informen la actividad sancionatoria de la Administración. (...)”

De todo lo que antecede, es posible concluir que en la actualidad se encuentran superadas las teorias de las diferencias cualitativas y cuantitativas entre ilícito penal y administrativo. Hoy podemos y debemos acometer el estudio del ilícito administrativo sin prejuicios, y **sin ruborizarnos al afirmar que existen ciertas diferencias con el penal. La tesis del ius puniendi único del Estado nos brinda un substrato de principios punitivos sobre el que edificar una teoria de la infracción administrativa que asegure adecuadamente el equilibrio entre el interés público y las garantías de las personas.**” (DEL TESO, Ángeles de Palma. *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 1996, p. 34-35.)

¹²¹ “La cuestión de saber si un comportamiento debe ser castigado según la ley penal **no debería ser resuelto de una manera categórica. Corresponde al legislador determinar lo que debe ser castigado por el Derecho Penal o por el Derecho Administrativo Penal.** Para fundar esta decisión, el legislador debería tomar em consideración vários criterios y, fundamentalmente, **el valor social en juego, la gravedad de danos o sua amenaza y la naturaleza y grado de la culpa.** (NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed. totalmente reformada. Madrid: Tecnos, 2012, p. 129. – grifos não originais);

“(...) sin apartarnos de la concepción normativa del ilícito, es posible abordar la cuestión de las diferencias entre delito e infracción administrativa desde outra perspectiva que, como dice TORO, no há sido destacada suficientemente. En nuestra opinión, se há de plantear la delimitación de ambos ilícitos desde uma concepción valorativo-normativa. El legislador, mediante uma apreciación estimativa, considerará si la conducta que desea elevar a ilícito debe considerarse merecedora de pena, o bien, de sanción administrativa.

Si desde luego es obvia la naturaleza normativa del ilícito, también lo es que el legislador en este proceso delimitador no debe actuar acriticamente, pues una correcta política punitiva exige que su decisión este fundada em uma valoración jurídica realizada através de um processo lógico prévio, en el que há debido **considerar um cúmulo de datos, tales como la naturaleza o significación del bien jurídico protegido y, em su caso, el reconocimiento que éste há tenido en nuestra Constitución, el comportamiento que lo pone en peligro, los efectos y consecuencias sociales de esse comportamiento y la reacción más adecuada frente al mismo.** Y si bien en la mayoría de los casos el criterio valorativo conduce a uma distribución que coincidiría com la cuantitativa, no tiene por qué ser siempre así. (...)”

Por otra parte, no podemos perder de vista que, además de diferir el régimen jurídico del delito y la infracción administrativa, la concepción social de ambos también es distinta. **La observación de la realidad nos muestra claramente que la reacción frente al delito lleva implícita una gran carga de reproche social y ético que, sin embargo, no arrastra la sanción administrativa.**(DEL TESO, Ángeles de Palma. *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 1996, p. 32-33.)

1.3 Objeto: normas de conduta com sanções de caráter punitivo

Os estudiosos do direito administrativo sancionador costumam partir da compreensão da figura da sanção para discorrer acerca do *jus puniendi* estatal. Este trabalho fez uma trilha diversa, partindo da compreensão do ato ilícito para elucidar a potestade sancionadora do Estado e até o item anterior dissecou o ato ilícito que integra o direito administrativo. Contudo, a figura da sanção é imprescindível para se firmar a existência do poder de punir. Normas de conduta sem previsão sancionadora não se encontram no campo de alcance do direito sancionador, veja-se o próprio nome. Faz-se necessário, pois, que se estabeleçam as noções de sanção evocadoras da incidência do direito administrativo sancionador, a fim de se completar a análise das normas de conduta objeto do ramo jurídico em estudo.

Sanção é um termo que pode ter diversas acepções, porque é gênero do qual são espécies diversas consequências previstas em lei para o descumprimento de uma norma de conduta. No início deste trabalho listaram-se séries de respostas conhecidas pela ordem jurídica ao descumprimento da norma de conduta, sem prejuízo de a inspiração criativa do legislador elaborar novas, desde que respeitadas as limitações constitucionais, a exemplo das vedações a penas perpétuas, cruéis, degradantes. São já conhecidas da ordem jurídica as sanções compulsórias, reconstitutivas, compensatórias, punitivas, preventivas, invalidantes.

Falar em ordem punitiva estatal, no entanto, não é falar em qualquer resposta da ordem jurídica ao descumprimento de normas de conduta. É falar em sanção de efetivo caráter punitivo, em medidas que necessariamente ostentem feição aflitiva, um tom de vingança, de retribuição com um mal, o que pode ocorrer com a restrição de direitos - como restrição de direitos patrimoniais mediante a aplicação de uma multa, ou de direitos políticos, com a suspensão de direitos políticos, ou a restrição de direitos ao exercício de certa profissão com a perda de cargo público – ou com a imposição de novos deveres. Sanções-castigo são as sanções *em sentido estrito*, elementos da norma de conduta objeto do direito sancionador.

As sanções variam em grau, a depender da importância da lesão ou da ameaça de lesão a bem jurídico prevista pela norma de conduta. As sanções são reflexos da ilicitude, pautados na proporcionalidade. Quanto mais importante um bem jurídico a merecer proteção, quanto

mais grave a violação ao bem prevista, mais grave será a sanção cominada. Há sanções administrativas muito graves, mas nenhuma se aproxima da privação de liberdade, sendo a liberdade direito mais caro à ordem jurídica em termos sancionadores, desde que eliminada a pena de morte¹²², que privava do próprio direito à vida. Assim, ainda que se afirme haver penas muito graves no direito administrativo sancionador, havendo infratores que preferem penas privativas de liberdade a penas administrativas, o raciocínio não descarta o intento da ordem jurídica de reservar ao direito penal as sanções de maior cunho aflictivo¹²³. Seria de se verificar a conduta praticada e a proporcionalidade da sanção administrativa, se devidamente pensadas pelo legislador. O raciocínio é objetivo¹²⁴.

Fato é que a potestade punitiva estatal, na qual se insere o direito administrativo sancionador, pressupõe a previsão normativa de conduta atrelada a consequências punitivas, que representem a vingança da sociedade contra o mal causado. Não são sanções do direito sancionador, por assim dizer, medidas aplicadas pela administração que visem o restabelecimento da legalidade ou que visem o restabelecimento do estado físico ou jurídico anterior, nem medidas tendentes a compensar danos produzidos ou forçar o fazimento da conduta correta¹²⁵. Exemplificativamente, não é sanção o fechamento de um estabelecimento

¹²² O Código Penal Brasileiro de 1830 extinguiu a pena de morte no Brasil;

“É óbvio que o Direito Penal, como mecanismo de controle social – porque ainda comporta a pena privativa de liberdade –, deve ser reconhecido como o instrumento mais gravoso de que dispõe o Estado.” (BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um Direito Penal Democrático*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 172.)

¹²³ Fábio Medina Osório chega a dizer que a pena de multa prevista pela norma penal é sanção atípica, “estranha às finalidades próprias do Direito Penal (...)”. (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 8ª ed. rev. e atual., São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2022, p. 111).

¹²⁴ Kelsen explica que o arquétipo da sanção é aplicar um mal ao destinatário, que normalmente é assim recebido; não significa que, na prática, seja sempre assim. Pode haver casos em que o mal não seja interpretado como tão mal assim, havendo diferentes visões sobre a norma por seus destinatários. (KELSEN, Hans. “Teoria Pura do Direito”, 8ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 35-36).

¹²⁵ Las sanciones han de imponer el mal como un castigo; o sea, que el perjuicio que causan al ciudadano es buscado, directa y deliberadamente, como una respuesta a la conducta ilegal realizada y como expresión del reproche que merece esa conducta. Es decir, el concreto mal causado por la sanción administrativa no realiza directamente lo necesario para proteger los intereses generales. Ese mal no sirve para restablecer la legalidad o la realidad física alterada o los valores lesionados, ni para compensar el daño producido, ni para imponer la conducta correcta. Todo esto, por el contrario, es lo característico de otras decisiones administrativas que no son sanciones administrativas propiamente dichas, por lo que no tiene ningún sentido aplicarles el régimen respectivo.

Por todo ello, los tribunales no consideran sanciones administrativas, entre otros ejemplos, las siguientes medidas administrativas: las que ordenan devolver subvenciones cuando el beneficiario no ha realizado la actividad prevista; la demolición de edificios contruídos contra las normas de urbanismo o las de protección del medio ambiente; la orden de cierre de establecimientos que no cumplen la normativa o no tienen la autorización administrativa necesaria; la retirada de productos del mercado por resultar peligro insalubres; las multas coercitivas; la compensación que los particulares hayan de pagar a la administración por los daños causados a sus bienes; los intereses de mora; etc.” (REBOLLO PUIG, Manuel et al. *Panorama del derecho administrativo*

que não tem autorização de funcionamento, não é sanção a apreensão de produtos com prazo de validade expirado, não é sanção a demolição de um prédio construído em desacordo com as normas urbanísticas, não é sanção a multa moratória com vistas a compelir o adimplemento da obrigação, não é sanção a invalidade de um ato administrativo produzido com vícios, não é sanção o ressarcimento de danos causados ao erário.

Tais medidas não atraem a aplicação do direito administrativo sancionador, embora tomem parte das atividades administrativas de gestão, fomento ou ordenação e até mesmo das atividades *interna corporis* da Administração. Não o fazem na qualidade de sanções punitivas e nem de expressões do direito administrativo sancionador. Para atrair o direito sancionador é imprescindível a presença de uma sanção-castigo, um prejuízo previsto como resposta a uma conduta ilegal, como manifestação de reprovação. Essa conformação, não se deve olvidar, é a que acomoda o direito administrativo sancionador sob o *jus puniendi* estatal.

A previsão de uma sanção afluiva, porém, não significa que essa não possa ter, simultaneamente, outras feições agregadas¹²⁶. O próprio direito penal, primeiramente castigador, suscita outras funcionalidades às penas abstratamente cominadas, que passam pela prevenção, subdividida em geral e especial, no sentido de que serviriam, respectivamente, para intimidar potenciais infratores e intimidar o próprio autor da ação a não reiterar a prática ilícita.¹²⁷ As sanções punitivas do direito administrativo sancionador também podem ter mais

sancionador em Espanha - los derechos y las garantías de los ciudadanos. *Estudo Socio-Jurídico*, Bogotá (Colombia), 7(1): 23-74, enero-junio de 2005, p. 25.)

¹²⁶ “Descabe conceituar sanção administrativa como uma medida com caráter ou finalidade puramente repressiva.” (OSÓRIO, Fábio Medina. “Direito Administrativo Sancionador”, 8ª ed. rev. e atual., São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2022, p. 116)

¹²⁷ (...) os doutrinadores têm procurado explicar o fundamento da pena por meio das chamadas correntes absolutas ou relativas e mistas ou unitárias. Sinteticamente, essas teorias gravitam em torno de duas premissas fundamentais: a retribuição e a prevenção.

Segundo as teorias absolutas, a pena é exigência de justiça. Quem pratica um mal, deve sofrer um mal. A pena se funda na justa retribuição, é um fim em si mesma e não serve a qualquer outro propósito que não seja o de recompensar o mal com o mal. Os filósofos Kant e Hegel foram os maiores teóricos desta corrente, tendo o primeiro formulado esta teoria do modo ilustrativo: mesmo que a sociedade civil com todos os seus membros decidisse dissolver-se teria, antes, de ser executado o último assassino que estivesse no cárcere, para que cada um sofresse o que os seus atos merecem, e para que as culpas do sangue não recaíssem sobre o povo que não haja insistido seu castigo. Hegel, por seu turno, desenvolveu a fórmula dialética sobre a essência da pena ser a ‘negação da negação do direito’. As teorias relativas, partindo de uma concepção utilitária da pena, justificam-na por seus efeitos preventivos. Significa dizer que a finalidade da pena não seria punir todos os crimes, mas prevenir todos os crimes. (...) Distinguem-se aqui a prevenção geral e a prevenção especial. Prevenção geral é a intimidação que se supõe alcançar por meio da ameaça da pena e de sua efetiva imposição, atemorizando possíveis infratores. Esta teoria tem em Anselm von Feuerbach o seu mais eloquente representante, o qual expressou, em seu influente

feições do que somente a repressão e a retribuição do mal; e até mais feições do que a prevenção geral e especial¹²⁸. Podem servir, por exemplo, para assegurar a ordem interna administrativa¹²⁹, podem ser ferramentas de gestão ou ferramentas institucionais, estratégicas para induzir comportamentos positivos dos destinatários da norma¹³⁰.

Em suma, o direito administrativo sancionador trabalha em um campo de normas de conduta permeado por preceitos primários e bens jurídicos muito diversificados, mas que sempre ostentam em seu preceito secundário uma sanção de caráter punitivo. A finalidade repressora pode ser combinada com outros propósitos vocacionados à proteção e ao desenvolvimento da função administrativa em cada uma de suas amplas esferas de atuação. Essa pluralidade é relevante, não como mera compreensão da complexidade do direito administrativo sancionador, mas pelos reflexos sobre a composição do regime jurídico próprio. As diversas possibilidades de sanção, variantes em grau, em função, em espécie, são fatores

Tratado, toda a sistemática da coação psicológica da pena. Para ele, até mesmo quando se está a executar uma determinada sanção sobre alguém, objetiva-se, na verdade, transmitir os seus efeitos dissuasórios à coletividade. A prevenção especial atua sobre o autor do crime, para que não volte a delinquir. (...)

Há, ainda, as teorias mistas ou unitárias, que combinam as teorias absolutas e as relativas, que não seriam excludentes entre si. (...)” (SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. “Curso de Direito Penal: Parte Geral”, 2ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 8-9.);

Alice Voronoff explica que a função preventiva das sanções é explicada pela teoria dissuasória, a qual analisa os indivíduos segundo a racionalidade econômica. Indivíduos racionais pautariam suas ações pelos custos benefícios, sendo a punição o preço a ser pago pelo ilícito. Se a pena não valer frente ao benefício obtido com a conduta ilícita, ele seria dissuadido do desejo de descumprir a norma. “É uma abordagem “prospectiva ou *forward-looking*, já que a sanção existe como um fator de criação de custos dirigidos a seres e instituições racionais”. (...) Por seu turno, a função repressiva da pena, concebida desde a lei de talião, fundar-se-ia na reprovação moral por meio de um castigo proposta por Kant ou na formulação dialética de Hegel, que defende o ordenamento jurídico é a tese, o ato ilícito é a negação ou antítese, e a pena é a negação da negação, ou a síntese, o que restauraria a ordem jurídica violada. É um “modelo pautado em uma abordagem retroativa ou *backward-looking*. A punição se justifica, primariamente, não para coibir comportamentos futuros não desejados, mas para castigar o infrator pelo desvio ético-moral já cometido”. (VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, Interpretação e Aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 89-90.)

¹²⁸ A função preventiva geral e especial da sanção administrativa é reconhecida pela doutrina. (COSTA, Helena Regina Lobo da. “Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal: A Necessidade de Desenvolvimento de uma Política Sancionadora Integrada”, In: BLAZECK, Luiz Maurício Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coord.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 112.)

Em sentido contrário: “Por outra parte, no debemos olvidar que entre los fines de la pena [do direito penal] se encuentran por mandato constitucional la reeducación y reinserción social, cumpliendo la pena una función de tratamiento. Sin embargo, la reacción frente al ilícito administrativo no comporta esta carga adicional y, además, la sanción es fundamentalmente pecuniária.” (DEL TESO, Ángeles de Palma. *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 1996, p. 33.)

¹²⁹ Como se verá em capítulo posterior.

¹³⁰ VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, Interpretação e Aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 106.

que auxiliam a tarefa de interpretação para configurar os lindes do direito administrativo sancionador.

1.4 Fontes: princípios constitucionais norteadores da atuação punitiva do Estado recebidos com matizes próprios

A formulação teórica da unidade do *jus puniendi* estatal permitiu a aproximação do direito administrativo, expresso na cominação de sanções, com o direito penal. A aproximação fez-se necessária pois o direito administrativo em sua vertente punitiva não foi originalmente refinado com princípios que protegessem o indivíduo contra abusos praticados pelo Estado nem com ferramentas de aplicação de normas de conduta ou com técnicas que permitissem a interpretação das nuances do comportamento ilícito para criteriosamente se aferir o cabimento da sanção¹³¹. Todos temas já estavam deveras lapidados no âmbito penal.¹³²

O direito administrativo sancionador, originariamente nascido na Espanha, aporta no Brasil já no alvorecer do século XXI, para encetar uma nova seara no direito administrativo que permite um movimento de integração com o direito penal. Partindo do eixo comum do *jus puniendi* estatal, fundado na identidade entre ilícitos penais e administrativos, que, como se viu, pode ser estrutural e não necessariamente substancial, é estabelecida uma associação com o direito penal, que não implica a identidade de regimes jurídicos.

Dessa associação resultam as fontes ou meios que positivam as normas jurídicas e revelam a ossatura do regime jurídico que inspira a aplicação das sanções pela Administração

¹³¹ Sundfeld, em momento anterior à Constituição de 1988, já chamava a atenção para a ausência de procedimento para aplicação de sanção administrativa. (SUNDFELD, Carlos Ari. A defesa nas sanções administrativas. *Revista Forense*, v. 83, n. 298, p. 99-106, abr./jun. 1987, pp. 102-103.)

¹³² “Deste modo, a imensa lacuna que supunha a ausência de um quadro normativo geral que definisse os princípios gerais de funcionamento das sanções administrativas e de sua aplicação se encontra suprida por essa remissão geral (...) aos princípios da ordem penal, o que é de uma extraordinária importância prática como é fácil entender.” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Vol. II. Revisão Técnica de Carlos Ari Sundfeld, tradução de José Alerto Fróes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 192.)

Pública. O eixo comum das manifestações da potestade sancionadora do Estado irradia princípios e permite o empréstimo de técnicas operacionais e, que dirá, de disposições do direito penal, o que, como se verá, não significa dizer que direito penal e direito administrativo detém idêntico regime jurídico. O direito administrativo sancionador é ramo do direito com regime jurídico próprio e ainda em construção.

A doutrina espanhola¹³³ já reconhece serem fontes do direito administrativo sancionador: (i) princípios constitucionais comuns, matizados e adaptados às peculiaridades de cada ilícito administrativo; (ii) disposições legais do direito administrativos sancionador, de caráter geral ou específico; (iii) regras do direito administrativo; (iv) princípios do direito penal devidamente adaptados, diante do silêncio ou das lacunas da lei administrativa.

Os princípios constitucionais são o núcleo imprescindível do regime. São, objetivamente, as diretrizes que orientam a elaboração e conformam a validade da legislação ordinária; abaixo deles estão as regras próprias do direito administrativo sancionador, seguidas pelas regras do direito administrativo geral, aplicáveis caso inexistam regras específicas de direito público punitivo; e, por último, a lacuna ou o silêncio das três primeiras fontes convidam a integrar o direito sancionador os princípios e técnicas do direito penal.

O reconhecimento da existência de princípios constitucionais comuns é o foco deste estudo. Essa razão faz não ser aprofundada a investigação das demais fontes citadas em cotejo com a doutrina e a jurisprudência brasileiras. Acerca dos princípios, objeto deste estudo, outrossim, a doutrina brasileira é pródiga em afirmar que os princípios constitucionais dedicados à pena, ideados originalmente ao direito penal, devem ser lidos de maneira mais ampla, pois pertencem ao *jus puniendi* estatal e não apenas a uma de suas ramificações.¹³⁴ E

¹³³ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed., Madrid: Tecnos, 2012, p. 146.

¹³⁴ Cf. VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003; OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005; MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As Sanções Administrativas à Luz da Constituição Federal de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2007; OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 8ª ed. rev. e atual., São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2022; DEZAN, Sandro Lúcio. *Uma teoria do Direito Público Sancionador: Fundamentos da Unidade do Sistema Punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2021;

Rafael Munhoz de Mello diz que os princípios constitucionais são de direito sancionador e não propriamente do direito penal. São consectários do princípio do Estado de Direito. Princípios como a legalidade, a tipicidade, a irretroatividade, a culpabilidade, o *non bis in idem* e o devido processo legal, são expressões do Estado Democrático de Direito e, como tais, integram a ordem constitucional, ainda que a Constituição Federal não lhes fizesse qualquer referência, ocasião em que estariam implícitos. (MELLO, Rafael Munhoz de Mello. *Princípios*

mesmo aqueles que contestam a tese do *jus puniendi* único, pois importada do direito alheio, ainda admitem a transposição de princípios constitucionais originalmente penais ao direito administrativo de sanções, que restringem o direito dos particulares, pois na Constituição está contido um conjunto mínimo de garantias de proteção do indivíduo contra o arbítrio estatal¹³⁵.

É que o discurso do *jus puniendi* único não contraria a tendência, pós advento da Constituição de 1988, de se conferir protagonismo aos direitos fundamentais e ao ideal democrático, elementos estruturantes do Estado Democrático de Direito, que impactam e reformulam continuamente diversos ramos do direito, inclusive o direito administrativo. Os princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal ingressam e conduzem todos os ramos do direito.¹³⁶

O direito administrativo, que outrora mais orbitava da ordem constitucional¹³⁷, ganhou verdadeiro assento na Carta Maior e tornou-se imediato receptor de afluxos da normatividade suprema. A dogmática administrativa passou a ser relida à luz dos vetores axiológicos da Constituição ou dela receber comandos diretos. O fenômeno da constitucionalização do direito administrativo, inserido no seio do “giro democrático-constitucional” do direito público¹³⁸, fez da Constituição o fio condutor de todo o sistema e de toda atuação estatal.

Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As Sanções Administrativas à Luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 103-105.)

¹³⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida da política sancionadora integrada.* Tese (Concurso de Livre Docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, 261 páginas, pp. 177-178; COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental.* São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 205 e 208.

¹³⁶ “A passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico representa a grande força motriz da mudança de paradigmas do direito administrativo na atualidade. A supremacia da Lei Maior propicia a impregnação da atividade administrativa pelos princípios e regras naquela previstos, ensejando uma releitura dos institutos e estruturas da disciplina pela ótica constitucional.” (BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista brasileira de direito público RBdP*, v. 4, n. 14, p. 9-53, jul./set. 2006.);

“(…) há um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico.” (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 9, março/abril/maio 2007, Salvador/BA, p. 12. Disponível em: www.sentidounico.com.br. Acesso em: 11 de junho de 2022.)

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 9, março/abril/maio 2007, Salvador/BA, p. 12. Disponível em: www.sentidounico.com.br. Acesso em: 11 de junho de 2022.

¹³⁸ “Em verdade, todo arcabouço teórico do direito administrativo tem os seus contornos redefinidos pelos dois pilares estruturantes do Estado constitucional contemporâneo: o sistema democrático e o sistema de direitos fundamentais. Enquanto o sistema de direitos fundamentais viabiliza a autodeterminação individual, o sistema democrático viabiliza a autodeterminação coletiva, sendo ambas manifestações da autonomia privada e pública

E não poderia ser diferente em se tratando da atividade administrativa sancionadora do Estado. Na esteira das transformações democráticas dos países europeus, a virada democrático-constitucional brasileira também impactou o regime de direito punitivo nacional. Os princípios constitucionais foram trazidos para dentro do regime administrativo. E se vê que não somente princípios gerais aplicáveis à Administração Pública, como também princípios que inicialmente foram concebidos como garantias individuais contra o arbítrio da potestade penal. Embora trazida do exterior, a tese do *jus puniendi* único não contraria a inclinação garantista do direito administrativo brasileiro. É congruente com o movimento brasileiro, que proclama um núcleo de garantias individuais constitucionais também contra atuação arbitrária da Administração Pública.

Mais e mais têm se proclamado que os princípios penais integram o conjunto de garantias constitucionais ou, segundo a tese estrangeira, o *jus puniendi* estatal, e não se tratam de garantias somente voltadas a imposição de penas sob a vertente punitiva criminal. Sucede que o cruzamento da fronteira com o direito administrativo sancionador não pode ser feito de maneira mecânica, embora assim muitos idealizem. Há dificuldades de cariz tanto teórico quanto prático¹³⁹, seja porque a tese do *jus puniendi* estatal assentava-se prefacialmente na premissa da identidade substancial entre os ilícitos administrativos e penais, que não se sustenta, seja porque a atuação administrativa sancionadora é de veras heterogênea, havendo diversas classes de atividades, de ilícitos, de sanções¹⁴⁰.

dos cidadãos. Todo debate em torno da legitimidade da autoridade do Estado e do direito converge, hodiernamente para as relações de interdependência entre esses dois elementos, essenciais para o respeito, proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. (BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 43-46.)

¹³⁹ O direito administrativo, demais do giro democrático-constitucional, também sofreu o giro pragmático, na medida em que as decisões administrativas passaram a dever deferência às consequências práticas decorrentes, devendo a autoridade se preocupar com os problemas concretos a serem solucionados ou eventualmente criados pela decisão (art. 20, da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, Lei 13.655, de 2018). “O arcabouço teórico do direito administrativo contemporâneo está alicerçado na constante busca pela conciliação das preocupações pragmáticas com as conquistas do giro democrático-constitucional.” O pragmatismo sela o compromisso com a democracia e os direitos fundamentais, pois evita que as disposições constitucionais se tornem meros ideais discursivos e, isto sim, criem uma realidade concreta possível. (BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 63-70.)

¹⁴⁰ “É fato que o caráter sancionatório permite aproximações com o direito penal; mas desde que isso auxilie na elaboração de um ferramental próprio para o direito administrativo. A contribuição deve ser para integrar. E poderá sê-lo em graus distintos, de acordo com o ramo do direito administrativo sancionador a ser considerado.”

As próprias Cortes europeias, pioneiras na inauguração do direito administrativo sancionador, embora muito empolgadamente tenham encetado a ideia da ampliação irrestrita do alcance dos princípios constitucionais, tiveram de ser mais cautelosas, diante das consequências que viam prenunciadas pela aplicação imponderada de princípios idealizados para a vertente penal a ramo do direito com diversa estrutura¹⁴¹.

O direito administrativo sancionador não é o direito penal, com ele não se confunde. É ramo autônomo dotado de estrutura e objetos próprios, embora irmanado ao direito penal por um pai comum. Os princípios constitucionais irradiam seus efeitos de maneira distinta a cada um dos ramos do direito público punitivo. Há um núcleo mínimo essencial decorrente da estrutura principiológica do Estado Democrático de Direito, mas o conteúdo dos direitos e garantias fundamentais variam em torno dele:

“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 do debate sobre o Direito Público Punitivo.”¹⁴²

Por isso, cautelas e reservas devem ser inseridas no processo de recepção dos princípios e garantias constitucionais. Cada sistema deve ser colorido com matizes adequados, de modo a serem construídas as bases de um sistema coeso, detentor de unidade, que se sustente no porvir e não vacile às vicissitudes vindouras. Eis o desafio do preenchimento do conteúdo do direito administrativo sancionador:

“A recepção dos princípios constitucionais da ordem penal pelo Direito Administrativo Sancionador não pode fazer-se mecanicamente e sem matizes, isto é, sem ponderar os aspectos que diferenciam a um e outro setor do ordenamento jurídico. (...)
(...)
O difícil, contudo, é graduar com precisão a diferente intensidade de tais matizes, para o que não parece existir um critério geral.”¹⁴³

(VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, Interpretação e Aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 116-117).

¹⁴¹ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed., Madrid: Tecnos, 2012, p. 136-137.

¹⁴² OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 8ª ed. rev. e atual., São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2022, p. 158.

¹⁴³ No original: “La recepción de los principios constitucionales del orden penal por el Derecho Administrativo Sancionador no pueden hacerse mecanicamente y sin matices, esto es, sin ponderar los aspectos que diferencian a uno y otro sector del ordenamento jurídico.

Cada linha punitiva recebe, pois, os influxos constitucionais a sua maneira. Mas não de qualquer maneira. Os princípios e critérios penais são recebidos com “atenuado rigor e maior flexibilidade”¹⁴⁴ pelo direito administrativo sancionador. A identificação da exata medida em que recebidos configura, porém, o problema vigente.

A solução para o imbróglio pode ser norteada por alguns critérios, já sinalizados pela Corte constitucional espanhola, tais como a verificação das diferenças substanciais entre os ilícitos¹⁴⁵ - haja vista inexistir identidade absoluta entre o ilícito penal e o ilícito administrativo -, pela natureza e função das sanções aplicadas e pela medida necessária para garantir os direitos fundamentais.¹⁴⁶

É que, de um lado, devem ser respeitadas as garantias e direitos dos particulares, em sua defesa contra o arbítrio estatal; de outro, deve ser mantido o compromisso de concretização das funções conferidas ao Estado para consecução do interesse público¹⁴⁷, inspiradas na eficiência, no dinamismo, na economicidade, na probidade¹⁴⁸. É dito que a atuação administrativa visa de forma imediata a satisfação das necessidades da comunidade e dos indivíduos que a integram,

(...)

(...) Lo difícil, con todo, es graduar con precisión la diferente intensidad de tales matices, para lo que no parece existir um critério general.” (NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed., Madrid: Tecnos, 2012, p. 137.)

¹⁴⁴ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed., Madrid: Tecnos, 2012, p. 136.

¹⁴⁵ A doutrina que nega o critério da diferença substancial entre ilícitos cerra a própria saída e acaba concentrando a discussão em torno do órgão que aplica a sanção, se administrativo ou judicial, ao argumento de que teriam funções de caráter institucional e constitucional distintas. (NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed., Madrid: Tecnos, 2012, p. 136.)

¹⁴⁶ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed., Madrid: Tecnos, 2012, p. 136-138.

¹⁴⁷ “El interés público (...) es no sólo la suma de uma mayoría de intereses individuales coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, sino también el resultado de um interés emergente de la existencia de la vida em comunidade, en el cual la mayoría de los individuos reconocen, también, um interés próprio e directo. (ESCOLA, Hector Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 31.)

Discorrendo comparativamente sobre as teorias que buscam conceituar o interesse público, cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 26, São Paulo: Malheiros, p. 115-136, 1999; HAEBERLIN, Martín. *Uma teoria do interesse público: fundamentos do estado meritocrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 153-180.

¹⁴⁸ “(...) hemos de dedicar nuestros esfuerzos a delimitar el contenido de los principios a los que se somete la actividad sancionadora y su régimen de ejercicio, hasta alcanzar el perfecto equilibrio entre eficacia y garantismo. Mediante el instrumento punitivo la Administración deberá dar efectiva protección a los bienes jurídicos tutelados, pero su uso nunca podrá ser arbitrário, ni suponer merma de las garantías y derechos de los ciudadanos.” (DEL TESO, Ángeles de Palma. *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 1996, p. 26.)

no passo em que garante e permite que os indivíduos gozem da porção de liberdade que lhes é assegurada constitucionalmente¹⁴⁹.

É posto, pois, o desafio de definir os matizes dos princípios constitucionais penais que ingressam no direito administrativo sancionador. Os princípios não ingressam com a força com que impactam o direito penal, mas devem ser recebidos de maneira que contrabalancem a proteção de interesses públicos e gerais e a esperada atuação punitiva administrativa, em suas múltiplas e heterogêneas esferas, com a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos a ela submetidos¹⁵⁰.

1.5 Conclusões do capítulo

Como se viu, o direito administrativo sancionador é um ramo do direito administrativo em plena construção. Embora há mais de duzentos anos juristas se controvertam na tarefa de definir as diferenças e semelhanças entre ilícitos penais e administrativos, debate sumamente importante para definição do regime jurídico correspondente, somente há poucas décadas passaram a defender a existência de um *jus puniendi* único, o que permitiu o intercâmbio do aparato legal e teórico de um ao outro, do mais desenvolvido ao mais desamparado, posto de nascimento mais recente. A manter-se essa unidade em torno de uma figura superior, nada impede que o desenvolvimento do direito administrativo sancionador conduza ao empréstimo de princípios originalmente ideados ao direito penal, em um intercâmbio mutualista.

A gênese do direito administrativo sancionador deu-se por força de teorias que proclamavam a igualdade substancial entre os ilícitos, com a diferença do órgão aplicador da

¹⁴⁹ ESCOLA, Hector Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989, pp. 18 e 27.

¹⁵⁰ “Se há reconhecido que el intervencionismo del Estado trajo al campo del derecho administrativo profundas transformaciones, tanto em el plano conceptual como en el orgânico, así como que la exacerbación de la actividad administrativa contribuyó a que se tornase más aguda la oposición entre los derechos del individuo y la acción coactiva del poder público. En la medida en que la autoridad se fortalece, indefectiblemente más se limitan y restringen las libertades, correspondiéndole al derecho administrativo la grave responsabilidad de estabilizar el péndulo entre aquellos dos polos a um mismo tiempo opuestos y complementarios.” (ESCOLA, Hector Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989, pp. 25-26.)

sanção. A teoria, contudo, é por demais limitativa e tamanha identidade é de difícil aferição prática. A asserções serviram para chamar a atenção para a identidade ontológica entre os ilícitos. Porém, em uma análise ampla, a identidade ontológica não respeita à substância dos bens jurídicos protegidos, mas à estrutura da norma jurídica tal qual desenhada pela teoria geral do direito. Dizer que não há diferenças ontológicas entre os ilícitos significa que ambos ramos do direito cuidam de normas de conduta abstratamente normatizadas e, em ambos casos, tuteladas por sanção de caráter repressivo, aplicadas pelo Poder Público. Ilícitos penais e administrativos são diferentes em termos qualitativos, quantitativos e formais, inobstante sejam ontologicamente equivalentes, o que mantém inabalável o supraconceito do *jus puniendi* estatal único.

Fossem absolutamente idênticos, o regime jurídico seria idêntico. Mas essa não é a realidade. Ilícitos penais e administrativos são ontologicamente iguais, mas podem ostentar diferenças qualitativas, quantitativas ou formais. Por ora, é tarefa da doutrina e jurisprudência traçar o regime jurídico do direito punitivo administrativo. O primeiro passo é a importação dos princípios já desenvolvidos pelo direito penal; o segundo, a definição dos filtros pelos quais passarão antes de integrar o novo ramo do direito. Nessa tarefa de definir os matizes dos institutos, as diferenças entre atos ilícitos apregoadas por substancialistas, quantitativistas e formalistas podem ser úteis na demarcação das medidas de transposição de fronteiras.

Como o direito administrativo é formado por um vasto e diversificado campo sancionador, que passa por áreas díspares do direito, como a disciplina, a gestão, a ordenação, em uma atuação *interna* ou *externa corporis*, parece que a identificação dos matizes dos princípios advindos do direito penal deverá ser feita mediante uma aproximação profunda sob o prisma de cada uma das áreas. Por isso, optou-se por observar com mais acuidade uma área do direito sancionador e apenas um princípio do direito penal: o direito administrativo disciplinar e o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, de forma que se possa exercitar, com sinceridade e agudeza, a proposta de matizar os princípios punitivos constitucionais, de acordo com os sinais diferenciadores deixados como pistas para, sopesando os ilícitos e suas consequências, verificar o grau de flexibilidade adequado à espécie. É o que será feito nos capítulos seguintes.

2 CAPÍTULO II - ILÍCITO DISCIPLINAR NO DIREITO SANCIONADOR E LEIT MOTIV – REFORMAS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Firmadas as feições do direito administrativo sancionador no capítulo pretérito, este capítulo tem por fim embrenhar-se mais fundo neste ramo do direito. Como se trata de um campo marcado por diferentes áreas de atuação dotadas de peculiaridades e diferentes finalidades, optou-se por focar apenas uma delas: o direito administrativo disciplinar. E também nesta seara optou-se por uma perspectiva mais restritiva, pelo que não serão endereçadas todas as possíveis dimensões do direito administrativo disciplinar no Brasil. Não será enfocada a disciplina militar nem a disciplina civil dos Estados, Municípios, ou a de servidores temporários da Administração Pública. Com o mote de encontrar a maior precisão possível para as reflexões destinadas a encontrar os matizes do princípio da retroatividade da lei mais benéfica, princípio ingressante no direito sancionador da Administração Pública, o enfoque será exclusivo no direito disciplinar dos servidores estatutários da Administração Pública Federal.

A razão para isso é, demais da precisão do trabalho, de ordem prática. Recentemente operaram-se inúmeras transformações na lei de improbidade administrativa, que tornaram mais brandas ou excluíram determinados tipos infracionais que atentam contra a moralidade pública, ao que foram qualificadas como leis mais benéficas. Na qualidade de normas de integração do direito administrativo disciplinar dos servidores públicos civis da União, que ao diploma do direito sancionador remete o conteúdo da improbidade administrativa, importa definir os impactos das mudanças no processo de aplicação das sanções disciplinares. O tema está em pleno debate nos meios sociais e foi afetado, com contornos específicos, pelo Supremo Tribunal Federal à apreciação pela sistemática da repercussão geral.

Para tanto, primeiramente, conceitos como o poder disciplinar, a responsabilidade, o ilícito administrativo disciplinar e a funcionalidade das sanções serão aclarados e posicionados no seio do direito administrativo sancionador. Depois, serão relatadas as mudanças da lei de improbidade administrativa integradora do regime disciplinar, o que permitirá uma visão

ilustrada da movimentação do direito que convida à delimitação da esfera de ação dos princípios, notadamente do princípio da retroatividade da lei mais benéfica.

2.1 Direito administrativo disciplinar: ramo do direito administrativo sancionador

Se toda sociedade politicamente organizada o faz mediante normas de comportamento, como visto no começo do capítulo inicial, que dirá grupos menores, dentro desta sociedade, constituídos para um fim determinado. Todo grupo de pessoas que pretende a realização de fins comuns precisa de organização para agir com coesão e eficiência. A coesão do grupo é alinhavada por normas de conduta que indicam o caminho a seguir e o comportamento que deve ou não ser adotado.

Como em qualquer grupo humano estabelecido com certa finalidade, a atividade administrativa pública desse padrão não destoa. A consecução das atividades estatais de forma eficiente demanda a organização do aparato administrativo não somente em estrutura física, mas com pessoas capacitadas e dispostas a desempenhar as tarefas necessárias ao alcance dos objetivos traçados.

O grupo de homens que compõem a organização administrativa, para atuar de forma coesa e unida em torno de objetivos comuns, deve ser orientado por normas de conduta, não somente pertinentes às tarefas a serem realizadas, como também em suas relações recíprocas e em sua postura perante terceiros destinatários das atividades. Essas são as normas da vida interna da atividade pública, que podem prever sanções ao incumprimento. Sendo normas sancionadoras são chamadas normas de disciplina.

As normas de disciplina suscitam, de um lado, o *poder disciplinar* e, de outro, a *vinculação* e a *responsabilidade do agente público*. É dizer, para um cenário desejado de normalidade na execução das atividades públicas, deve um superior hierárquico zelar pela manutenção da disciplina *interna corporis* e devem os agentes subordinados submeterem-se às normas de comportamento e ao sistema de sanções. A hierarquia é ínsita ao poder disciplinar.

Noutros termos, de um lado está a prerrogativa de agentes públicos hierarquicamente superiores imporem sanções, de modo a se preservar “a ordem interna do serviço, para que as atividades do órgão possam ser realizadas sem perturbação e sem desvirtuamentos”¹⁵¹: o poder disciplinar. Essa prerrogativa é uma manifestação de proteção e cuidado com o interesse público, expressão da autotutela administrativa¹⁵²:

“O Estado não pode ficar a descoberto frente ao procedimento irregular de seus servidores (...) é justo que ele tenha uma atitude para preservar a normalidade da execução dos serviços que ele organiza e paga e que, correlatamente, ele atribui direitos aos que, com justa razão, exige deveres.”¹⁵³

De outro lado, está o agente ligado a um cargo ou função pública regulados por normas de conduta que preveem sanções. A responsabilidade é a submissão do agente público a normas de conduta com o compromisso de assunção de sanção em caso de transgressão¹⁵⁴. Advém da investidura no cargo público, no seguinte procedimento: primeiramente, o agente é nomeado, depois toma posse do cargo, aceitando as atribuições e o regime jurídico correspondente. Com a investidura no cargo público, forma-se a relação jurídica estatutária entre a Administração e o servidor, em que a primeira atribui o cargo e o segundo aceita as atribuições e responsabilidade a ele inerentes¹⁵⁵. Somente pode haver repressão disciplinar em face deste sujeito. O direito disciplinar é o conjunto de normas de responsabilidade do servidor público ao qual ele se vincula pela investidura; e, repise-se, é *interna corporis*, não escapando às divisas do quadro de pessoal da Administração.

Há autores que chamam essa vinculação de relação de sujeição especial fundada na supremacia especial¹⁵⁶ do Estado sobre determinadas pessoas, diversa das relações gerais

¹⁵¹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Disciplinar Moderno*. 18ª ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 349.

¹⁵² “(...) para o exercício de sua atividade de controle das condutas *interna corporis*, comportamentos afetos à disciplina de seu quadro de pessoal, notadamente também objeto do direito administrativo, a Administração Pública (...) exerce uma espécie de autotutela de seus interesses – e aqui envolto ao interesse público e coletivo –, por meio de instrumentos bem característicos de sua função gestora, não proprietária, da coisa pública.” (DEZAN, Sandro Lúcio; MARTINS, Jader Ferreira. *Elementos epistemológicos de processo administrativo disciplinar*. Belo Horizonte: Arraes, 2019, p. 5-6.)

¹⁵³ MAIA LUZ, Egberto. *Direito Administrativo Disciplinar: Teoria e Prática*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977, p. 69.

¹⁵⁴ COSTA, José Armando da. *Direito Administrativo Disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 182.

¹⁵⁵ MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 703.

¹⁵⁶ O termo parece ser originário dos estudos de Santi Romano, 1898, sobre os fundamentos do poder disciplinar. O autor italiano afirmava que o poder disciplinar derivava de uma relação de “*sudditanza speciale*”. Os poderes de

fundadas na soberania estatal. O poder disciplinar seria um poder de supremacia especial sobre sujeitos em situação de sujeição especial e, por isso, submetidos a normas de conduta de caráter sancionatório:

“Cumpro logo pôr em relevo que o poder disciplinar supõe uma ‘relação especial’ preexistente, que determina as pessoas que a ele se sujeitam, relação essa que deriva de um ato que lhe dá origem.

Trata-se, pois, de uma relação punitiva que vincula pessoas determinadas, cuja atividade e conduta interessa a certos grupos ou instituições, de modo especial, e não como cidadãos em geral. Tais pessoas, assim vinculadas, passam a constituir como que elementos estruturais, verdadeiros órgãos dessas instituições ou grupos.

O destino natural ou social desses entes implica exigências de determinada conduta ou teor de vida por parte de seus membros, o que levou muitos autores a pôr em evidência o caráter ético, ínsito nessa relação.”¹⁵⁷

supremacia do Estado se dividiriam em duas espécies: os poderes advindos da soberania incidentes sobre a generalidade dos súditos ou sobre as pessoas dentro do território; e os poderes de supremacia especial, incidentes sobre alguns grupos, por força de uma relação especial com o Estado. Nessa relação especial, os sujeitos se encontram em um estado de sujeição especial perante a entidade pública. Também Jellinek, 1912, pontuou diferenças de supremacia estatal em relações penais e disciplinares, porque o primeiro é imposto pela soberania do Estado, o segundo por uma relação especial de autoridade, de supremacia, à qual a pessoa é submetida por sua própria vontade. Se queira, a pessoa subordinada pode reencontrar sua liberdade, bastando que se desligue do poder da autoridade, sendo a pena máxima a expulsão. Com as ideias destes autores, inúmeros outros replicaram as noções de supremacia e sujeição especiais como inerentes às relações disciplinares, como Cino Vitta, Rasponi, Zanobini. (BARROS JÚNIOR, Carlos S. *Do Poder Disciplinar na Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, pp. 44-45.)

¹⁵⁷ BARROS JÚNIOR, Carlos S. *Do Poder Disciplinar na Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 64.

A designação é perfilhada por Luís Cabral de Moncada¹⁵⁸, Marcello Caetano¹⁵⁹, Manuel Rebollo Puig¹⁶⁰, Regis Fernandes de Oliveira¹⁶¹, Sandro Lúcio Dezan¹⁶², Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández¹⁶³, por exemplo. Contudo, não será utilizada neste trabalho, porque, desde a Constituição de 1988, as relações do Estado com os particulares e mesmo com servidores públicos passou a ostentar um viés democrático, dialógico e pautado por direitos e garantias fundamentais como freios à atuação estatal. Preferir-se-á, por isso, utilizar a expressão vinculação estatutária do servidor¹⁶⁴ às normas de conduta que suscitam o

¹⁵⁸ “A noção de relação jurídica administrativa não esmorece perante a realidade de certos contatos mais próximos com o Estado, permanentes ou transitórios, em que determinados cidadãos, como os militares, os funcionários públicos, os estudantes, os detidos e outros se acham, a ponto de uma acentuada compressão dos respectivos direitos fundamentais. Estamos perante aquilo a que podemos chamar relações especiais de poder ou de sujeição resultantes de um estatuto legal específico compreendendo certa atenuação dos direitos subjectivos ou melhor, de alguns deles e o correspondente acréscimo dos poderes administrativos. Constituem caso particular de relacionamento menos bilateral (ou melhor, relacional) entre a Administração e os particulares dominado por considerandos especiais que colocam até o conteúdo daquelas especiais relações nos antípodas do que pretendemos estudar.” (MONCADA, Luís S. Cabral de. *A relação jurídica administrativa: para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 32-33.)

¹⁵⁹ CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996, reimpressão da edição brasileira de 1977, p. 307.

¹⁶⁰ “Suele distinguirse entre las sanciones administrativas que se pueden imponer a cualquier persona por sus conductas antijurídicas y las sanciones administrativas que se pueden imponer a ciertas personas que tienen unos vínculos con la administración más fuertes por la vulneración de sus deberes especiales. Por ejemplo, sanciones a funcionarios, presos, estudiantes, etc., por la vulneración de los deberes especiales de funcionarios, presos, estudiantes, etc. Esta segunda categoría de sanciones presenta alguna singularidad: una disminución de las garantías materiales y formales. Para explicar esta diferencia se habla a veces de una “potestad administrativa disciplinaria” distinta de la potestad administrativa sancionadora general, porque no sería manifestación del mismo ius puniendi del Estado; otras veces se acude a la noción de “relaciones de sujeción especial” (die besondere Gewaltverhältnisse) de procedencia alemana. Pero no es clara la frontera entre unas sanciones administrativas y otras. Tampoco son claras las diferencias de régimen jurídico entre unas y otras. Según se deduce de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC), no pueden establecerse diferencias radicales sino sólo cuantitativas o de grado: por ejemplo, vige para ambos tipos de sanciones el principio de legalidad, aunque de manera algo más flexible para las sanciones disciplinarias.” (REBOLLO PUIG, Manuel et al. Panorama del derecho administrativo sancionador en España - los derechos y las garantías de los ciudadanos. *Estud. Socio-Jurídico*, Bogotá (Colombia), 7(1): 23-74, enero-junio de 2005, p. 27.)

¹⁶¹ Embora o autor entenda aplicável o mesmo regime jurídico do direito sancionador em geral, sem supressão de direitos e garantias fundamentais. (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 41-42.)

¹⁶² Em que pese o autor entenda que a relação em patamar distinto dos demais indivíduos não justifique a dupla punição. (DEZAN, Sandro. *Sanção administrativa e ne bis in idem*. Vol 2. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2022, pp. 9-10 e p. 277.)

¹⁶³ Os autores explicam que a relação de sujeição especial era justificativa para se flexibilizarem as garantias constitucionais aos acusados, mas a tese tem sido superada em beneplácito dos direitos fundamentais. (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Vol. II. Revisão Técnica de Carlos Ari Sundfeld, tradução de José Alerto Fróes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 192-195.)

¹⁶⁴ A mesma expressão é utilizada por Egberto Maia Luz: “As relações administrativas podem ser duas naturezas, ou dizendo melhor, de duas ordens: a que poderíamos denominar exógena ou endógena ou, mais simplesmente, externa ou interna. As primeiras são as adotadas entre o Estado e terceiros, isto é, aqueles que vêm postular na

poder disciplinar, não se empregando a expressão sujeição especial que parece autorizar a supressão de direitos nessas relações jurídicas.

As normas orientadoras dos servidores públicos são os estatutos. No âmbito federal, o regime jurídico dos servidores civis da União, das autarquias e fundações públicas é a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que traz normas sobre inúmeros temas, como concurso público, remuneração, férias, licenças e o regime disciplinar. Os Estados-membros podem editar os seus estatutos, assim como os municípios também o podem. E há servidores com leis especiais a regularem suas atividades, como a Lei Orgânica da Magistratura ou a Lei Orgânica do Ministério Público. Este trabalho somente se cingirá à relação estatutária dos servidores públicos federais, como modelo para as reflexões que se propõe; não ingressará no estudo dos estatutos militares nem na responsabilidade de agentes políticos, relativo à apuração de crimes de responsabilidade ou na responsabilização de terceiros perante a Administração. Somente serão consideradas as infrações tipicamente previstas pelos estatutos dos servidores públicos civis federais e o correspondente catálogo de sanções, a fim de se obter uma aproximação mais cuidadosa do regime jurídico principiológico do direito sancionador, ainda em construção.

O modelo das normas de conduta disciplinares não se desvia do modelo de normas de conduta da teoria geral do direito. As normas de conduta disciplinares estabelecem os comportamentos esperados dos agentes públicos, como expressão dos bens jurídicos que visam a homenagear, e se manifestam por meio de modais deônticos de proibição e de obrigação. A diferença é que se tratam de bens jurídicos de dimensão primordial *interna corporis* e os sujeitos destinatários fazem parte dos quadros de pessoal da organização. Tais pormenores, que serão melhor explorados a seguir, são prescindíveis a este momento inicial de cotejo ontológico-estrutural da norma jurídica, pelo que se infere que o modelo das normas de conduta disciplinares se identifica com o modelo de norma de conduta de outros ramos do direito.

Também os moldes do ato ilícito disciplinar não se afastam dos moldes dos atos ilícitos de outros ramos do direito. O descumprimento da obrigação ou a inobservância da proibição

administração pública ou aqueles que são por ela procurados na satisfação uni ou bilateral de interesses legítimos. As outras, as de natureza interna, são as mantidas entre o Estado e o seu servidor, isto é, como se diz em todas as categorias ou funções, e os militares em todos os postos da hierarquia.

Há, então, a nítida apresentação daquilo que se poderia chamar de relação genérica, destituída ou não de vínculo jurídico e relação específica, onde sempre e obrigatoriamente há o vínculo jurídico.” (MAIA LUZ, Egberto. *Direito Administrativo Disciplinar: Teoria e Prática*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977, p. 61)

pelos destinatários específicos da norma configura a ilicitude, o que também não é inédito para a ordem jurídica. A atuação contrária ao Direito é indesejada e, portanto, é considerada antijurídica ou ilícita.

A norma de conduta disciplinar é sempre justaposta a uma sanção, para que violado o preceito primário, desperte-se o consequente, aposto no preceito secundário (o preceito secundário pode estar em outro artigo de lei ao qual a norma de conduta faz remissão e, nem por isso, se desfigura a formatação da norma de conduta em antecedente e consequente). A sanção tem sempre natureza punitiva, pois consiste na inflicção de um mal ao agente, como instrumento de repressão, com a finalidade aflitiva. O monopólio do poder punitivo é do Estado, ainda que nas figuras dos agentes públicos hierarquicamente superiores, a quem é conferido o poder disciplinar. Noutros termos, a imposição de sanção é feita pelo Estado.

Sendo o direito disciplinar formado por normas de conduta proibitivas ou obrigatórias com previsão de sanção a ser aplicada pelo Estado, situa-se sob o macroconceito do *jus puniendi* estatal, o poder punitivo geral, que se ramifica entre os direitos penal e direito administrativo sancionador. Entre esses, sendo expressão de coerção de competência da autoridade administrativa e, ainda, interior à estrutura da Administração Pública, topograficamente cabe-lhe posicionar-se sob o vetor sancionador administrativo, com toda a carga principiológica e normativa que lhe corresponde. É o que explica Sandro Lúcio Dezan:

“(...) o sistema jurídico formado em decorrência do conjunto de normas de direitos e garantias fundamentais aos acusados em geral, limitativos do *jus perseguendi* e do *jus puniendi* estatal, irradiam normatividade também ao subramo do Direito ora em análise [Direito Administrativo Disciplinar], submetendo, sem perder de vista o sistema de Direito Administrativo Geral, toda sua análise, interpretação e aplicação aos parâmetros de um Direito Sancionador-Geral.”¹⁶⁵

“Os ramos do direito sancionador geral, a exemplo, como referidos, do direito penal e do direito administrativo punitivo – e aqui se insere o disciplinar – possuem o mesmo ‘esquema de coerção’ ou de ameaça de sanção, para a imperatividade dos seus preceitos. A norma proibitiva, assim, pode ser entendida como ‘ordem de constrangimento que reage a um ato de constrangimento em algumas circunstâncias consideradas indesejáveis’. A

¹⁶⁵ DEZAN, Sandro Lúcio. *Fundamentos de Direito Administrativo Disciplinar*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 47.

coerção formulada no bojo do próprio direito-texto fornece a essência prescritiva do texto como um todo. ‘Portanto, as regras dos diferentes ramos do direito são materialmente idênticas’.

Tal fenômeno declina que, ao controle da disciplina do serviço público realizado por meio do direito administrativo disciplinar, conquanto reconhecida essa vinculação teleológica ao ramo geral de direito sancionador, não se lhe apresenta a possibilidade de inovar em suas normas e teorias a ponto de provocar a inobservância de princípios informativos e basilares que aloque a temática da persecução administrativa distintamente fora da delimitação de um Direito que visa à aplicação da sanção pelo Estado.”¹⁶⁶

O direito administrativo disciplinar é, pois, sub-ramo do direito administrativo sancionador, situado sob o macroconceito do *jus puniendi* estatal, o poder punitivo geral do Estado.

2.1.1 Bem jurídico sob proteção

Estabelecido o posicionamento do direito administrativo disciplinar no ramo do direito administrativo sancionador, receptor dos influxos do regime jurídico do unívoco *jus puniendi* estatal, em especial dos vetores constitucionais, premissa que fundamenta este trabalho, vale por ora fazer uma incursão sobre as teorias que aproximam ou afastam o ilícito disciplinar do ilícito penal, com o objetivo de identificar os contornos dos bens jurídicos protegidos pelo direito administrativo disciplinar, posto que serão relevantes para a coloração de princípio irradiado pelo *jus puniendi* estatal.

Carlos de Barros Júnior¹⁶⁷, em estudo sobre o poder disciplinar da Administração Pública, investigou as teorias que intentaram explicar o conteúdo do poder disciplinar, tomando como pano de fundo a substância do ilícito disciplinar em cotejo com o ilícito penal. Em metucioso exame de autores como Zanobini, Cino Vitta, Duguit, Otto Mayer, Giriodi, Manzini,

¹⁶⁶ DEZAN, Sandro Lúcio; MARTINS, Jader Ferreira. *Elementos Epistemológicos de Processo Administrativo Disciplinar*. Belo Horizonte: Arraes, 2019, p. 11.

¹⁶⁷ BARROS JÚNIOR, Carlos S. *Do Poder Disciplinar na Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, pp. 8-65.

Jèze, explica que não floresceram¹⁶⁸ as teorias que intentavam igualar as substâncias de ambos ilícitos, pois os bens jurídicos protegidos pelo direito disciplinar e pelo direito penal não se confundem, tampouco o fundamento do poder disciplinar. O ilícito penal e o ilícito administrativo-disciplinar se distinguem tanto em termos de objeto quanto em termos de relação jurídica do Estado com os destinatários da norma. Relatam-se os posicionamentos, brevemente e nos lindes do escopo deste trabalho, conforme historiados.

No sentido da igualdade substancial entre os ilícitos e distinção apenas quantitativa, Duguit, 1930¹⁶⁹, afirmava que as condutas mais graves seriam punidas pelo direito penal e as mais leves pelo direito administrativo disciplinar; mas os fundamentos e a natureza dos ilícitos seriam os mesmos, o que tornaria as faltas disciplinares espécies de crimes, atraindo o regime penal ao administrativo-disciplinar, embora sob a batuta de autoridades diferentes. Cino Vitta, 1913¹⁷⁰, não foi tão longe, assinalou que os ilícitos penais e administrativos são análogos e não iguais, pois o ilícito disciplinar é pautado em uma relação de especial confiança e por critérios morais próprios.

Giriodi, 1900¹⁷¹, disse que o objetivo da responsabilidade disciplinar é que sejam cumpridos os deveres de ofício. E as sanções respectivas, mais do que a repressão, tem uma função moral, além serem menos graves, porque não geram incapacidade civil ou política. Manzini, 1933¹⁷², de modo semelhante, sustentou haver diferenças de escopo entre o direito penal e o disciplinar. Caberia ao direito penal preservar a ordem jurídica geral, enquanto ao direito disciplinar caberia preservar as condições de uma relação mais restrita de autoridade.

Zanobini, 1924¹⁷³, afirmou que a norma de conduta administrativa visa a preservar direitos subjetivos da Administração Pública, em relações especiais de supremacia, e não uma

¹⁶⁸ BARROS JÚNIOR, Carlos S. *Do Poder Disciplinar na Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 42.

¹⁶⁹ DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*, t. III, 1930, p. 290 e ss. *apud* BARROS JÚNIOR, Carlos S. *Do Poder Disciplinar na Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

¹⁷⁰ VITTA, Cino. *Il Potere Disciplinare Sugli Impiegati Pubblici*, Milão: Società Editrice Libreria, 1913, *apud* BARROS JÚNIOR, Carlos S. *Do Poder Disciplinar na Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

¹⁷¹ GIRIODI, M. *I Pubblici Uffici e la Gerarchia Amministrativa*, in *Trattato*, de Orlando, vol. I, p. 421 e ss. *apud* BARROS JÚNIOR, Carlos S. *Do Poder Disciplinar na Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

¹⁷² MANZINI, Vincenzo. *Tratato di Diritto Penale Italiano*, Turim, 1933, *apud* BARROS JÚNIOR, Carlos S. *Do Poder Disciplinar na Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

¹⁷³ ZANOBINI, Guido. *Le sanzioni amministrative*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1924.

noção geral de justiça: “enquanto o direito penal tem como finalidade a conservação e reintegração da ordem jurídica geral, visa o poder disciplinar a manter e reintegrar as condições de ordem de uma relação particular de autoridade”¹⁷⁴. Otto Mayer, 1906¹⁷⁵, falou que o direito disciplinar busca a melhoria do serviço e que, se o desiderato é impossível, resta somente a eliminação do membro imprestável.

Posteriormente, Jèze, 1949¹⁷⁶, defendeu a diferença substancial entre os ilícitos, dizendo que não era uma questão de grau, mas de qualidade, não se devendo baralhar uma falta de serviço com um crime praticado por um agente público. “A repressão disciplinar tem em conta o melhoramento do serviço público, enquanto a repressão penal tem essencialmente por objeto a punição pessoal do agente público delinquente, em nome da ideia de justiça (...).”¹⁷⁷

Segundo os relatos de Barros Júnior, ultrapassadas as tentativas de conferir identidade substancial aos ilícitos disciplinares e criminais no direito europeu, prevaleceram as teses que diferenciam os âmbitos de atuação das duas esferas do direito, cabendo ao direito administrativo a tutela da ordem das organizações administrativas e ao direito penal a ordem geral da sociedade. Passa-se, pois, a observar os esforços dos juristas, no Brasil, a intentarem elucidar a natureza dos ilícitos disciplinares em cotejo com os ilícitos penais.

No direito brasileiro, a tese da igualdade substancial entre os ilícitos com distinções de grau foi defendida por Néelson Hungria, 1945, ao notar que o direito penal também prevê em suas normas de conduta comportamentos indesejados semelhantes ao direito disciplinar. Ambas esferas do direito poderiam tutelar os mesmos bens jurídicos, desde que a conduta tivesse tamanha gravidade ou que ultrapassasse o âmbito interno da ordem administrativa:

“A disparidade entre um e outro – repita-se – é apenas quantitativa. Qual outra diferença, senão de grau, v.g., entre o retardamento culposo de um ato de ofício e a prevaricação, entre uma infração sanitária e um crime contra a saúde pública, entre uma infração fiscal e o descaminho, entre violações de posturas municipais e contravenções penais.
(...)”

¹⁷⁴ BARROS JÚNIOR, Carlos S. *Do Poder Disciplinar na Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 48.

¹⁷⁵ MAYER, Otto. *Le Droit Administratif Allemand*, Paris, Partie Spéciale, IV, 1906, p. 67 e ss, *apud* BARROS JÚNIOR, Carlos S. *Do Poder Disciplinar na Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

¹⁷⁶ JÈZE, Gaston. *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, vol. III, 1949, *apud* BARROS JÚNIOR, Carlos S. *Do Poder Disciplinar na Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

¹⁷⁷ BARROS JÚNIOR, Carlos S. *Do Poder Disciplinar na Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 23.

A punição de certos ilícitos na esfera do direito administrativo, ao invés de o ser na órbita do direito penal comum, não obedece, como já frisamos, senão a razões de conveniência política: para o direito penal comum é transportado apenas o ilícito administrativo de maior gravidade objetiva ou que afeta mais diretamente o interesse público, passando, assim a ilícito penal. O ilícito administrativo de menor entidade não reclama a severidade da pena criminal (...).¹⁷⁸

Cretella Júnior, 1973, defendeu a duplicidade de ilícitos administrativos em sua distinção com o direito penal. Sustentou que os *ilícitos administrativos puros* são substancialmente diferentes do ilícito penal, ao passo que os *ilícitos penais administrativos* são diferentes apenas no grau, casos em que as mesmas condutas seriam tipificadas nas duas esferas do direito. O bem jurídico tutelado pela administração em ambas espécies de ilícitos administrativos é o bom andamento do serviço público e o prestígio da função pública; já o direito penal tutela a lesão ao meio social, nas hipóteses em que o ilícito administrativo malferir mais do que o serviço público e atinge toda a coletividade.¹⁷⁹

Themístocles Brandão Cavalcanti, 1964¹⁸⁰, alertou, citando Zanobini, que “somente autores muito antigos e anteriores à renovação dos princípios de direito público é que admitem a confusão do direito disciplinar com o direito penal” (...) sendo o fundamento de cada qual

¹⁷⁸ HUNGRIA, Nélon. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, v. 1, n. 1, 1945, pp. 24-31, p. 27.

¹⁷⁹ “Há diferença (...) de natureza entre o ilícito administrativo e o ilícito penal? Ou a diferença entre ambos ilícitos é apenas de grau, de intensidade? Será o ilícito administrativo um *minus* em relação ao ilícito penal? E, reciprocamente, o ilícito penal um *majus* em relação ao ilícito administrativo?

Depende da modalidade de ilícito administrativo. Porque, se o ilícito administrativo, for ilícito puro, que se exaure na própria esfera do Poder Executivo, a diferença entre ele e o ilícito penal é (...) de substância, objeto que é do direito administrativo disciplinar; se se tratar, porém, de ilícito administrativo que transcenda o próprio campo do Executivo, para inserir-se também no campo do direito penal, então, nesse caso, a diferença entre ambas as figuras é apenas de grau, diferença quantitativa, sendo o ilícito penal administrativo um *minus*, um grau a menos, em relação ao ilícito penal.

O ilícito penal administrativo é um fato ilícito, capitulado nas leis penais e nas leis administrativas. (...) ao mesmo tempo que afeta a sociedade, afeta a Administração. O ilícito administrativo puro, no entanto, afeta específica e diretamente o serviço público, a hierarquia, a ordem interna da Administração. Não transcende a órbita administrativa.

O agente que comete ilícito administrativo é perigoso internamente, porque compromete o bom andamento do serviço público, pondo em risco o prestígio da função pública.

O agente público que comete ilícito administrativo penal é não só dotado de periculosidade externa, porque traz em si potencialidade danosa que se projetará sobre o cidadão comum, como também dotado de periculosidade interna, porque traz em si potencialidade ruínosa que colocará em risco a própria Administração.” (CRETILLA JÚNIOR, Do Ilícito Administrativo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 68, n. 1, p. 135-159, 1973, p. 143.)

¹⁸⁰ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. Vol. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1964, p. 111.

bem diferente. O rigor das normas administrativas serve para tutelar o quadro das atividades funcionais. Também José Guimarães Menegale, 1962, sustentou que as normas de conduta disciplinares tutelam a regularidade e a eficiência dos serviços públicos; ao passo que o direito penal bens jurídicos fora dos muros da Administração. O interesse do direito disciplinar é o cumprimento do dever profissional.¹⁸¹

Mário Masagão¹⁸², 1974, sustentou que “o fundamento da responsabilidade criminal é a proteção de bens fundamentais do indivíduo e da sociedade, como a vida, a liberdade, a incolumidade pessoal, a honra, a propriedade, a organização política”, sendo mais modesto o bem jurídico protegido pelo direito disciplinar, que corresponde à “tutela do bom funcionamento do serviço público e dos fins por ele visados”.

Também no Brasil, o autor português Marcello Caetano¹⁸³, 1977, afirmou que as normas de conduta disciplinares resguardam a coesão, a eficiência e a prossecução dos objetivos da organização a que se referem, diferentemente das normas de conduta penais que defendem “interesses reputados essenciais à vida numa sociedade politicamente organizada”. Mesmo normas de conduta protegidas pelo direito penal em simultaneidade com o direito administrativo protegem bens jurídicos distintos. Os interesses protegidos pela norma administrativa permanecem a ser os interesses peculiares do serviço; já os interesses protegidos pela norma penal são mais amplos, são interesses essenciais à harmonia e ao desenvolvimento da comunidade política, que incide quando a repressão disciplinar não se afigura suficiente para defesa contra comportamentos cuja lesividade ultrapassa a esfera da organização.

E prosseguiu a explicar que isso não acontece apenas no seio da Administração Pública. Mesmo em organizações privadas, quando um empregado desvia recursos, por exemplo, a demissão é forma de defesa dos interesses da empresa e a repressão criminal por furto ou estelionato é resposta geral à violação de valores reputados essenciais à sociedade. No exemplo, não somente os interesses da empresa foram malferidos, como também os interesses essenciais

¹⁸¹ MENEGALE, José Guimarães. *O estatuto dos funcionários públicos*. vol. II. São Paulo: Forense, 1962, p. 574 e 666.

¹⁸² MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 241-242.

¹⁸³ CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996, reimpressão da edição brasileira de 1977, p. 307.

à existência da comunidade.¹⁸⁴ E assim se dá também na Administração Pública, que protege, por meio do direito disciplinar, o bom andamento do serviço.

Egberto Maia Luz¹⁸⁵, 1977, disse que os ilícitos criminal e administrativo têm seus campos de interesses bem definidos, cabendo ao direito disciplinar proteger a normalidade da vida administrativa, a perfectibilidade do serviço público, o interesse público de gestão dos recursos humanos; e o direito penal os interesses maiores da sociedade.

Mais recentemente, José Armando da Costa¹⁸⁶, 2004, afirma que o ilícito disciplinar tutela a seriedade, a qualidade e a moralidade do serviço, reprimindo o proceder anômalo do agente público que repercute negativamente sobre o serviço, debilitando a coesão funcional. O regime disciplinar tem por escopo “a regularidade e o aperfeiçoamento gradativo do serviço público (...) a disciplina e a eficiência da atividade da administração pública”.¹⁸⁷

Sandro Lúcio Dezan¹⁸⁸, 2012, constata que as objetividades jurídicas protegidas pelo direito disciplinar são voltadas ao âmbito interno corporativo e afirma que, embora a mesma conduta possa ser tutelada pelo direito penal, não há identidade entre os interesses jurídicos protegidos, pois os valores penais voltam-se ao âmbito da sociedade em geral, à preservação do convívio harmônico da comunidade. Cita como valores tutelados pelas normas de disciplina administrativa a regularidade, a continuidade do serviço público, a moralidade no aspecto interno, a imagem institucional; e afirma que as repercussões no âmbito penal se dão para proteção da moralidade e do serviço público sob o prisma externo da sociedade¹⁸⁹:

¹⁸⁴ CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996, reimpressão da edição brasileira de 1977, p. 308.

¹⁸⁵ MAIA LUZ, Egberto. *Direito Administrativo Disciplinar: Teoria e Prática*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977, p. 99-100.

¹⁸⁶ COSTA, José Armando da. *Direito Administrativo Disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 201-202.

¹⁸⁷ COSTA, José Armando da. *Direito Administrativo Disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 48.

¹⁸⁸ DEZAN, Sandro Lúcio. *Ilícito Administrativo Disciplinar em Espécie*. Curitiba: Juruá, 2012, pp. 60-63.

¹⁸⁹ Em 2022, o autor permanece com a mesma posição, alertando, mais cabalmente, que há hipóteses em que direito administrativo disciplinar e direito penal tutelam os mesmos bens jurídicos, sendo o grau de lesividade da conduta uma ficção. A distinção entre ilícito penal e disciplinar, nestas situações, se encontra na objetividade protegida, ou seja, na finalidade específica da tutela do bem jurídico por cada ramo do direito: “Para a proteção normativa, na disciplina do serviço público, há de haver o reconhecimento pelo Direito da titularidade de bens jurídicos atribuível ao sujeito passivo da infração. No direito administrativo disciplinar, a objetividade jurídica se vincula aos interesses e aos fins da Administração, interesses do aparato administrativo (interesses públicos secundários), como destinatários de proteção jurídica. (...)”

De todo é imperioso anotar o liame tênue de distinção entre os objetos jurídicos protegidos pelo direito penal e pelo direito disciplinar, em que, em muitos casos, a distinção se faz meramente por uma ficção jurídica de ofensas

“(…) pode-se perceber que a objetividade jurídica em sede de direito administrativo disciplinar é específica e peculiar à tutela dos interesses da Administração Pública e, mesmo quando se tratem de condutas que apresentam conotação tanto no direito administrativo, quanto no direito penal (...), os objetos tutelados pela norma são distintos para cada espécie de ilícito (...).”¹⁹⁰

Como se nota, a doutrina brasileira bem diferencia os bens jurídicos tutelados pelo direito penal dos bens jurídicos tutelados pelo direito administrativo disciplinar (ou, ao menos, as objetividades jurídicas de cada qual). A trajetória de compreensão da substância dos ilícitos administrativos no sub-ramo disciplinar flertou, logo de início, com a igualdade com o ilícito penal, mas não houve amálgama a firmar a identidade entre ambos, com distinção apenas formal de autoridade competente para aplicação da pena. A ideia foi superada e reconheceu-se que os bens jurídicos tutelados são muito diversos ou, nas hipóteses em que se aproximam, há diferenças no grau de tutela ou de objetividade jurídica sob proteção, sendo o direito penal chamado à cena se a violação ao bem jurídico ultrapassar os muros da Administração Pública

interna e externa ao serviço público e aos seus interesses, em que, no caso de exclusiva ofensa externa, adentrariam os efeitos lesivos do fato ao âmbito do interesse social, coletivo e geral (...).

(...) fatos com descrições subsumíveis em mais de um regime sancionador podem possuir resíduos de descrições típicas que levam à constatação de ofenderem objetos jurídicos distintos, ou, se idênticos, tutelados em extensões diferenciadas por um ou por outro ramo do direito sancionador.

(...)

À vista de ofensas diversas ao mesmo bem jurídico, os ramos epistemológicos do direito punitivo geral do Estado não se sobrepõem, mas tão somente se encarregam de distintos estratos de proteção, malgrado tratar-se de um mesmo bem submetido à vigilância de mais de uma norma. Sob essa óptica, bens jurídicos protegidos e objetos jurídicos protegidos seriam categorias diversas, na medida em que o bem jurídico protegido seria o todo e o objeto jurídico de proteção seria apenas uma singular ‘camada’ de proteção do todo, do bem jurídico, afeto a cada ramo sancionador, em razão de suas funções.

(...)

Devemos assentir que os bens e objetos jurídicos do direito penal e do direito disciplinar e, assim, a relevância da esfera de proteção de um e de outro, são distintos e, não obstante, complementares para a formação da ‘rede’ de tipificações dedicada à organização do convívio social. (...)

(...)

Pensamos que essa moldura normativa se dá com a definição dos fins e das funções do direito penal e do direito disciplinar. Para o direito penal, em linhas gerais e em apertada síntese, a proteção de bens jurídicos submete-se à concepção funcional de tutela de elevados valores coletivos, para a garantia de uma ordem macro de harmonia social, em notada acepção de *ultima ratio*. Para o direito disciplinar, o interesse público em uma Administração eficiente e eficaz dita os ‘deveres’, em sua acepção ampla, de modo a estampar as necessidades de tipificações direcionadas à proteção de bens carentes de proteção.” (DEZAN, Sandro Lúcio. *Sanção administrativa e ne bis in idem*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2022, pp. 90-92, p. 259 e p. 261.)

¹⁹⁰ DEZAN, Sandro Lúcio. *Ilícito Administrativo Disciplinar em Espécie*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 63.

e atingir a sociedade. O bem jurídico (ou objetividade jurídica) resguardado pelo direito disciplinar é sempre a ordem *interna corporis*, o bom andamento do serviço público¹⁹¹.

A análise do objeto do direito administrativo disciplinar tomou caminho diverso da análise empreendida pelos administrativistas que tracejam os lindes do direito administrativo sancionador. No ramo amplo, a doutrina administrativa busca igualar a substância do ilícito penal e do ilícito administrativo, como se o reconhecimento fosse premissa determinante para a recepção pelo regime jurídico-administrativo dos direitos e garantias do regime constitucional democrático ou, noutras palavras, para a transposição de princípios constitucionais originariamente desenhados para o direito penal ao direito administrativo sancionador pela via da admissão de um único *jus puniendi* estatal.

A identidade absoluta de substâncias não é, contudo, imprescindível para a intelecção do *jus puniendi* único, como já se observou no capítulo pretérito. Resultaram dessa insistência em torno da identidade substancial entre ilícitos, com distinção meramente formal, isto sim, as incongruências na conformação dos princípios do regime administrativo sancionador, que deveriam, sob a igualdade substancial, ser recepcionados de maneira idêntica ao direito penal. Não o são; reclamam matizes como já visto e tais tons devem ser pincelados com critérios precisos e não arbitrários. A não se reconhecerem as diferenças entre os bens ou objetividades tuteladas pelo direito administrativo e pelo direito penal, elimina-se um dos possíveis critérios de medição da força dos princípios constitucionais ao novo ramo do direito, deixando-se arenoso e inseguro o terreno de conformação do regime administrativo sancionador, sujeito a definições feitas pela mera força do vento e da casuística.

¹⁹¹ Sandro Lúcio Dezan chega a classificar os ilícitos disciplinares em próprios e impróprios. Próprios estatuem condutas consideradas ilícitas somente pela lei administrativa-estatutária; impróprios encontram tipificação também em outros ramos do direito, como direito penal e direito civil: “(...) as condutas com repercussão jurídica somente no âmbito da Administração Pública são consideradas como infração ou ilícito administrativo puro ou próprio, uma vez que pertinentes aos interesses próprios do Estado-administração, sem se tangenciar ou despertar o interesse dos demais ramos do Direito.

(...)

(...) os ilícitos administrativos impróprios são – a *contrario sensu* – todas aquelas condutas tipificadas como infração nos estatutos administrativos e que possuam tipificação semelhante nas normas penais incriminadoras (falta disciplinar-crime, na classificação de Cretella Junior) ou nas normas definidoras de ilícitos civis, a exemplo do ilícito administrativo que provoque danos a terceiros ou o ilícito administrativo disciplinar de improbidade administrativa, conquanto apresentarem também reflexos no juízo cível como ilícito civil, respectivamente, de responsabilidade aquiliana e de improbidade administrativa.” (DEZAN, Sandro Lúcio. *Sanção administrativa e ne bis in idem*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2022, pp. 100-102.)

Aliás, o direito disciplinar é sub-ramo do direito administrativo sancionador. Nele, especificamente, não se reconhece a identidade substancial absoluta entre o ilícito penal e o ilícito administrativo-disciplinar. A tutela da ordem interna administrativa não poderia ser deixada para qualquer ramo do direito à discricionariedade do legislador. O poder disciplinar é imanente à manutenção da ordem interna da organização. Pode o direito penal tutelar certas condutas, mas o sistema sancionador voltado aos recursos humanos da Administração deve sempre existir *interna corporis*, sendo expressão da autotutela administrativa. Ao que parece, a análise ampla do direito sancionador não considerou a pertença do direito disciplinar ao grande conjunto ou, se a considerou, preferiu tratá-la como exceção.

De exceção, porém, não se trata. Desde os tempos de Néelson Hungria e Cretella Júnior o ilícito disciplinar já era tomado como o mais exímio exemplar de ilícito administrativo integrante do direito de punir da Administração Pública, sendo considerado, por alguns¹⁹², o ilícito mais próximo do direito penal. Hoje, não se aparta do direito sancionador pela justificção de uma relação de sujeição especial, construção teórica de tempos imperiais - com relações entre soberanos e súditos -, que não deve permanecer a ser replicada com vistas a apartar o servidor público das garantias fundamentais constitucionais que lhe preservam dos arbítrios do Estado.

O direito disciplinar integra o direito administrativo sancionador. Por isso, repisa-se o quanto dito no capítulo primeiro sobre a não exclusão das teorias que intentam explicitar a natureza dos ilícitos administrativos. A análise deve ser empreendida com um olhar cauteloso sobre cada sub-ramo do direito administrativo sancionador, ramo amplo e deveras heterogêneo, como já se referiu. Os bens jurídicos protegidos pelo direito disciplinar, ramo do direito administrativo sancionador, diferem dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal, seja em substância seja em grau (ou objetividade jurídica)¹⁹³.

¹⁹² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 157.

¹⁹³ Rememore-se que Sandro Lúcio Dezan contesta a distinção de grau, afirmando que a acomodação de ilícitos em um ou outro ramo do direito se justifica pelos distintos interesses tutelados, pelos diferentes ângulos de agressões aos mesmos bens jurídicos, o que não se confunde com a intensidade da violação do bem jurídico: “(...) o ilícito de direito disciplinar não possui como objeto de sua proteção especial a tutela de ‘deveres’ funcionais, salvo se esses deveres possuam um sentido lato de ‘relação especial de sujeição’, que, entretanto, não seria o único objeto de proteção. Há uma série de outros bens jurídicos de relevo para o direito disciplinar, a depender do interesse público ditado pelas próprias necessidades epistemológicas. Essa necessidade de adequação epistemológica, por outro lado, não infere e mesmo não comporta a gradação de ofensa ao bem jurídico, para a

2.1.2 Natureza e Funções das sanções disciplinares

A análise dos bens e objetividades jurídicos tutelados pelo direito disciplinar conduz ao estudo das funcionalidades das sanções previstas e previsíveis neste sub-ramo do direito sancionador. É que as sanções simbolizam as consequências esperadas pela ordem jurídica em resposta às condutas indesejadas praticadas pelo agente público. As normas de conduta, como visto, tencionam proteger a ordem *interna corporis*, o bom andamento do serviço, a confiabilidade da Administração Pública e, para proteger esses bens ou interesses jurídicos, preveem consequências danosas àqueles sujeitos figurantes da relação jurídica estatutária que não se curvam a suas determinações.

O direito administrativo disciplinar não se afasta dos muros da Administração Pública. Não estende efeitos penosos a terceiros nem a fatos que não agridam a relação jurídica funcional. As sanções, nessa toada, devem guardar coerência com os valores e a relação jurídica a que se referem. Não podem se imiscuir diretamente sobre a vida privada do agente público; devem abalar tão-somente questões afetas ao serviço. Assim, o agente público, por violar a relação estatutária, não é condenado a doar cestas básicas nem à suspensão do direito de dirigir nem a não frequentar bares ou espetáculos públicos. A sanção deve ter pertinência com a falta cometida e com a relação jurídica de trabalho. Se a falta atinge a relação estatutária, a consequência deve tocar o vínculo jurídico com a Administração¹⁹⁴ e não interferir na vida comum do servidor:

“As decisões administrativas disciplinares exaurem efeitos jurídicos intramuros, atingindo somente a relação estatutária ou funcional do agente punido para com o Estado. Não o atinge em sua vida privada e em suas

distribuição do campo normativo-proibitivo do direito penal e do direito disciplinar. A intensidade de ofensa aos bens jurídicos se afigura, assim, um indiferente para a definição da normatividade penal e disciplinar proibitivas.” (DEZAN, Sandro Lúcio. *Sanção administrativa e ne bis in idem*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2022, p. 262.)

¹⁹⁴ “(...) o ilícito penal administrativo é apreciado pela autoridade administrativa, que lhe aplica sanções administrativas, que atingem a relação de função pública (...) (...) implica sanção que atinge o funcionário em seu ‘status’ funcional, que lhe será arrebatoado ou que será atingido, em seu grau maior ou menor de algum modo. Ao contrário da sanção penal que atinge a vida, a liberdade, a honra ou os bens do cidadão, a sanção disciplinar atinge o quantum de vinculação do agente público ao cargo, culminando com a supressão total do vínculo, quando ocorre a pena de demissão.” (CRETILLA JÚNIOR, José. Do Ilícito Administrativo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 68, n. 1, p. 135-159, 1973, p. 144.)

relações interpessoais com terceiros, mesmo que estes tenham figurado como prejudicados pelo ato indisciplinar funcional. (...)

Assim, há de se aferir esse caráter apenas *interna corporis* do direito administrativo disciplinar, que regula condutas em razão da função pública exercida pelo servidor e as **sanciona com efeitos incidentes somente sobre a relação jurídica existente entre o agente e o Estado-administração.**¹⁹⁵ (grifos não originais)

As consequências prejudiciais também devem observar a proporcionalidade. Para faltas sem relevância, que não geram grande repercussão no seio da Administração Pública, as sanções devem ser leves; para agressões graves aos valores mais caros ao funcionamento da Administração Pública, a resposta deve ser simétrica, até culminar com o rompimento do vínculo com o agente público¹⁹⁶. A graduação alcança não somente a fase de criação da lei, como também impacta a fase de aplicação da lei, na qual devem ser observadas outras condições de agravamento ou atenuação e repercussões danosas sobre o serviço.¹⁹⁷

Certo que todas as sanções administrativo-disciplinares têm, fundamentalmente, um cariz repressivo tal qual as sanções penais - todas manifestações do *jus puniendi* estatal -, não se deve negar que os bens jurídicos específicos protegidos pelo sistema sancionador *interna corporis* não tem o único fim de causar um mal ao agente público infrator. Mais do que isso, trata-se de ferramenta de autotutela administrativa, de correção dos rumos funcionais da Administração Pública, para alcance da eficiência e da qualidade da prestação dos serviços públicos. As sanções disciplinares causam mal ao infrator, ao tempo em que também restauram a ordem interna e o bom andamento das atividades, como explica Fábio Medina Osório:

“Tradicionalmente, a doutrina brasileira considera as sanções disciplinares substancialmente distintas das sanções penais, tendo em conta o conteúdo finalístico de ambas. A primeira tem por **objetivo assegurar o bom funcionamento interno dos serviços e da ordem administrativa**, ao passo que as sanções penais teriam uma funcionalidade distinta, a saber, assegurar a paz social e valores sociais mais amplos. E se é certo que dentre as sanções administrativas seria possível detectar ambições e objetivos mais amplos,

¹⁹⁵ DEZAN, Sandro Lúcio. *Direito Administrativo Disciplinar: Princípios Fundamentais*. Vol. 1, Curitiba: Juruá, 2013, p. 92.

¹⁹⁶ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Servidores Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 135.

¹⁹⁷ Artigo 128 da Lei n. 8.112, de 1990: “Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.”; Art. 21, § 2º, do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com a redação dada pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB): “Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.”

relacionados com a ordem pública ou valores gerais da coletividade, nas sanções disciplinares o elemento finalístico haverá de ser bastante restrito e concentrado, tendo seu **foco voltado à ordem interna, ao bom andamento da organização, aos valores específicos de disciplina, hierarquia, eficiência, moralidade que se reproduzem no interior das Administrações Públicas.**¹⁹⁸ (grifos não originais)

Em uma visão mais alargada das funções das sanções disciplinares, parece intuitivo que a proteção dos bens (ou objetividades) jurídicos proposta pelo sistema sancionador-disciplinar insira mais na sanção do que um conteúdo meramente retributivo do mal causado, em uma reação vingativa voltada meramente ao passado. Para mais da função de vingança contra o infrator, e ainda sob a perspectiva do agente público, as sanções disciplinares contêm a função preventiva, tanto geral quanto especial. Geral, no sentido de que a previsão sancionadora dissuade os destinatários do preceito comportamental, fazendo-os agirem regularmente; especial, porque pretende evitar que o próprio sujeito volte a se conduzir de forma indesejada.¹⁹⁹

Mas não é só. O bem (ou objetividade) jurídico tutelado pelas normas disciplinares é, grosso modo, a manutenção e a reintegração da boa ordem administrativa, que representam a busca pela melhoria das atividades prestadas à sociedade. “O fundamento da sanção disciplinar é o interesse do serviço público, sua marcha regular, seu bom funcionamento”.²⁰⁰ A sanção disciplinar, nessa perspectiva da organização das atividades, configura verdadeiro instrumento de gestão, meio de exercício da autotutela administrativa, de correção dos rumos das atividades, haja vista que busca a “manutenção e a reintegração das condições de ordem”²⁰¹ dos recursos humanos integrantes dos quadros da organização por vínculos estatutários.

Nessa linha de intelecção, Sandro Lúcio Dezan, citando J. Guimarães Menegale, explica que a sanção disciplinar visa a “reordenação da atividade administrativa, alterada, por mínimo

¹⁹⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 8ª ed. rev. e atual., São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2022, p. 162.

¹⁹⁹ “Destinam-se as penas disciplinares, como quaisquer outras, a corrigir e prevenir: corrigem fazendo sentir ao autor do facto punido a incorreção do seu procedimento e a necessidade de melhorar a sua conduta; e previnem, pois não só procuram evitar que o agente castigado volte a prevaricar, como servem de exemplo a todos os outros, mostrando-lhes as consequências da má conduta. Desta forma, através da acção imediata sobre os agentes, a aplicação das penas disciplinares tem por fim defender o serviço da indisciplina e melhorar o seu funcionamento e eficiência, mantendo-o fiel aos seus fins.” (CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996, reimpressão da edição brasileira de 1977, p. 316.)

²⁰⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. Do Ilícito Administrativo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 68, n. 1, p. 135-159, 1973, p. 144.

²⁰¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 92.

que seja, pelo ato de indisciplina”²⁰². E Themístocles Brandão Cavalcanti sustenta que a finalidade da sanção disciplinar “consiste em melhorar o serviço público, esforçando-se por melhorar o órgão ou agente que o executa, isto é, o funcionário ou empregado, e retirar do serviço o agente quando a melhoria não for possível”²⁰³.

A finalidade da sanção não é voltada à melhoria da pessoa do agente público como fim último do poder disciplinar; é voltada à própria organização, dando oportunidade de aparar as arestas e alcançar da melhor maneira seus objetivos. As sanções disciplinares configuram, pois, verdadeiros instrumentos de gestão pública, de ordenança interna, de autocorreção das atividades. A normalização da ordem do serviço é a função primordial da sanção disciplinar, tal qual explica J. Guimarães Menegale e, mais recentemente, José Armando da Costa:

“É oportuno salientar que a noção de pena disciplinar como *poena medicinale*, destinada a purgar os defeitos do funcionário, corresponde a uma **concepção hoje desacreditada ou tendente a desacreditar-se, segundo a qual a penalidade tem por justificação o melhoramento do indisciplinado, quando, em verdade, colima – e foi o que explanamos – a restauração da normalidade jurídica do serviço administrativo.**”²⁰⁴

“Quer seja pelo seu aspecto potencial (preventivo) ou pelo turno da atuação efetiva (repressivo), **a sanção disciplinar alimenta por escopo primordial a desenvoltura normal e regular do serviço público. Como também se predestina a resguardar o prestígio da administração pública perante a coletividade beneficiária de seus serviços.**”²⁰⁵

A medida das funções das sanções varia de acordo com a natureza e a proporção da agressão ao bem jurídico tutelado pela norma de conduta. A depender do comportamento ilícito e da lesão ao bem jurídico, as sanções se aproximam de determinadas funções ou agregam outras, trazendo uma combinação de finalidades tanto com os olhos voltados ao servidor, quanto (e principalmente) com os olhos voltados à organização, ao serviço.

²⁰² DEZAN, Sandro Lúcio. *Ilícito Administrativo Disciplinar em Espécie*. Curitiba: Juruá, 2012, pp. 53.

²⁰³ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. Vol. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1964, p. 116.

²⁰⁴ MENEGALLE, J. Guimarães. *O Estatuto dos Funcionários*. Vol. II, Rio de Janeiro/ São Paulo: Forense, 1962, p. 586.

²⁰⁵ COSTA, José Armando da. *Direito Administrativo Disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 217.

As sanções disciplinares são classificadas pela doutrina²⁰⁶ em dois grupos principais: (i) *sanções de ordem ou corretivas* e (ii) *sanções expulsivas*. As primeiras têm um caráter preventivo específico mais acentuado, porque buscam, quando ainda possível, corrigir o comportamento do servidor, chamá-lo a cumprir seus deveres, por meio de admoestação de conteúdo moral, que toca o agente em seu brio, ou de outra medida repreensiva de impacto funcional-pecuniário²⁰⁷. Podem ou não ensejar o afastamento das funções, mas se afastamento houver, será temporário. As segundas, também chamadas *depuratórias*, mais do que qualquer função preventiva voltada ao agente público, destacam o papel de autocuidado da Administração Pública e libertam o “serviço público de um elemento prejudicial” que atrapalha a prossecução dos fins planejados ao serviço²⁰⁸.

Há também um terceiro grupo, acrescido por Mario Masagão²⁰⁹: as *sanções revocatórias*, que alvejam os aposentados ou os desligados do cargo por disponibilidade²¹⁰. Nestas se evidencia o caráter repressivo, de vingança do Estado contra o servidor, e preventivo geral, de ameaça a outros servidores, uma vez que o agente apenado não mais exerce o múnus público e a punição não aprimorará, de forma direta, a execução da atividade pública.

As sanções enumeradas pelo regulamento dos servidores públicos civis da União são advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão²¹¹ e destituição de função comissionada (art. 127).

²⁰⁶ Neste sentido, Santi Romano e Cino Vitta, conforme narrativa de BARROS JÚNIOR, Carlos S. *Do Poder Disciplinar na Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 118-122. Também CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996, reimpressão da edição brasileira de 1977, p. 317.

²⁰⁷ A multa era sanção administrativa aplicável aos servidores públicos civis federais conforme o Decreto-Lei nº 1.713, de 1939 (art. 231, IV). Permaneceu na Lei nº 1.711, de 1952 (art. 201, II). Com a edição da Lei nº 8.112, de 1990, somente subsistiu como comutação da penalidade de suspensão, na base de 50% por dia de vencimento, mantido o agente público em serviço (art. 130, § 2º).

²⁰⁸ BARROS JÚNIOR, Carlos S. *Do Poder Disciplinar na Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 128.

²⁰⁹ MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 243.

²¹⁰ Marcelo Caetano qualifica esta espécie também como expulsiva. (CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996, reimpressão da edição brasileira de 1977, p. 318.).

²¹¹ Renato Luiz Mello Varoto sustenta que esta penalidade é inócua, porque bastaria à autoridade destituir o servidor *ad nutum*. (VAROTO, Renato Luiz Mello. *Prescrição no Processo Administrativo Disciplinar*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 140).

A advertência, a suspensão, mesmo na modalidade comutada em multa, e a destituição de função comissionada²¹² se enquadram na categoria das sanções corretivas ou de ordem, pois - por meio de uma admoestação moral, ou alteração da situação funcional, ou da privação provisória de parte dos vencimentos - sua função é estimular o agente a melhor exercer as atividades que lhe incumbem. A melhoria do serviço depende do aperfeiçoamento da conduta do servidor, que permanece nos quadros da organização.

A advertência e a suspensão por até trinta dias são consequentes de ilícitos de natureza leve, apurados em processos de rito sumário. As normas de conduta se referem ao descumprimento de deveres e de algumas proibições. A suspensão por 31 a 90 dias são consequentes de ilícitos de natureza média ou de ilícitos de natureza leve agravados pela reincidência ou por outras circunstâncias, como os danos provocados ou o comportamento do autor após os fatos²¹³, apurados por processo administrativo disciplinar.

A demissão e a destituição de cargo em comissão amoldam-se à categoria de sanções expulsivas ou depurativas. Configuram a maior reação *interna corporis* da Administração Pública ao cometimento de um ato ilícito por servidor. Tão grave é o comportamento perpetrado que o agente é considerado prejudicial aos quadros da organização e a única consequência que responde proporcionalmente ao ato é a exclusão definitiva do serviço. As sanções expulsivas remetem a condutas graves e gravíssimas cometidas contra a Administração.

A demissão desfaz o vínculo jurídico entre o servidor e a Administração Pública e livra o serviço de um “elemento prejudicial” não adaptável ao exercício da função pública. “As penas expulsivas têm em mira a proteção do cargo e do serviço público, separam os dois elementos

²¹² BARROS JÚNIOR, Carlos S. *Do Poder Disciplinar na Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 130.

²¹³ DEZAN, Sandro Lúcio. *Ilícito Administrativo Disciplinar em Espécie*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 94-95. Sandro Lúcio Dezan classifica os ilícitos disciplinares em leves, médios, graves e gravíssimos, a partir da padronização de diversos estatutos do funcionalismo público. Este trabalho adota a graduação com as nuances extraídas dos arts. 141 e 137 da Lei nº 8.112, 1990, porque concentra-se somente no Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União. São penalidades graves e gravíssimas as que ensejam a penalidade de demissão, acompanhadas de efeitos secundários de retorno ao serviço público federal. Embora o parágrafo único do artigo 137 tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 2975, ao fundamento da vedação a penalidades de caráter perpétuo, a gravidade das condutas ali listadas não arrefeceu, tendo restado uma incoerência no ordenamento jurídico apontada no voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que alertou que a supressão do *caput* do artigo poderia ser mais danosa ao sistema do que sua preservação temporária: condutas graves permaneceriam a impedir o retorno ao serviço público pelo prazo de cinco anos, enquanto condutas gravíssimas não mais seriam objeto de impedimento até atuação assertiva do Poder Legislativo.

do órgão administrativo, o objetivo, o cargo e o subjetivo, o funcionário; alijam o agente público, abrem vaga no quadro (...).”²¹⁴

Para servidores não mais exercentes da função pública, a lei equipara a cassação de aposentadoria ou disponibilidade à sanção de demissão²¹⁵; evidentemente também aplicável a casos graves. Trata-se de uma sanção revocatória e não expulsiva, visto que o servidor não mais se encontra no desempenho de suas funções.

Do que mais releva para este tópico é que as sanções disciplinares, por consectário lógico dos bens (e objetividades) jurídicos protegidos pelo direito disciplinar, apresentam funções próprias, distintas das funções das sanções criminais. É certo que ostentam funções assemelhadas, na medida em que também reprimem e previnem geral e especificamente o cometimento de atos ilícitos por seres humanos vinculados estatutariamente à Administração. Mas tem mais funções do que essas. As sanções disciplinares não miram a pessoa do infrator como fim último de realização da Administração Pública (o que ocorreria se as funções das sanções fossem apenas repressivas e preventivas), elas enfocam o bom funcionamento do serviço público, o melhoramento da máquina administrativa, a marcha regular das atividades, elas protegem primordialmente a organização.

As sanções disciplinares são expressões do exercício da autotutela administrativa, em busca do interesse público da boa prestação das atividades confiadas ao Estado. E nessa feição de autocuidado com a organização em busca dos objetivos planejados não se confundem com as sanções de natureza criminal, embora delas se aproximem, quando por fim mediato, como meio à concreção do bom serviço, projetem a evolução do agente público. Esse é mais um dado de relevo na investigação da força de recepção pelo direito administrativo sancionador-disciplinar de princípio originariamente pensado ao direito penal, o que será tratado em momento apropriado, com a retomada das premissas agora expostas.

²¹⁴ VAROTO, Renato Luiz Mello. *Prescrição no Processo Administrativo Disciplinar*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 137.

²¹⁵ Art. 134, da Lei nº 8.112, de 1990: “Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão.”

2.1.3 Fontes do direito administrativo disciplinar

Por ora, valem ser feitas algumas digressões sobre as fontes do direito administrativo disciplinar, rememorando tratar-se de sub-ramo do direito administrativo sancionador, jungido às normas do direito constitucional, do direito administrativo e do direito penal, em um intercâmbio inspirado pelo eixo comum do *jus puniendi* estatal. O direito disciplinar, tal qual o direito administrativo sancionador, recebe os aportes principiológicos do direito sancionador constitucional e, em associação com o direito penal, recebe contributos normativos e teóricos do ramo punitivo de *ultima ratio*.

Há muito, teóricos do direito administrativo disciplinar defendiam o empréstimo de princípios e institutos do direito penal, arrazoados na analogia entre os ramos punitivos. Exemplificativamente, Cino Vitta, citado por Carlos de Barros Júnior²¹⁶, já defendia a analogia; José Guimarães Menegale²¹⁷, concordando com Cino Vitta, defendeu a analogia. Egberto Maia Luz, 1977, falava que há uma relação de analogia entre o direito penal e o direito disciplinar, pois ambos se identificam no direito de punir, que somente se encontra nas duas esferas: penal e administrativa. Sem a pretensão de reavivar a narrativa em torno da história dos comparativos entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, já exposta itens acima, é certo que a aproximação entre o direito penal e o direito disciplinar, particular ramo do direito sancionador, é longínqua. Hoje, com o desenvolvimento da sistematização do direito público sancionador, tem se tornado desnecessário o recurso à analogia, pois a comunicação entre ambas ramificações do direito se faz pela via do *jus puniendi* estatal, que representa a unidade do direito de punir do Estado²¹⁸.

O regime jurídico disciplinar se revela por meio de fontes formais escritas muito dispersas, não tendo sido impulsionada na história a codificação dos regramentos de matérias

²¹⁶ BARROS JÚNIOR, Carlos S. *Do Poder Disciplinar na Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 42.

²¹⁷ MENEGALE, José Guimarães. *O estatuto dos funcionários públicos*. vol. II. São Paulo: Forense, 1962, p. 582.

²¹⁸ “(...) o direito penal se vale de uma teoria geral do direito de punir do Estado, que se estende tanto para o sub-ramo do direito penal, quanto para os demais sub-ramos do direito público sancionador, do qual o direito penal, o direito administrativo, o direito tributário, o direito ambiental, dentre outros, fazem parte.” (DEZAN, Sandro Lúcio. *Uma teoria do Direito Público Sancionador: Fundamentos da Unidade do Sistema Punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2021, p. 8.)

administrativas²¹⁹; via de consequência, normas esparsas tratam da Administração Pública e de questões afetas à organização *interna corporis* dos servidores públicos, inexistindo um diploma único e bem organizado²²⁰.

Em matéria disciplinar, à identidade do direito administrativo sancionador, são considerados mananciais reveladores do regime jurídico: (i) princípios constitucionais, sejam próprios da Administração Pública, sejam de direito material ou processual sancionador, conformados aos pilares do princípio constitucional democrático, dos direitos fundamentais e das objetividades jurídicas protegidas pelas normas de disciplina; (ii) leis que exteriorizam os estatutos específicos dos servidores públicos, sendo tomado como modelo guia deste estudo o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União (Lei nº 8.112, de 1990); (iii) leis de direito administrativo, como a Lei de Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784, de 1999), Lei de Conflito de Interesses (Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013), Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (art. 20 e seguintes são normas de direitos administrativo – Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 e alterações), inexistindo no Brasil uma lei geral de direito administrativo sancionador; (iv) leis e mandamentos de direito público sancionador (note-se: não necessariamente direito administrativo sancionador), como a Lei nº 8.429, de 1992, recentemente alterada pela Lei nº 14.230, de 2021, o art. IX da Convenção da OEA²²¹,

²¹⁹ Gustavo Binenbojm explica que o direito administrativo brasileiro foi inicialmente inspirado pelo direito administrativo francês, diga-se a criação do Conselho de Estado pela primeira Constituição Imperial, apesar de o Brasil ter buscado para outras áreas do direito inspiração no direito norte-americano. O direito administrativo francês foi uma reação ao liberalismo revolucionário que pretendia subordinar a vontade estatal ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário. Em meio à era das grandes codificações, preferiu passar ao largo dela, para criar um arcabouço dogmático próprio, que até hoje é “caracterizado pela fragmentação e ausência de organização sistemática”. (BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, pp. 37-40.)

²²⁰ DEZAN, Sandro Lúcio. *Direito Administrativo Disciplinar: Princípios Fundamentais*. Vol. I. Curitiba: Juruá, 2013, p. 118.

²²¹ **Artigo XI**

Desenvolvimento Progressivo

I. A fim de impulsionar o desenvolvimento e a harmonização das legislações nacionais e a consecução dos objetivos desta Convenção, os Estados Partes julgam conveniente considerar a tipificação das seguintes condutas em suas legislações e a tanto se comprometem:

- a. o aproveitamento indevido, em benefício próprio ou de terceiros, por parte do funcionário público ou pessoa no exercício de funções públicas de qualquer tipo de informação reservada ou privilegiada da qual tenha tomado conhecimento em razão ou por ocasião do desempenho da função pública;
- b. o uso ou aproveitamento indevido, em benefício próprio ou de terceiros por parte de funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas de qualquer tipo de bens do Estado ou de empresas ou instituições em que este tenha parte aos quais tenha tido acesso em razão ou por ocasião do desempenho da função;

promulgado pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, o capítulo III da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, internalizado pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006; (iv) princípios já consagrados no direito penal devidamente adaptados, diante do silêncio ou das lacunas da lei administrativa. Veja-se abreviadamente cada qual.

O direito administrativo disciplinar, tal qual o direito administrativo sancionador, ou qualquer ramo do direito, extrai seu fundamento de validade e suas normas de maior estatura da Constituição Federal, notadamente do princípio constitucional democrático e dos direitos fundamentais, que estruturam o Estado constitucional e irradiam verdadeira força normativa a toda ordem jurídica. Demais dos princípios dedicados expressamente às atividades administrativas do art. 37 da Constituição Federal, constam da ordem constitucional princípios gerais vinculativos do processo administrativo e princípios de direito sancionador, ingressantes no direito disciplinar, tais quais o devido processo legal (art. 5º, LV), a vedação de aplicação de penas privativas de liberdade por autoridade administrativa civil (art. 5º, LXI), a vedação a penas de caráter perpétuo²²² (art. 5º, XLVII).

A Constituição Federal é a “fonte formal imediata de mais elevada hierarquia e relevância, embora não adentre os meandros das regulações específicas e detalhadas do direito disciplinar (...)”. Tem “sua normatividade fundada em preceitos abertos e plurissignificativos, vertidos em princípios de direito, os quais fornecem os contornos jurídicos basilares do direito sancionador da Administração Pública”²²³.

c. toda ação ou omissão realizada por qualquer pessoa que, por si mesma ou por interposta pessoa, ou atuando como intermediária, procure a adoção, por parte da autoridade pública, de uma decisão em virtude da qual obtenha ilicitamente, para si ou para outrem, qualquer benefício ou proveito, haja ou não prejuízo para o patrimônio do Estado; e

d. o desvio de bens móveis ou imóveis, dinheiro ou valores pertencentes ao Estado para fins não relacionados com aqueles aos quais se destinavam a um organismo descentralizado ou a um particular, praticado, em benefício próprio ou de terceiros, por funcionários públicos que os tiverem recebido em razão de seu cargo, para administração, guarda ou por outro motivo.

2. Entre os Estados Partes que os tenham tipificado, estes delitos serão considerados atos de corrupção para os propósitos desta Convenção.

3. O Estado Parte que não tiver tipificado qualquer dos delitos definidos neste artigo prestará a assistência e cooperação previstas nesta Convenção relativamente a esses delitos, na medida em que o permitirem as suas leis.

²²² Acerca da incidência do princípio sobre o direito administrativo disciplinar confira-se: STF, ADI nº 2975, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 07/12/2020, publicação em 04/02/2021.

²²³ DEZAN, Sandro Lúcio. *Direito Administrativo Disciplinar: Princípios Fundamentais*. Vol. I. Curitiba: Juruá, 2013, p. 127-128.

Abaixo dela, conformam o regime jurídico disciplinar as leis estatutárias, leis gerais da Administração Pública, leis de direito público sancionador²²⁴, inclusive tratados internacionais, que são recebidos com força de lei ordinária ou com status supralegal²²⁵, quando versam sobre direitos humanos e não são aprovados pelo Parlamento por procedimento similar à emenda constitucional, situação em que ingressam na ordem jurídica nacional na qualidade de norma de estatura constitucional²²⁶; depois os princípios do direito penal e sua desenvolta técnica sancionadora, que hoje são lidos como integrantes do direito público sancionador e não propriamente do direito penal. Do direito público sancionador, eles moldam o direito penal e também o direito administrativo sancionador em sua vertente disciplinar²²⁷, que não precisa se socorrer da analogia para colmatar o silêncio deixado pelas esparsas e fragmentadas leis administrativas. A fonte dos princípios e técnicas punitivas é o direito público sancionador; o direito penal, assim como o direito administrativo punitivo, nela encontram amparo.²²⁸

Enfocando-se especificamente os princípios constitucionais, ponto de relevo para o prosseguimento da pesquisa, viu-se que o regime jurídico-disciplinar, ramo do direito administrativo sancionador, também é composto por princípios constitucionais do regime democrático, bases fundantes da persecução punitiva estatal. Os princípios ingressam no direito administrativo sancionador e descem ao direito administrativo disciplinar com feições próprias, adaptadas aos bens (ou objetividades) jurídicos pretensamente tutelados e às funções das sanções, que diferem dos bens (ou objetividades) jurídicos agraciados pelo direito penal com suas correspondentes sanções.

²²⁴ DEZAN, Sandro Lúcio. *Uma Teoria do Direito Público Sancionador: Fundamentos da Unidade do Sistema Punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2021, p. 118.

²²⁵ A este respeito, vide STF, RE nº 466.343, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 03/12/2008, publicação em 05/06/2009.

²²⁶ Art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

²²⁷ DEZAN, Sandro Lúcio. *Uma Teoria do Direito Público Sancionador: Fundamentos da Unidade do Sistema Punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2021, p. 37-39.

²²⁸ Outros autores, como José Armando da Costa permanecem a arrazoar na analogia a comunicação entre o direito penal e o direito disciplinar, que, gize-se, somente pode ser realizada em benefício do acusado. “Desde que se leve em conta a diferenciação de conteúdo e finalidade existente entre as sanções penais e as disciplinares, não há oposição por parte dos doutrinadores, no que concerne à aplicação, por analogia, dos princípios do Direito Penal às transgressões disciplinares. (...) o direito punitivo, no gênero, não é aberto à analogia, exceção feita à analogia *in bonam partem*, que de algum modo beneficia o acusado.” (COSTA, José Armando da. *Direito Administrativo Disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 68-69.) Anteriormente, em 2013, Sandro Lúcio Dezan sustentou também a aplicação analógica do direito penal ao disciplinar. (DEZAN, Sandro Lúcio. *Direito Administrativo Disciplinar: Princípios Fundamentais*. vol. 1, Curitiba: Juruá, 2013, p. 95.)

O direito disciplinar, visando à proteção *interna corporis* da Administração Pública, desenha bem claramente a linha de distinção com o direito penal, vez que, mesmo condutas protegidas em simultâneo por ambas searas do direito, o são por razões de lesividade transcendente aos muros da Administração Pública (ou, segundo outra corrente de pensamento, por objetividades jurídicas distintas). O direito penal tutela a vida em sociedade, o direito administrativo cuida do bom andamento do serviço público, embora uma mesma conduta possa ter repercussões dentro e fora da ordem administrativa interna.

Bens (ou objetividades) jurídicos distintos atraem distintas funcionalidades às sanções. Com certa margem de liberdade - limitada pela coerência entre valores tutelados e sanções, bem como pela proporcionalidade entre a gravidade da lesão e medida da resposta - o legislador estatui as consequências desejadas pela ordem jurídica ao comportamento ilícito, não somente visando à vingança contra o infrator e prevenção de novas irregularidades, mas à própria restauração da ordem, que é o efeito da sanção mais desejado por todo o direito positivo (vejam-se as normas mais que perfeitas citadas no primeiro capítulo).

Quem dera ao ordenamento jurídico toda a sanção fosse acompanhada pela restauração do status quo ante, seja natural, seja jurídico, ou ao menos a maior aproximação dessa restauração. Quando possível, a previsão é bem-vinda. No direito disciplinar, sendo o bom andamento do serviço público o bem (ou objetividade) jurídico habitante das normas de conduta, as sanções visam, primordialmente, a restaura-lo, ao tempo em que também olham para o servidor e o atingem, seja para retribuir-lhe o mal, seja para ensiná-lo a se comportar, assim como aos seus demais pares.

As diferenças de bens (ou objetividades) jurídicos tutelados pelas normas de conduta, ao lado da natureza e das funções das sanções consecutórias, são dados importantes para a determinação da força de ingresso dos princípios constitucionais no direito disciplinar. A interpretação destes lindes depende, ainda, do cotejo com a medida de direitos fundamentais que resguardem, com efetividade, os servidores de eventual atuação arbitrária estatal. É dizer: de um lado, deve-se proteger o bom andamento do serviço, que enseja as funções de autotutela das sanções administrativas. De outro, deve-se observar o compromisso constitucional-democrático de concretização dos direitos e garantias fundamentais dos servidores, ainda que

vinculados por um estatuto próprio²²⁹. Eis o desafio posto ao exegeta na aferição da medida dos princípios constitucionais integrantes do direito disciplinar.

2.2 *Leit motiv*: reformas da lei de improbidade administrativa

Sendo o escopo deste trabalho investigar os contornos do princípio constitucional da retroatividade da sanção mais benéfica no seio do direito administrativo sancionador disciplinar, convém contextualizar a origem das inquietações sobre a matéria que não é pacífica nem clara na prática disciplinar cotidiana. É que alfim de 2021 foi publicada a Lei nº 14.230, de 2001, nominada nova lei de improbidade administrativa, a qual, a despeito de anunciar pontuais reformas à Lei nº 8.429, de 1992, trouxe um regime jurídico novo, com a exclusão e despenalização de diversas condutas, cujas práticas ainda podem ter permanecido moral e funcionalmente intoleráveis no seio da Administração Pública.

Sem a pretensão de tecer elogios ou críticas à nova redação da lei - que em alguns pontos trouxe notáveis contributos para a contenção de excessos em apreciações sancionadoras, noutros criou obstáculos à efetivação da função persecutória estatal -, as modificações repercutem não somente sobre a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário, mas sobre a atuação de órgãos administrativos federais de correição disciplinar²³⁰ embasada no Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, que se socorrem de preceitos da lei sancionadora geral para colmatar o conceito aberto da infração descrita no art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, textualmente: “improbidade administrativa”.

Nesse enfoque, primeiramente e de forma breve, abordar-se-á a topografia da improbidade administrativa na ordem jurídica atual, passando pelo princípio da moralidade administrativa na Constituição Federal, seu subprincípio da probidade e as repercussões no direito disciplinar. Depois, serão feitas considerações sobre as recentes modificações operadas

²²⁹ Não se falará neste trabalho em relação de sujeição especial, posto que advém de um conceito paralelo ao Estado autoritário, em que o soberano paira sobre os súditos, enquanto a Administração exerce poder supremo sobre os servidores e outros sujeitos a ela vinculados por normas específicas.

²³⁰ Também eventualmente de Estados e Municípios, seara que não faz parte deste estudo.

pela nova lei, de forma que ao leitor seja possível conjecturar sobre casos concretos que serão impactados com a interpretação sobre a incidência do princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao direito sancionador disciplinar. As reflexões práticas são importantes porque as decisões administrativas devem ser pautadas não somente por justificações lógicas e abstratas, devendo passar também pelo escrutínio dos efeitos concretos para escolha do melhor caminho dentre as opções juridicamente possíveis ao administrador público²³¹.

Por fim, será exposta a discussão e, posterior definição, realizada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a (não) aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benéfica no direito público sancionador. O debate não desceu ao direito administrativo disciplinar, embora sobre ele repercuta. Este trabalho não pretende responder às questões ali vazadas, mas traçar parâmetros para a tomada de decisão pela Administração Pública, naquilo que converge à atuação correcional interna.

2.2.1 *Moralidade e probidade na Administração Pública*

A moralidade é conceito fluido e impreciso. É princípio direcionado à Administração Pública, insculpido na Constituição Federal de 1988, art. 37, como valor a ser perfilhado em toda atuação administrativa²³². Afirma-se que possui pouca densidade jurídica²³³, que deve ser preenchida pelo intérprete. Em uma concepção positivista, deve emanar unicamente do próprio direito, dos valores extraídos de outros princípios e de regras positivados²³⁴; em uma concepção menos rígida, pode ser mais abertamente densificado, pois é uma noção que se compatibiliza

²³¹ Considere-se a afirmação inspirada no giro pragmático pelo qual vem passando o direito administrativo, ao lado do giro democrático-constitucional, conforme defende Gustavo Binbenbojm. (BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Sancionador*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 54.)

²³² O princípio também está encartado no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal.

²³³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gronet. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 897.

²³⁴ Para críticas contundentes ao juspositivismo e a pretensa segurança jurídica promovida pelo método, cf. DEZAN, Sandro Lúcio. *Fenomenologia e Hermenêutica do Direito Administrativo: Para uma Teoria da Decisão Administrativa*. Porto/Curitiba: Juruá, 2018, pp. 32-51, pp. 102-106.

com o tempo e os valores sociológicos de determinado lugar, que buscam o bem-estar geral da coletividade²³⁵.

Sem o intento de lucubrar sobre os conceitos de direito e moral, posto tema tormentoso e indatado da filosofia do direito, apenas para se estabelecer um ponto de partida à consideração do princípio da moralidade, é certa a inter-relação entre direito e moral. É que a despeito das pretensões de isolamento da ciência do Direito pelo positivismo jurídico, reconhece-se que a moralidade tem um papel ao menos anterior à instituição das normas jurídicas e aí está seu inquestionável ponto de contato. Miguel Reale explica que “o Direito não é algo diverso da Moral, mas é uma parte desta, armada de garantias específicas”, e que nem tudo que se passa no âmbito jurídico é ditado por motivos de ordem moral. Direito e Moral são como círculos secantes²³⁶. A moral é um conjunto de valores comuns compartilhados pelos membros da coletividade²³⁷ e uma vez inserida na ordem jurídica, ganha imperatividade.²³⁸

A questão da relação entre a moral e o direito recebe mais uma camada de complexidade quando a própria moral ingressa no direito na qualidade de princípio e, assim, textualmente, não apenas com regras específicas extraídas da moral social. Quando regras morais são reproduzidas no Direito, o isolamento da ciência jurídica para compreensão dos lindes do ‘dever ser’ pode ser factível, mas quando as normas de conduta não são especificadas e a moral penetra no direito com conteúdo impreciso, dependente de densificação e com normatividade primária²³⁹, os laços do direito com a moral desvelam-se e não podem ser rompidos. O princípio

²³⁵ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7ª ed. ver., ampl. e atual., 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 127. E também: GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. *Revista da EMERJ*, v. 6, n.º 21, 2003, pp. 211-234, p. 211.

²³⁶ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 27ª ed, 21ª tiragem, 2017, pp. 42-43.

²³⁷ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7ª ed. ver., ampl. e atual., 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 127.

²³⁸ Um passo acima da moral está a ética, concebida como “parte da filosofia que tem por objeto os valores que presidem o comportamento humano em todas as suas expressões existenciais.” Da ética derivam a moral, a política e o direito, que corresponderiam a momentos ou formas subordinadas de agir. A ética determina os valores fundantes do comportamento humano, “ao passo que a moral se refere mais à posição subjetiva perante esses valores, ou à maneira como eles se apresentam objetivamente como regras ou mandamentos. Sob esse ângulo, a moral representa a realização da ética in concreto, em nossa experiência de todos os dias.” Por isso, é comum que os conceitos sejam baralhados. A moral é subconjunto da ética. (REALE, Miguel. *Variações sobre Ética e Moral*. 13 de outubro de 2001. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/veticam.htm>. Consulta em: 06/07/2022.)

²³⁹ “O neoconstitucionalismo, ao aproximar o Direito e a moral, abre caminho para superação da visão positivista e legalista do Direito.

da moralidade termina sendo uma porta de comunicação com a moral social.²⁴⁰ Eis, a propósito, a moralidade administrativa a desafiar o intérprete na tarefa de integrar seu conteúdo: a administração pública obedecerá o princípio da moralidade, diz a Constituição. Abre-se ao intérprete o mister de traduzir a obrigação do aparelho estatal.

Conta-se que a ideia de moralidade jurídico-administrativa nasceu como enfrentamento à discricionariedade da Administração Pública, em atos que não se submetiam ao controle do Conselho de Estado francês. Maurice Hauriou, no início do século XX, defendeu que, para mais da legalidade dos atos administrativos, toda atuação administrativa deve estar submetida ao interesse público, fim último da Administração e que os atos desviantes, porque praticados com excesso ou desvio de poder, também deveriam estar sujeitos a controle, não com base na legalidade, mas com esteio na moralidade²⁴¹.

Após as práticas autoritárias durante a II Guerra, pretensamente legitimadas pelos textos jurídicos então vigentes, o positivismo jurídico, que supervalorizava a lei e os ideais de segurança, perde força e cede espaço a um novo paradigma jusfilosófico: o ‘pós positivismo’.

A partir das últimas décadas do século XX, com o surgimento da fase pós-positivista, as Constituições passaram a acentuar ‘a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.

Aliás, o traço característico do pós-positivismo é o reconhecimento da normatividade primária dos princípios constitucionais. Vale dizer: os princípios são considerados normas jurídicas, ao lado das regras, e podem ser invocados para controlar a juridicidade da atuação do Estado.” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do Direito Administrativo*. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: Método, 2013, p. 41.)

²⁴⁰ “A ética da qual se extraem os valores a serem absorvidos pelo sistema jurídico na elaboração do princípio da moralidade administrativa é aquela afirmada pela própria sociedade segundo as suas razões de crença e confiança em determinado ideal de Justiça, que ela busca realizar por meio do Estado. (...) A moralidade administrativa reflete ou condensa uma moral extraída do conteúdo da ética socialmente afirmada, considerando esta o conjunto de valores que a sociedade expressa e pelos quais se pauta em sua conduta. (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 191.);

Élcio D’Angelo e Suzi D’Angelo defendem que a ética do funcionário público recebe influxos de fora do direito, que está em constante aperfeiçoamento. “É sob o enfoque zetético e não dogmático, adotando os conceitos de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que o agente público deve, também, se pautar, pois é através da zetética que poderemos questionar posições até então indiscutíveis, como é o caso da improbidade administrativa, diferentemente do que ocorre na dogmática, seja jurídica ou não, que admite a existência de verdades absolutas, haja vista suas premissas serem inquestionáveis, sob pena de um dogma revelar-se sofisticado. (...) é sob o prisma zetético que a eticidade poderá utilizar-se de conceitos pertencentes ao âmbito da história, filosofia, medicina, antropologia, psicologia, etc., e tratando-se especificamente da ética na Administração Pública, estaremos diante da zetética analítica aplicada, haja vista os resultados desta investigação poderem ser aplicados no aperfeiçoamento da conduta ética do agente público.” (D’Angelo, Élcio; D’Angelo, Suzi. *O Princípio da Probidade Administrativa e a Atuação do Ministério Público*. Campinas: LZN Editora, 2003, pp. 131-132.);

Em sentido, contrário, defendendo que a moralidade é extraída de normas de comportamento juridicizadas: CAMMAROSANO, Márcio. Princípio da moralidade e improbidade administrativa. *Revista de Direito dos Advogados da União*, ano 8, n. 8, Brasília, out./2009, pp. 155-165, p. 162.

²⁴¹ GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. *Revista da EMERJ*, v. 6, n.º 21, 2003, pp. 211-234, p. 222-223.

O Estado não é um fim em si mesmo, é, isto sim, um instrumento de consecução do interesse público. Da disciplina interior da Administração advém o conjunto de regras conformadoras da moral administrativa voltadas à realização de bons resultados, ou seja, à realização do fim institucional²⁴². O agente público, segundo a moralidade administrativa, deve se submeter a um “sistema de moral fechada, próprio da Administração Pública, que exige de seus agentes absoluta fidelidade à produção de resultados que sejam adequados à satisfação dos interesses públicos, assim por lei caracterizados e a ela cometidos”²⁴³.

Desde os primórdios da construção do conceito de moralidade administrativa, então, o referencial utilizado foi a busca pela finalidade pública. A regra moral interna de mirar o interesse público deveria ser respeitada, afastando-se o agente público dela em duas hipóteses: ora quando extrapolasse suas competências invadindo a competência de outrem (excesso ou desvio de poder) ora quando praticasse o ato, com competência para fazê-lo, mas imbuído de móvel diverso da finalidade pública, que pode ser um interesse pessoal, de terceiro ou, simplesmente, fim público distinto daquele previsto na regra de competência (desvio de finalidade)²⁴⁴.

O Conselho de Estado francês encampou a tese e passou a anular atos administrativos por vício de competência ou ilegalidade no primeiro caso e por imoralidade no segundo. Desvios de finalidade consistiam em vícios relativos ao móvel do agente; é dizer: quando o agente se utilizasse do poder outorgado pela lei “para fins dissociados do interesse público a ser alcançado pela modalidade de ato utilizado (*la fin*) ou mesmo quando sua intenção (*but*), aparentemente direcionada à consecução dos objetivos contemplados em lei, buscasse satisfazer interesses meramente privados” incorreria em imoralidade²⁴⁵.

²⁴² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa do conceito à efetivação; *RDA*, Rio de Janeiro, pp. 190:44, out/dez 1992, p. 6.

²⁴³ A moral fechada, segundo o artigo, distingue-se da moral aberta, porque a segunda é individual, refere-se à consciência pessoal de cada um acerca do que é bom ou mau, ao passo que a primeira é social, referente a um grupo determinado e busca os fins do próprio grupo. O tema não foi esmiuçado em face dos objetivos deste trabalho. Para mais, cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa do conceito à efetivação; *RDA*, Rio de Janeiro, pp. 190-244, out/dez 1992.

²⁴⁴ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 26 e 30.

²⁴⁵ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7ª ed. ver., ampl. e atual., 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 134-135.

A moralidade administrativa ainda mais recentemente permanece plasmada na consecução do interesse público²⁴⁶, tal qual ideada por Maurice Hauriou. Mas não só. Passou a ser lida como um superprincípio que informa os demais princípios reguladores da Administração Pública²⁴⁷, segundo o qual a função administrativa deve ser desempenhada conforme os valores sociais prevalentes e deve se voltar à realização de seus fins²⁴⁸. A atuação deve cingir-se aos fins assinalados ao Poder Público, com suas competências bem demarcadas e, também, deve se pautar por um “senso moral no uso dos poderes jurídicos e dos meios técnicos e a conformidade desse uso com a própria ordem institucional”²⁴⁹. Nela reside a ideia de boa administração. Do enunciado é possível colher-se a referência a um aspecto subjetivo ao lado do aspecto objetivo²⁵⁰.

É que, para além dos resultados de acordo com o interesse público, em uma perspectiva objetiva, ganharam destaque os princípios éticos que devem permear os meios empregados pelo administrador, que, buscando a finalidade pública²⁵¹ (aspecto objetivo), deve agir com senso moral, ou seja, com honestidade, probidade, lhanza, sinceridade²⁵², fidelidade (aspecto subjetivo).²⁵³ Esses aspectos também podem ser considerados pautas de conduta estabelecidas

²⁴⁶ “Assumindo espontaneamente o ônus de gestão da coisa pública, tem o agente o dever de agir em harmonia com as finalidades institucionais próprias do órgão que ocupa, o que demonstra que o conceito de moralidade administrativa tem índole eminentemente teleológica.

(...)

A moralidade limita e direciona a atividade administrativa, tornando imperativo que os atos dos agentes públicos não subjuguem os valores que defluam dos direitos fundamentais dos administrados, o que permitirá a valorização e o respeito à dignidade da pessoa humana.” (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7ª ed. ver., ampl. e atual., 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 138-139.)

²⁴⁷ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 31.

²⁴⁸ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 192.

A mudança do modelo de administração burocrático para o gerencial eleva o nível de responsabilidade do agente público, que deve embasar suas condutas em vetores éticos de eficiência e boa gestão. (OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: Má Gestão Pública, Corrupção, Ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 43.)

²⁴⁹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 32-33.

²⁵⁰ A defender a existência de aspectos objetivos e subjetivos no princípio da moralidade administrativa, cf. OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: Má Gestão Pública, Corrupção, Ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 90-95.

²⁵¹ O que é controlado pelos requisitos do ato administrativo, como o objeto, a finalidade e a forma.

²⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Curso de Direito Administrativo”, 15ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 109.

²⁵³ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 63;

“(...) neste final de século, a moralidade administrativa não se restringe à verificação da obtenção de utilidade para a garantia de um determinado interesse público tido como meta da ação do agente. Mais que isto, a moralidade administrativa que se pretende ver acatada adentra o reino da finalidade de garantia da realização dos valores expressos na ideia do Bem e da Honestidade, que se pretendem ver realizados segundo o Direito Legítimo.

pela Administração para alcance de seus fins. Nos exatos termos do art. 2º, IV, da Lei nº 9.784, de 1999, a Administração Pública deverá atuar segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé²⁵⁴, pilares da moralidade administrativa que podem ser lidos sob prismas objetivos, como pautas de conduta²⁵⁵, e sob prismas subjetivos, como afetos à intencionalidade do agente.

No aspecto subjetivo, a obrigação de boa administração, advinda da moralidade administrativa, está atrelada ao foro íntimo do agente público ou a suas intenções; no aspecto objetivo, consiste em vícios de elementos do ato administrativo, como o motivo e objeto, quando se desviam do elemento finalidade, independente das boas intenções do agente. Os aspectos podem ou não coexistir, consistindo ambos em facetas da moralidade administrativa.

É possível haver violação à moralidade somente segundo o aspecto objetivo do princípio. Ilustra-se o quanto dito com exemplo trazido por Moreira Neto²⁵⁶ de um agente público de trânsito que encontra um motorista carregando em seu veículo equipamentos para pesca predatória e decide apreender-lhe a carteira de motorista para impedir que execute eventual infração contra o meio ambiente. O motivo é incompatível com o objeto, desvia-se da finalidade própria do ato, ainda que seu móvel tenha sido a precaução com os animais, uma boa intenção.

No exemplo, o ato dissociou-se da moralidade administrativa ou da obrigação de boa administração no aspecto objetivo. A moralidade administrativa abarca tanto aspectos objetivos da busca da finalidade pública da Administração, observando padrões de conduta preestabelecidos, independentemente da intenção do agente, como aspectos subjetivos, concernentes às intenções do agente de agir com honestidade, retidão, lealdade para com a

(ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 193.)

²⁵⁴ Sobre ser a moralidade administrativa o princípio da boa-fé objetiva na Administração Pública: GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa – história de um conceito. *Revista de Direito Administrativo*, n. 230, Rio de Janeiro, pp. 291-303, out/dez 2002, p. 300.

²⁵⁵ Emerson Garcia, separando a probidade da moralidade administrativa e inserindo um conteúdo estritamente objetivo à segunda, sustenta que a moralidade traduz padrões de boa conduta do bom administrador, entre ela os standards de conduta da boa-fé objetiva. (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7ª ed. ver., ampl. e atual., 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 138-139.). Fábio Medina Osório afirma que a boa-fé objetiva é um aspecto da moralidade, que nela não se esgota. (OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: Má Gestão Pública, Corrupção, Ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 90-91.).

²⁵⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa do conceito à efetivação. *RDA*, RJ, pp. 190-244, out/dez 1992, p. 12.

Administração. Como diz Hely Lopes Meirelles, “tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos como aquele que desprezou a ordem institucional e, embora movido por zelo profissional, invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confiado à sua guarda”²⁵⁷. Nessa toada, é amplo o espectro da moralidade administrativa, podendo ser considerado imoral um ato praticado com desonestidade ou um ato praticado com desvio de finalidade.

Da vastidão do princípio da moralidade administrativa extrai-se um subprincípio: a probidade administrativa²⁵⁸. Trata-se do nicho do princípio da moralidade que aglutina os preceitos éticos impostos à conduta do agente público, no sentido de que deve se orientar pela honestidade, pela lealdade, pela boa-fé de maneira evidente; de que não pode se utilizar da função pública para obter vantagens pessoais ou em prol de terceiros; de que deve ser lhalano, honrado, íntegro em seus atos. “Probidade significa retidão de conduta, honradez, lealdade, integridade, virtude e honestidade.”²⁵⁹

²⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª ed. atual., São Paulo: Malheiros, p. 91.

²⁵⁸ Como adeptos da corrente que advoga ser a probidade administrativa subprincípio da moralidade administrativa: MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 26 e 30; FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa – comentários à Lei nº 8.429/92 e legislação complementar*. 5ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 41; OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: Má Gestão Pública, Corrupção, Ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 85; Mas há doutrina que defende deter a probidade administrativa conteúdo maior do que a moralidade administrativa, com esteio na concepção de que configura ato de improbidade administrativa a violação a vários princípios, entre eles a legalidade, a impessoalidade ou a própria moralidade. Não se atentou esta doutrina que a violação daqueles princípios, para configurar improbidade impescinde do elemento subjetivo do agente, quais sejam, a desonestidade, a má-fe, a malícia, elementos que sempre estarão presentes quando sua violação implicar improbidade administrativa e não estarão presentes quando forem violados pura e simplesmente. Citam-se: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa: Direito Material e Processual*. 2ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Método, 2014, p. 7; GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 102; Probidade é espécie do gênero moralidade administrativa. Improbidade é imoralidade qualificada. (...) Toda improbidade deriva de uma imoralidade administrativa, mas nem toda imoralidade constitui uma improbidade administrativa. (...) É correto afirmar que o dever de probidade descende de uma ética institucional peculiar ao setor público, traduzindo um ponto de encontro entre normas éticas e jurídicas, nos limites da segurança e da capacidade de serem previstas as decisões dos operadores do direito”. (OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: Má Gestão Pública, Corrupção, Ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 89.)

²⁵⁹ SILVEIRA, Ana Cristina Melo. *A Probidade Administrativa como Direito Difuso*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b1c5d6d28abda1b5>. Acesso em: 06/07/2022.

O princípio congrega o aspecto subjetivo²⁶⁰ da moralidade *na medida mais cara à Administração*, tanto que sua inobservância conduz às graves sanções previstas pelo próprio diploma maior, no art. 37, § 4º: “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”²⁶¹

Probidade corresponde à habilitação moral dos agentes públicos, que devem ser guiados pelo senso moral no exercício da atividade pública; refere-se à honestidade dos meios e fins empregados pelos agentes públicos, à observância dos valores da boa administração, ao cumprimento dos deveres éticos internos da Administração.²⁶² Improbidade, *contrario sensu*, consiste na completa inabilitação moral e no desvio ético do servidor; refere-se aos princípios éticos mais estimados pela Administração Pública²⁶³, aqueles que se revelam essenciais para a

²⁶⁰ Embora alguma doutrina conceitue improbidade administrativa como violação a deveres de honestidade e eficiência, o segundo em razão da modalidade culposa dos atos de improbidade oriundos da original redação da Lei nº 8.429, de 1992, e de sua interpretação pelos tribunais, pensa-se que não há possibilidade de alguém ser ímprobo culposamente, porque a honestidade e a lealdade são elementos subjetivos do agente correspondentes à vontade consciente de tirar proveito ou causar algum mal à entidade a que serve. O mal-entendido foi esclarecido pela Lei nº 10.420, de 2001, que explicou que a improbidade administrativa somente admite a modalidade dolosa. Exemplo da confusão que a admissão de uma modalidade culposa para a improbidade administrativa gerou na conceituação da improbidade administrativa, cita-se:

“Mais especificamente, a improbidade decorre da quebra do dever de probidade, que descende, diretamente, do princípio da moralidade administrativa, traduzindo dois deveres fundamentais aos agentes públicos: honestidade e eficiência funcional mínima. Daí decorre a ideia de que improbidade revela violação aos deveres de honestidade lato sensu e eficiência profissional em sentido amplo. Ímprobo é agente desonesto, tanto que se fala, de modo pouco técnico, em lei anticorrupção (terminologia impregnada de conteúdo de direito penal), indicando-se que a falta de honestidade é causa de improbidade; mas também ímprobo o agente incompetente, aquele que, por culpa, viola comandos legais, causando lesão ao erário, demonstrando ineficiência intolerável no desempenho de suas funções.” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade Administrativa*. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1998, pp. 61-61.) No mesmo sentido ora defendido, Marcelo Figueiredo:

“(…) não nos parece crível punir o agente público, o equiparado, quando o ato acoimado de improbidade é, na verdade, fruto de inabilidade, de gestão imperfeita, ausente o elemento ‘desonestidade’, ou de improbidade propriamente dita. (FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa – comentários à Lei nº 8.429/92 e legislação complementar*. 5ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 42.)

²⁶¹ “A norma constitucional [art. 37, § 4º] criou aí um subprincípio ou uma regra derivado do princípio da moralidade administrativa: a probidade administrativa, que assume paralelamente o contorno de um direito subjetivo público a uma Administração proba e honesta, influenciado pela conversão instrumentalizada de outros princípios da Administração Pública (notadamente, impessoalidade, lealdade, imparcialidade, publicidade, razoabilidade) e pelo cumprimento do dever de boa administração.” (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 103.)

²⁶² MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 109-110.

²⁶³ Fábio Medina Osório explica que não são todos os atos de desonestidade merecedores das mais altas repressões; há condutas desonestas de dimensões intermediárias, que não se qualificam como podridão moral, embora sejam reprováveis. Deve haver ponderação de valores para compreensão da improbidade (ou corrupção). (OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: Má Gestão Pública, Corrupção, Ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 64).

manutenção, continuidade, existência da Administração Pública, tanto que sua inobservância redunde em graves sanções estipuladas pela Constituição.

Usualmente, atos de improbidade são chamados atos de corrupção, em que, ao invés do bem comum, o agente público confunde os espaços público e privado e utiliza o aparato público em proveito pessoal ou de terceiros, expressão de uma administração de cariz patrimonialista²⁶⁴. Não à toa, Daniel Amorim Assumpção Neves, Rafael Carvalho Rezende de Oliveira²⁶⁵, Fábio Medina Osório²⁶⁶, José Armando da Costa²⁶⁷, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves²⁶⁸ iniciam suas obras sobre improbidade administrativa a partir de lucubrações sobre atos de corrupção. Marino Pazzaglini Filho chega a afirmar que improbidade administrativa é “sinônimo jurídico de corrupção e malversação administrativas”; “é violação ao princípio constitucional da probidade administrativa, isto é, ao dever do agente público de atuar sempre com probidade (honestidade, decência, honradez) na gestão dos negócios públicos”.²⁶⁹

Corrupção e a improbidade são, pois, faces da mesma moeda, mas a improbidade não se esgota na dimensão patrimonial corrupção, flagelando mais do que bens jurídicos de cunho econômico.²⁷⁰ Em linguagem jurídica, improbidade opõe-se ao dever de probidade que impinge

²⁶⁴ Cf. SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o Autoritarismo Brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019; FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*. 5ª ed., São Paulo: Globo, 2012; HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

²⁶⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa: Direito Material e Processual*. 2ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Método, 2014, p. 3-6.

²⁶⁶ Embora o autor entenda ser a corrupção um conceito impreciso, vê segurança no conceito no ponto em que se assenta na grave desonestidade funcional. Afirma que a improbidade administrativa mais abrangente do que ele, por alcançar comportamentos “não intencionais, apenas violadores de cuidados objetivos e diligentes que deveriam ser tomados”. Corrupção seria o comportamento desonesto, doloso. (OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: Má Gestão Pública, Corrupção, Ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 27-38 e 60.)

²⁶⁷ COSTA, José Armando da. *Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa*. 2ª ed. ver. atual. e ampl., Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 51-60.

²⁶⁸ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 49-87.

²⁶⁹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada: Aspectos Constitucionais, Administrativos, Civis, Criminais, Processuais e de Responsabilidade Fiscal*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 18-19.

²⁷⁰ Marçal Justen Filho, adotando um conceito de corrupção vinculado ao conceito penal, afirma que a corrupção não se confunde com improbidade. Uma mesma conduta pode ser corrupta e ímproba, mas pode haver improbidade sem corrupção. Afirma que a improbidade “consiste em uma ilegalidade que envolve também uma violação à honestidade. Justamente por isso apresenta usualmente uma dimensão patrimonial relevante. Não significa afirmar que improbidade envolva exclusivamente atos patrimonialmente danosos ao Estado. Pode haver improbidade sem lesão patrimonial, naqueles casos em que houver a violação a um dever de honestidade destituído de cunho diretamente econômico.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da Lei de Improbidade Administrativa Comparada e Comentada: Lei nº 12.430, de 25 de outubro de 2021*. Rio de Janeiro: Forense, 2022, pp. 8-12 e 16.)

ao servidor que sirva “à Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções sempre no intuito de realizar os interesses públicos, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”.²⁷¹

O princípio da probidade administrativa é mais claramente demarcado pela ordem jurídica do que o grande princípio da moralidade administrativa, pois é esmiuçado por uma série de normas infraconstitucionais dirigidas aos agentes públicos em suas diversas espécies de cargos e ocupações²⁷². Citam-se, em vista do escopo do presente trabalho, o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, instituído pelo Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994, e a Lei nº 8.429, de 1992, que, por meio da especificação do que não é probidade, delimita os contornos do princípio da probidade administrativa aos servidores públicos civis federais. O Código de Ética afirma positivamente os deveres éticos mais comezinhos e mais caros ao servidor (ao final também negativamente) e a lei de improbidade administrativa os afirma negativamente.

Do anexo único do primeiro diploma colhe-se que o servidor deve observar, *verbi gratia*, a dignidade, o decoro, o zelo, a consciência dos princípios morais (Seção I, I), deve distinguir entre o bem e o mal (Seção I, III), deve buscar sempre o bem comum (Seção I, III), deve agir com profissionalismo (Seção I, IV), deve agir com sinceridade (Seção I, VIII), deve ser reto, leal (Seção II, XIV, “c”), deve ser respeitoso e tratar com dignidade os destinatários da atividade (Seção II, XIV, “g”), deve resistir ao auferimento de quaisquer benesses pessoais em troca de favores (Seção II, XIV, “i”). Nem todos os preceitos éticos do código de conduta fazem parte do princípio da probidade administrativa, embora sejam sempre parte do superprincípio da moralidade administrativa. No seio da probidade administrativa estão os comandos éticos mais importantes, cuja inobservância configura grave atentado contra a ordem administrativa. Veja-se a respeito o magistério de Fábio Medina Osório:

“Os deveres de observar máximo decoro na vida pública e privada, de cortesia, celeridade e tantos outros, podem integrar categorias distintas de obrigações dos servidores públicos (...). Todavia, tais deveres certamente não constituem o núcleo básico da probidade administrativa, quer dizer, não estão absorvidos integralmente pelo dever de probidade. É verdade que esses mesmos deveres podem estar parcialmente absorvidos pela probidade, de modo excepcional,

²⁷¹ CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 1994, tomo 2, p. 749.

²⁷² Não somente aos agentes públicos, conforme artigos iniciais da Lei nº 8.429, de 1992, mas a afirmação é feita considerando o objeto de presente trabalho.

dependendo da intensidade da conduta transgressora e dos demais requisitos de adequação típica.

(...) há alternativas flexíveis ao intérprete, mas é necessário compreender a lógica da argumentação que conduz ao reconhecimento do dever de probidade. Essa lógica começa pela diferenciação dos deveres públicos e pela pertinência dos critérios de proporcionalidade na avaliação das transgressões.²⁷³

Mostrando a essencialidade da observância dos princípios éticos mais importantes, a Lei nº 8.429, de 1992, complementa a ordem jurídica especificando as condutas que violam de forma tão grave estes nortes éticos de conduta que desvirtuam o servidor do reto proceder contido no princípio da probidade administrativa. De forma inédita, sem precedentes na ordem jurídica brasileira, a Lei nº 8.429, de 1992, estatui os comportamentos repudiados pela ordem ética administrativa, ultrapassando o vetusto enriquecimento ilícito, prática que, desde os tempos imperiais, já era considerada inaceitável no seio da Administração Pública²⁷⁴. A lei estabeleceu três espécies de contrariedades à probidade administrativa: (i) atos que configuram enriquecimento ilícito do agente público; (ii) atos que redundam prejuízo ao erário; (iii) atos que atentam contra os princípios da Administração Pública. Para cada qual, na redação original, descreveu exemplificativamente situações em que as modalidades se configurariam.

2.2.2 *Improbidade administrativa disciplinar*

Como não poderia deixar de ser, por se tratar de princípio vital à Administração Pública e por tocar diretamente à conduta dos agentes públicos, a probidade administrativa também encontra assento no direito disciplinar (e não somente no direito sancionador geral). Para mais de um comando constitucional abstrato de agir de forma proba e dos comandos específicos da lei de improbidade administrativa, a ordem jurídica dá à Administração autonomia para, no exercício do controle interno autotutelar, perquirir a ocorrência de atos de seus agentes que se afastem do princípio da probidade e dar soluções *interna corporis*, que garantam o bom

²⁷³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: Má Gestão Pública, Corrupção, Ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 126.

²⁷⁴ Cf. Título LXXI do Livro V das Ordenações Filipinas de 1603.

funcionamento de suas atividades. Sem a dependência da atuação de órgãos externos de controle, a eficácia do programa ético-constitucional ampara-se também na cominação de sanções por ilícitos disciplinares, cabendo à própria autoridade hierárquico-disciplinar a tarefa de concretização normativa.

A improbidade administrativa constitui ilícito disciplinar da mais elevada gravidade, pelo que não dizer gravíssimo. Encontra-se sinteticamente tipificada no art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990, sob o preceito primário “improbidade administrativa”. Servidores públicos tachados da pecha de improbidade administrativa são considerados desonestos, não merecedores da confiança designada, por necessidade do serviço, aos sujeitos vinculados estatutariamente à Administração, revelando-se indivíduos absolutamente prejudiciais aos quadros de pessoal. O tipo visa a proteger a confiabilidade das atividades administrativas, o patrimônio público e, principalmente, a moralidade administrativa em seu mais alto grau.

Sucedem que o tipo disciplinar é deveras sintético e aberto, não traduzindo de modo preciso quais práticas são consideradas ímprobas. Carece de densificação no passo em que a ordem jurídica já esmiuçara o princípio da probidade no direito sancionador geral²⁷⁵. Diz-se que constitui norma disciplinar em branco²⁷⁶, a depender de outros diplomas (de mesma ou de estatura inferior) para sua completa compreensão.

Assim é que o preceito se encaminha ao outro diploma jurídico que preencha de maneira clara o conteúdo da conduta punível. A improbidade administrativa é complementada pela Lei nº 8.429, de 1992²⁷⁷, norma do direito sancionador geral que densifica o conteúdo do princípio da probidade administrativa. Aliás, em remessa convergente, a própria lei de improbidade administrativa expressamente determina, no art. 14, § 3º, a apuração de notícias infracionais de condutas ímprobas de servidores pelo pertinente processo administrativo disciplinar.

²⁷⁵ José Armando da Costa noticia que primeiramente foi tipificado o ilícito disciplinar e somente dezoito meses depois seu conteúdo pôde ser preenchido, com a edição da Lei nº 8.429, de 1992. (COSTA, José Armando da. *Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa*. 2ª ed. rev. atual. e ampl., Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 22.)

²⁷⁶ DEZAN, Sandro Lúcio. *Ilícito Administrativo Disciplinar em Espécie*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 219.

²⁷⁷ “Ao prever a demissão do servidor que incorre em ato de improbidade administrativa, a Lei nº 8.112/1990 (art. 132, IV) remete às condutas tipificadas na Lei nº 8.429/1992, incorporando-as ao seu sistema como infrações funcionais, razão pela qual, nessa qualidade, podem ser apuradas e punidas pela própria Administração”. (STF, RMS nº 30010, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 15/12/2015, publicação em 17/02/2016.)

Nessa remessa recíproca, a parte integradora da norma disciplinar, ainda que topograficamente encartada em outra norma jurídica, passa a pertencer ao direito disciplinar, por seu papel complementar do tipo. Daí a importância das recentes alterações por que passou a lei de improbidade administrativa também ao direito disciplinar. As modificações legislativas não somente impactam a atuação persecutória dos órgãos do Ministério Público e de outros órgãos de controle da probidade pelo direito sancionador geral, como também a prática correcional interna de toda Administração Pública Federal. A este respeito, vejam-se as alterações relevantes para o direito disciplinar.

2.2.3 Alterações da lei de improbidade administrativa pela Lei nº 14.230, de 2021

A Lei nº 8.429, de 1992, sofreu profundas alterações pela Lei nº 14.230, de 2021. Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende de Oliveira afirmam que a reforma legislativa descaracterizou o combate à corrupção proclamado pela lei anterior, tendo restado apenas a numeração do diploma. Trata-se de uma nova lei, em que pese sob a mesma numeração²⁷⁸.

As modificações mais emblemáticas empreendidas pela novel lei concernem²⁷⁹: (a) à exigência de dolo específico para caracterização dos atos de improbidade administrativa, considerando-se na letra da lei dolo “a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito” de qualquer das três modalidades de atos tipificados nos arts. 9º, 10 e 11, sendo insuficiente a mera voluntariedade do agente, a culpa grave ou o erro grosseiro (art. 1º, §§ 2º e 3º); (b) à expressa remissão aos princípios constitucionais de direito administrativo sancionador (art. 1º, § 4º); (c) à eliminação da cláusula geral de enriquecimento ilícito presumido (art. 9º, VII); (d) à tipificação exaustiva das condutas ímprobas com a eliminação das hipóteses exemplificativas e conceitos indeterminados atinentes à violação de princípios (art. 11); (e) à alteração de prazos

²⁷⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção de.; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa: Lei nº 13.230, de 25.10.2021, Comentada Artigo por Artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 3.

²⁷⁹ Não serão referenciadas todas as modificações, em virtude da pluralidade delas e do escopo deste tópico, que deve encerrar os impactos das alterações ao direito disciplinar.

prescricionais para menos, tornando-se marco inicial a data do fato e não a ciência pela Administração Pública (art. 23); (f) à exclusão da legitimação ativa de inúmeros órgãos de controle, restringindo-a exclusivamente ao Ministério Público (art. 17). Veja-se abreviadamente cada uma das alterações citadas.

(a) Exigência de dolo específico

Em sua redação original, os tipos dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429, de 1992, admitiam a forma dolosa de cometimento do ato ilícito, e o art. 10 - improbidade administrativa que implica prejuízo ao erário - admitia, ao lado do dolo genérico, a forma culposa de ação. Dolo consiste na vontade livre e consciente dirigida a realizar a conduta prevista no tipo acompanhada da previsibilidade e desejo do resultado (dolo direto) ou da aceitação dele (assunção do risco de produzi-lo - dolo indireto). O dolo genérico esboça-se quando o tipo não prevê qualquer finalidade específica, ao passo que o dolo específico decorre dos tipos que preveem a finalidade do agente como mais uma elementar. Por sua vez, a culpa consiste em uma conduta voluntária e consciente, mas cujo resultado não é previsível (culpa inconsciente) ou, se previsto, não é desejado pelo agente (culpa consciente)²⁸⁰.

A Lei nº 10.430, de 2021, eliminou a modalidade culposa da improbidade administrativa. E estabeleceu que atos de improbidade são sempre dolosos e devem mirar fim específico: o resultado descrito em cada uma das hipóteses legais. A lei, no entanto, não utiliza em cada um dos tipos ímprobos a expressão “com o fim de”, mas alfim das descrições típicas, no art. 11, §§ 1º e 2º, estabelece que somente haverá improbidade administrativa “quando for comprovado na conduta funcional do agente público *o fim de* obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade”. Então, em todas as modalidades de improbidade administrativa, a intenção do agente deve ser a mesma: auferir vantagem pessoal ou para terceiros.

Na improbidade por enriquecimento ilícito do art. 9º, em que a finalidade é auferir vantagem patrimonial com o uso do cargo, parece que as finalidades são convergentes. Na

²⁸⁰ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: Volume Único*. 8ª ed. rev., atual. e ampl., Salvador: JusPodivm, 2020, pp. 256-262.

improbidade por lesão ao erário do art. 10, contudo, a causação de danos à entidade agora deve estar acompanhada de mais este elemento finalístico de obtenção vantagens pessoais ou de terceiros; na improbidade por violação a princípios do art. 11, somente essa deve ser a finalidade do agente. Para a lei, o caráter doloso dos atos, ou seja, a deslealdade, a má-fé subjetiva, a desonestidade, a falha de caráter, a falta de honra, estão contidos na fórmula ‘fim de obtenção de proveito pessoal ou de terceiros’.

Em que pese a jurisprudência admitisse outrora, na esteira da lei expressa, a modalidade culposa da improbidade administrativa do art. 10²⁸¹, no direito disciplinar de âmbito civil federal, em todas as modalidades não eram procedidas condenações por culpa, por se entender que a desonestidade, a má-fé, o mau caráter de alguém não pode estar associado à culpa, senão necessariamente ao dolo. Neste sentido, o Parecer AGU nº GQ-200, de 1999, já orientava: “(...) Improbidade administrativa é ato necessariamente doloso e requer do agente conhecimento real ou presumido da ilegalidade de sua conduta.” A mesma inteligência já era perfilhada por Ivan Barbosa Rigolin e por José Armando da Costa:

“Improbidade administrativa (...) quer dizer desonestidade, imoralidade, prática de ato ou atos ímprobos, com vista a vantagem pessoal ou de correlato do autor, sempre com interesse para o agente. A improbidade é sempre ato doloso, ou seja, praticado intencionalmente, ou cujo risco é inteiramente assumido. Não existe improbidade culposa, que seria aquela praticada apenas com imprudência, negligência, ou imperícia, porque ninguém pode ser ímprobo, desonesto, só por ter sido imprudente, ou imperito, ou mesmo negligente. Improbidade é conduta com efeitos necessariamente assumidos pelo agente, que sabe estar sendo desonesto, desleal, imoral, corrupto.”²⁸²

“Não sendo concebível que uma pessoa enriqueça ilicitamente, que cause prejuízo ao erário ou que transgrida os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e deslealdade às instituições públicas, por ação meramente culposa (negligência, imprudência, imperícia), forçosamente haveremos de concluir que o elemento subjetivo do delito disciplinar improbidade é o dolo”²⁸³.

²⁸¹ STJ, AgInt no AREsp nº 1391197, Primeira Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgamento em 14/02/2022, publicação em 16/02/2022.

²⁸² RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao Regime dos Servidores Públicos Civis*, 7ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 324.

²⁸³ COSTA, José Armando da. “Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa”, 2ª ed. ver. atual. e ampl., Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 27.

O elemento subjetivo da improbidade é justamente a violação do aspecto subjetivo da moralidade – a probidade administrativa – em seu mais alto grau. A nova lei veio a esclarecer a celeuma que vigia na doutrina, que intentava, por força de determinação legal, enquadrar a culpa como improbidade. Na prática correcional federal, entretanto, a mixórdia não se operava, sendo perquirido sempre o dolo antiético para verificação da incidência das normas de contenção interna. Apesar de se falar em dolo genérico, em princípio, ele não se afasta do dolo específico de obtenção de benesses pessoais e a terceiros traduzido pela lei.

(b) remissão a princípios constitucionais de direito sancionador

Como extensamente explicitado no primeiro capítulo, a teoria da unidade do *jus puniendi* estatal, estribado em normas constitucionais e em um ferramental operacional que descende efeitos tanto ao direito administrativo quanto ao direito penal, está em franca ascensão. A teoria, ao que parece, foi acolhida pela ordem jurídica brasileira expressamente, no art. 1º, § 4º, da lei de improbidade administrativa, que admite a existência de princípios constitucionais próprios do direito administrativo sancionador. Como o termo não é utilizado pela Constituição brasileira, interpreta-se que tais princípios se circunscrevem aos direitos e garantias fundamentais outrora integrantes somente do direito penal, como a legalidade, a tipicidade, a presunção de inocência, a vedação a penas perpétuas. A tarefa, por ora, é estabelecer os matizes com que ingressam em cada uma das searas do direito sancionador. Para o objetivo deste trabalho, firmar os matizes com que ingressam no direito administrativo disciplinar, sub-ramo do direito administrativo sancionador.

(c) modificações ao tipo enriquecimento ilícito presumido (art. 9º, VII)

O inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, cuidava do enriquecimento ilícito presumido, que corroborava a obrigação de transparência do agente público sobre sua evolução patrimonial. O agente público deveria justificar à Administração rendas, propriedades ou movimentações financeiras incompatíveis com os recebimentos em contrapartida da atividade pública ou outra atividade conhecida e declarada. A verificação de patrimônio a descoberto fazia presumir, em desfavor do agente público, o enriquecimento ilícito. As modificações

trazidas à lei pretenderam trazer maior ônus probatório à Administração, ultrapassando a prova do incremento patrimonial, e livrar o servidor do ônus probatório da licitude dos recursos movimentados, a partir da inserção e ênfase na correspondência das vantagens indevidas com o exercício do cargo público. Com mais essa elementar do tipo, pretendeu-se extinguir ou ao menos mitigar o enriquecimento ilícito por presunção²⁸⁴ e casos passados em que não houve a prova da troca de benesses administrativas por vantagens patrimoniais podem ser impactados.

(d) tipificação exaustiva da violação a princípios

As modificações excluíram a abertura e indeterminação dos princípios da Administração do tipo infracional, porque foi excluída a expressão “notadamente”, por “caracterizada uma das seguintes condutas”, ou seja, somente nas hipóteses detalhadamente descritas podem ser considerados violados princípios da Administração Pública, como negar publicidade a atos oficiais, frustrar o caráter concorrencial de concurso público, nepotismo (desde que demonstrada a finalidade ilícita do agente - § 5º). Diversos outros fatos gravíssimos merecedores de severa reação da ordem jurídica quedaram-se sem reprimenda, como por exemplo: tortura praticada por policial ou agente de segurança pública²⁸⁵; maus-tratos a crianças em creches públicas; médico plantonista que trabalha sem diploma de medicina revalidado no Brasil²⁸⁶; utilização de viatura da polícia para frequentar festa, com disparo de tiros que culmina na morte de uma criança²⁸⁷; recebimento indevido de auxílio emergencial; assédio moral²⁸⁸ e sexual²⁸⁹; racismo, etc. As alterações impactarão sensivelmente as atividades correcionais da

²⁸⁴ Marçal Justen Filho defende que o tipo presuntivo permanece, cabendo ao agente público comprovar a origem legítima do patrimônio a maior: “Deve-se reputar que, se o agente público se encontrar no exercício da função pública concomitantemente à verificação da aquisição do bem, incide a presunção. Isso não elimina a possibilidade de o agente produzir a prova da origem legítima da aquisição da riqueza.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da Lei de Improbidade Administrativa Comparada e Comentada: Lei nº 12.430, de 25 de outubro de 2021*. Rio de Janeiro: Forense, 2022, pp. 87.)

²⁸⁵ STJ, REsp nº 1081743, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgamento em 24/03/2015, publicação em 22/03/2016.

²⁸⁶ STJ, AgInt no AREsp nº 1745179, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgamento em 27/09/2021, publicação em 08/10/2021.

²⁸⁷ STJ, AgInt no REsp nº 1701967, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgamento em 18/09/2018, publicação em 19/02/2019.

²⁸⁸ STJ, AgInt no Resp nº 1804136, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgamento em 03/03/2020, publicação em 06/03/2020.

²⁸⁹ STJ, AgInt no REsp nº 1682238, Segunda Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgamento em 16/08/2021, publicação em 19/08/2021.

Administração Pública federal, pois inúmeras condutas antiéticas de natureza gravíssima não foram listadas nos taxativos incisos do tipo infracional.

(e) prazos prescricionais

As inovações da LIA estabeleceram novo prazo para persecução punitiva estatal com marco inicial na data do fato e não mais atrelado à função pública; além da prescrição intercorrente no prazo de quatro anos. As mudanças não impactarão a persecução disciplinar da Administração Pública federal, pois esta é regida por lei específica com prazos prescricionais próprios (art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990).

(f) legitimação ativa exclusiva do Ministério Público

A nova lei afirmou a legitimidade exclusiva do Ministério Público Federal para suscitar ações persecutórias em prol da probidade administrativa conforme a Lei nº 8.429, de 1992 (arts. 17, caput e §§ 14 e 20, e 17-B, da Lei 8.429/1992, alterados e incluídos pelo art. 2º da Lei 14.230/2021, e arts. 3º e 4º, X, da Lei 14.230/2021). Retirou a legitimidade dos entes lesados para propositura da ação, tendo estes se quedado na dependência da atuação do Ministério Público, que poderia optar ou não pelo prosseguimento de suas ações. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.042²⁹⁰, o Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação, para reconhecer a existência de legitimidade concorrente entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para proposição da ação por improbidade administrativa. Os debates não têm repercussão na seara disciplinar, permanecendo a autoridade hierárquico-disciplinar apta a coibir a improbidade administrativa nos lindes *interna corporis* com penas que não ultrapassam as relações estatutárias de servidores outrora previstas.

Portanto, as modificações da nova lei mais impactantes para o direito disciplinar federal passam pelas alterações descritivas dos tipos infracionais da improbidade administrativa,

²⁹⁰ STF, ADI nº 7042, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 31/08/2022, ainda não publicado.

exemplificados nos itens “c” e “d”. Há outras não explicitadas²⁹¹. Tratando-se o tipo disciplinar ‘improbidade administrativa’ de norma disciplinar em branco, as modificações empreendidas pela Lei nº 14.230, de 2021, ingressam na ordem jurídica disciplinar e modificam a forma de incidência e exame dos elementos configuradores da infração de âmbito *interna corporis* da Administração.

2.2.4 ARE nº 843.989

A multiplicidade e a profundidade das alterações da lei de improbidade administrativa geraram debates na comunidade jurídica acerca da incidência do princípio da retroatividade da lei sancionadora mais benéfica aos casos em andamento, bem como aos casos já julgados. O Supremo Tribunal Federal afetou à repercussão geral o Agravo no Recurso Extraordinário nº 843.989, sob o tema nº 1.199: “definição de eventual (ir)retroatividade das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente.”²⁹²

Na origem, trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em desfavor de uma procuradora que havia sido contratada, mediante contrato de prestação de serviços advocatícios para defesa dos interesses autárquicos em juízo. O INSS, sob a alegação de ter a advogada agido com negligência, perdendo inúmeros prazos para contestar, embargar, apelar, pleiteia a condenação ao ressarcimento de prejuízos causados. A ação foi julgada improcedente em primeira instância e foi anulada em segunda, para que fosse refeita a instrução probatória. Recursos ventilados para o Superior Tribunal de Justiça e para o

²⁹¹ O art. 10 *caput* passou a exigir efetiva e comprovada lesão ao erário, o que encerra o debate jurisprudencial sobre a possibilidade de caracterização de ato de improbidade com base em dano presumido ao erário (*in re ipsa*); o art. 10, VIII, passa a exigir a perda patrimonial efetiva para punição por frustração de processo licitatório ou seletivo; o inciso XXI do art. 10 foi revogado, então deixa de ser ato ímprobo a liberação de recursos sem a observância de normas e o ato de influenciar a aplicação irregular de recursos, em se tratando de parceria entre a Administração Pública e entidade privada.

²⁹² STF, ARE nº 843.989, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 24/02/2022, publicação em 04/03/2022.

Supremo Tribunal Federal, com controvérsias sobre se o caso versava sobre ilícito civil ou improbidade administrativa dolosa, para efeitos da incidência dos entendimentos dos enunciados firmados nos temas 666²⁹³, 897²⁹⁴ e 899²⁹⁵ de repercussão geral, que assentam entendimento de que é prescritível o ressarcimento ao erário fundado em ato culposo, verificou-se que a imputação era de improbidade culposa, não mais admitida pela nova lei de improbidade administrativa, e que os marcos e tempo prescricional das ações foram alterados.

Certo que a temática não concerne diretamente aos impactos da nova lei de improbidade administrativa ao direito disciplinar *interna corporis* dos servidores públicos civis da União - por se tratar de um contrato de prestação de serviços (e não de servidora vinculada estatutariamente), de ressarcimento civil ao erário (que não cuida de sanção punitiva)²⁹⁶, e de ação de improbidade administrativa em trâmite perante o Poder Judiciário (cujo rito, autoridade competente e prazos são próprios) -, a afetação do tema ao menos demonstra que não há certeza sobre os lindes do princípio da retroatividade da lei mais benéfica no direito sancionador²⁹⁷. Houvesse certeza sobre a aplicação automática e irrestrita do princípio da retroatividade da lei mais benéfica, o caso poderia já ter sido imediatamente julgado e não ter tomado o grau de relevância assentado na decisão.

De fato, o Supremo Tribunal Federal tem oscilado nos posicionamentos com a temática da incidência dos princípios constitucionais penais ao direito administrativo sancionador. Cita-se, exemplificativamente, o reconhecimento de um direito sancionador estatal unívoco para aplicação da vedação constitucional a penas perpétuas²⁹⁸ e, em seguida, o alerta para as

²⁹³ “É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.” (STF, RE nº 669069, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento em 03/02/2016, publicação em 28/04/2016.)

²⁹⁴ “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.” (STF, RE nº 852.475, Tribunal Pleno, Rel. para acórdão Min. Edson Fachin, julgamento em 08/08/2015, publicação em 25/03/2019.)

²⁹⁵ “É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.” (STF, RE 636.886, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 20/04/2020, publicação em 24/06/2020.)

²⁹⁶ Marçal Justen Filho explica que a lei de improbidade administrativa contém sanções eminentemente civis, como o ressarcimento ao Erário. (JUSTEN FILHO, Marçal. “Reforma da Lei de Improbidade Administrativa Comparada e Comentada: Lei nº 12.430, de 25 de outubro de 2021”, Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 3.)

²⁹⁷ O caso, por tratar de ressarcimento ao erário e não de pena propriamente dita, poderia sequer ter sido posicionado sob o *jus puniendi* estatal, pois de punição não se trata. Mas sob o *jus puniendi* estatal tem sido visto, já que o art. 1º, § 4º, da Lei nº 8.429, de 1992, com a nova redação, determina a incidência às hipóteses legais dos princípios constitucionais do direito sancionador e a conduta foi reputada ímproba pelo ente público autor da ação e não um mero ilícito civil.

²⁹⁸ STF, ADI nº 2975, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 07/12/2020, publicação em 04/02/2021.

diferenças entre o direito administrativo e o direito penal na transposição do princípio da presunção de inocência e do direito a não produzir provas contra si mesmo no direito administrativo de trânsito. Fossem iguais direito penal e direito administrativo sancionador seria considerado inconstitucional o dispositivo que comina multa aos motoristas que se recusam a soprar o bafômetro, pois deveria ser observada a presunção de inocência e o direito de não produzir prova contra si. Não foi esse, porém, o entendimento do tribunal, por entender que direito administrativo sancionador e direito penal não se confundem.²⁹⁹

A narrativa é similar ao que ocorrera nos tribunais espanhóis, conforme bem explicitado por Alejandro Nieto e referenciado no primeiro capítulo. De início, animadamente os tribunais espanhóis proclamavam a aplicação dos princípios penais ao direito administrativo penalizador, depois, os mesmos tribunais refrearam o entendimento, antevendo os efeitos de insegurança jurídica e desordem social que concebiam. Afinal, direito penal e direito administrativo sancionador não se confundem, devendo ser enfocadas a natureza dos bens jurídicos em causa, as funções das penalidades, as consequências práticas da incidência dos princípios. Passaram a dizer, por isso, que os princípios constitucionais devem ser lidos com matizes próprios dentro de cada uma das esferas do direito punitivo estatal.

O julgamento do recurso afetado à repercussão geral foi retomado quando já se concluía o presente estudo em sua integralidade. A argumentação e a definição perfilhada pelos

²⁹⁹ “Não viola a Constituição a previsão legal de imposição das sanções administrativas ao condutor de veículo automotor que se recusa à realização dos testes, exames clínicos ou perícias voltados a aferir a influência de álcool ou outra substância psicoativa (art. 165-A e art. 277, §§ 2º e 3º, todos do Código de Trânsito Brasileiro, na redação dada pela Lei 13.281/2016).” (STF, RE nº 1224374, Tribunal Pleno, julgamento em 19/05/2022, ainda não publicado.);

“Sanção administrativa

Em seu voto, o ministro Fux **afastou a alegação de violação ao direito de não produzir prova contra si mesmo, uma vez que se trata de sanção administrativa, e a recusa em realizar os testes não importará a presunção da prática de delito ou a imposição de pena criminal.**

Fux salientou que o CTB cria incentivos para que os condutores cooperem com a fiscalização do trânsito, prevendo penalização em caso de não cumprimento. Como exemplo, citou a regra que pune com multa, suspensão do direito de dirigir e o recolhimento do documento de habilitação o motorista envolvido em acidente com vítima que deixe de preservar o local, de forma a facilitar os trabalhos da polícia e da perícia.

De acordo com o relator, a medida é necessária para possibilitar o combate efetivo a acidentes causados pelo abuso do álcool. A imposição da multa a quem recusa a realização dos testes é, a seu ver, o único meio eficaz de garantir o cumprimento da norma proibitiva, sem repercussão no âmbito criminal, e não afeta o núcleo irredutível dos direitos fundamentais do condutor.” – grifos não originais. (“Ministro Luiz Fux vota pela constitucionalidade da multa por recusa ao bafômetro”, 18/05/2022, Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=487328&ori=1%20>.)

Ministros serão analisadas em item próprio no capítulo seguinte, adicionado em seguida. Já se adianta que houve controvérsias de todas as ordens no mérito, o que mais uma vez demonstra que o tema, efetivamente, não é tranquilo.

2.2.5 Princípio da continuidade normativo-típica

Nesse ponto, apenas como reflexões *ad latere* e não como tema central, adverte-se o cuidado com a interpretação da eliminação de uma conduta proibida da ordem jurídica pela revogação ou alteração de uma lei. Especificamente em relação às modificações da nova lei de improbidade ao direito administrativo disciplinar, a retroatividade da lei mais benéfica, se aplicada mecanicamente, suscita mais essa preocupação. É que, embora no direito sancionador geral, o legislador tenha considerado de somenos importância violações éticas excluídas da lei de improbidade administrativa seja pela revogação integral de tipos seja pela modificação de sua redação, no direito administrativo disciplinar há de se ter cautela nesta análise, pois a modificação do conteúdo do tipo infracional ‘improbidade administrativa’ pela modificação legislativa da norma integradora, pode implicar uma nova adequação típica, se não gravíssima, ao menos de natureza grave, ensejadora da mesma penalidade.

No seio disciplinar, em que a atuação do agente público subsome-se a regime mais estrito e específico de condutas proibidas, decorrente da vinculação estatutária, é possível a ocorrência de continuidade normativo-típica, com a *abolitio* infracional da improbidade e a manutenção do caráter proibido da conduta pelo deslocamento da tipicidade para outra descrição comportamental. Então, ainda que se entenda retroagirem as disposições da lei de improbidade administrativa em benefício do agente público, há de se verificar eventual permanência da proibição em outra disposição do regime jurídico-disciplinar. Esse proceder também é adotado no direito penal, como explica a doutrina:

“O princípio da continuidade normativa típica, por sua vez, significa a manutenção do caráter proibido da conduta, porém com o deslocamento do

conteúdo criminoso para outro tipo penal. A intenção do legislador, nesse caso, é que a conduta permaneça criminosa.”³⁰⁰

Tanto no direito penal, quanto no direito administrativo, ainda que se entenda retroagirem disposições em benefício do agente público, há de se verificar eventual permanência da proibição em outra disposição do regime jurídico-disciplinar.

2.3 Conclusões do capítulo

O capítulo buscou demonstrar as peculiaridades do direito administrativo disciplinar. Situado como um sub-ramo do direito administrativo sancionador, por ser manifestação de uma feição do *jus puniendi* estatal, o direito disciplinar, desde a formação da relação jurídica, com a vinculação estatutária, que implica a aceitação de regras próprias, a submissão ao poder hierárquico-disciplinar e ao poder de autotutela administrativa, até os contornos do ilícito e da sanção administrativa, não se confunde com o direito penal e é a exímia demonstração de que o direito administrativo sancionador, guardião de amplo espectro de atividades estatais punitivas não pode, aprioristicamente, ser considerado apenas formalmente distinto do direito penal.

O ilícito administrativo disciplinar e o ilícito penal guardam diferenças de substância (com a distinção de bens jurídicos protegidos), porque o bem jurídico tutelado pela administração pública é eminentemente o bom andamento e o prestígio da função pública; além de diferenças de grau, quando o direito penal conjuntamente pretende reprimir e prevenir condutas cuja lesividade ultrapassa os muros da Administração Pública (o que também pode ser tratado como diferença de objetividade jurídica protegida). Também as sanções não têm um cariz individualista meramente vingativo ou de prevenção especial com primevo destinatário o agente infrator; as sanções disciplinares, mais do que isso, voltam-se à própria organização,

³⁰⁰ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: Volume Único*. 8ª ed. rev., atual. e ampl., Salvador: JusPodivm, 2020, p. 142.

cuidam de instrumento de gestão de pessoal, de reintegração da ordem interna e correção dos rumos das atividades. Cada espécie de sanção, poderá ostentar maior caráter de organização interna a depender da continuidade ou não do servidor nos quadros de pessoal. Esses dados são relevantes na aferição dos contornos dos princípios constitucionais sancionadores, incontestes integrantes do quadro de fontes do direito administrativo disciplinar. O conteúdo do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica dessas bases também não se distancia.

Posteriormente, apenas como suporte para uma reflexão mais concreta, foram apresentadas as recentes alterações do sistema de improbidade administrativa, do qual também é parte o direito disciplinar. As modificações legislativas visaram, em grande medida, beneficiar os agentes públicos acusados de corrupção. Houve supressão de certas condutas e de conceitos indeterminados nos tipos infracionais, o que impacta a operabilidade não somente do direito sancionador geral da improbidade administrativa, mas também do direito disciplinar. As modificações suscitaram, ademais, debates na comunidade jurídica sobre a retroatividade da lei mais benéfica e o assunto, para o direito sancionador geral, foi levado ao Supremo Tribunal Federal para apreciação e harmonização do direito. Em que pese os temas abordados no caso levado a repercussão geral não tocarem diretamente o direito disciplinar, demonstram que não há certeza em torno dos contornos do princípio no direito sancionador; assim também no direito disciplinar, ramo que pode ser tratado apartadamente dadas suas características peculiares. É o que será empreendido no capítulo seguinte.

3 CAPÍTULO III – PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DISCIPLINAR

Finalmente alcança-se o cerne do trabalho, o preceito que se propôs a investigar: o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição Federal - “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Por meio de um raciocínio dedutivo, que partiu do direito sancionador geral, reconhecido novo ramo do direito que recebe os influxos dos princípios constitucionais garantistas; desceu-se para o direito administrativo disciplinar, como sub-ramo do direito administrativo sancionador e seus caracteres específicos; e agora enfocar-se-á especificamente um único princípio constitucional, cujo exame se tornou improtelável, animado pela recente publicação da nova lei de improbidade administrativa, que inseriu profundas alterações nas regras de conduta e nos procedimentos sancionadores de forma a beneficiar indivíduos acusados ou condenados por corrupção, e com reflexos no exercício autotutelar da disciplina administrativa.

Os debates da comunidade jurídica estão na ordem do dia e, a despeito de ver-se uma tendência quantitativa de trabalhos em certo sentido, ela parece flagrantemente atrelada às consequências esperadas por seus defensores. Nota-se, no entanto, a multiplicação de reflexões prosaicas: aplicam-se os princípios de direito constitucional ao direito sancionador; o princípio da retroatividade da lei mais benéfica é princípio constitucional; a nova lei de improbidade administrativa é direito sancionador; portanto, aplica-se o princípio ao novo regramento. Basicamente, essa é a justificação.

Para todos os lados, predomina uma premissa inarredável da aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao direito público sancionador. Afinal, a Constituição Federal é a mais elevada fonte normativa do direito sancionador e hoje, sob o Estado Democrático de Direito, admite-se a existência do unívoco *jus puniendi* estatal, limitado pelos direitos e garantias constitucionais contra arbítrios estatais, ou, segundo estudiosos resistentes à importação de ideias estrangeiras ao direito brasileiro, admite-se um núcleo mínimo essencial de garantias fundamentais aplicáveis a toda atuação sancionadora estatal. Essa premissa foi bem firmada nos capítulos que a este antecedem.

No entanto, é preciso investigar mais do que isso. É preciso verificar em que consiste este princípio: quais são suas origens, qual sua natureza, qual sua funcionalidade ou finalidade, qual sua posição na teoria do direito, quais são suas relações com a segurança jurídica. Percebe-se que a doutrina administrativista sequer realizou um cotejo do princípio com a seara penal, de onde supostamente pretende importar a aplicação irrestrita, sob a alegação de que as diferenças entre ilícitos penais e administrativos são meramente formais. Deixa de notar, como se verá, que os efeitos da retroação não são tão amplos como precipitadamente se pretende inserir no bojo do direito administrativo sancionador. Então há de se ter cautela.

Partindo desse alerta, o capítulo visa a apresentar o estado da arte dos debates em torno da retroatividade da lei mais benéfica no direito sancionador e explorar o próprio princípio a fim de compreendê-lo em suas nuances e não fazer uma leitura literal desconectada da lógica da Constituição. A premissa firmada nos capítulos pretéritos – e da qual não se arreda – é a incidência do princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao direito público sancionador, e à sua vertente administrativa sancionadora, como princípio componente do *jus puniendi* estatal. Assim também incide sobre o direito disciplinar, como sub-ramo do direito administrativo sancionador.

O que carece de definição é a medida de ingresso do princípio no direito administrativo sancionador, ramo que, não se deve olvidar, é vasto e muito heterogêneo. Como explicitado no capítulo primeiro, há uma expansão sem precedentes do direito administrativo, que passa a intervir de forma mais ampla para controlar a sociedade mais complexa e repleta de riscos. O direito administrativo sancionador está em toda parte.

O direito administrativo sancionador comporta inúmeros sub-ramos. Exemplificativamente, direito tributário, direito de trânsito, direito econômico, direito sanitário, direito ambiental, direito urbanístico. Também comporta o direito disciplinar. As medidas do princípio da retroatividade devem ser examinadas com prudência e quiçá com o detalhamento do sub-ramo do direito administrativo sancionador examinado. Assim, o presente capítulo busca investigar as características do princípio da retroatividade da lei mais benéfica e cotejá-las às particularidades do direito disciplinar, em especial suas funcionalidades e missões das penas, para que se possa verificar no sub-ramo do direito administrativo sancionador a medida

de ingresso do princípio, que é admitido **com matizes mais flexíveis do que no direito penal**³⁰¹.

Uma consideração derradeira faz-se necessária. A discussão proposta no ARE nº 843.989 referido no capítulo segundo não se refere ao direito administrativo sancionador, mas ao direito público sancionador, ramo mais amplo, onde se situa a atuação persecutória da nova lei de improbidade administrativa cujas sanções são irrogadas pelo Poder Judiciário. O presente trabalho é mais específico, trata do direito administrativo sancionador disciplinar, com sanções aplicadas *interna corporis* pela autoridade administrativa, e não se confunde com a discussão em andamento no STF, embora possa dela colher frutos e possa lançar luzes às reflexões pretorianas.

Quando este trabalho já se encaminhava para a conclusão, foi retomado o julgamento do tema pelo STF, tendo sido aduzida a não aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica nas questões vertidas à Corte. O julgamento, que pode terminar por emprestar suas conclusões para áreas punitivas do direito administrativo e não somente ao direito público sancionador, merece ser lido com as lentes do direito **administrativo** sancionador, que foi afastado para o caso concreto, pois tratavam-se de sanções civis de ressarcimento ao erário.

Para aclarar o quanto posto pelo tribunal, foi inserido mais um tópico no capítulo, que visa a promover uma releitura dos debates entre os Ministros; debate, diga-se lateralmente, que expôs flagrantemente a dificuldade da construção, na prática, do direito administrativo sancionador, ante as consequências que a transposição de garantias outrora ideadas a um dos ramos do direito pode ensejar. Demais disso, os lindes das questões postas ao enfrentamento da Corte podem ainda não ter encerrado os debates em torno de sanções eminentemente punitivas, diferentes das sanções do caso concreto representativo da controvérsia em repercussão geral. O quanto definido pelo STF pode não alcançar outras sanções que claramente **não são civis**, são administrativas, como as sanções consequentes de ilícitos disciplinares.

³⁰¹ Para mais acerca do tema, vide capítulo I.

3.1 Controvérsia na doutrina e nos tribunais

A doutrina e a jurisprudência controvertem-se acerca da aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao direito público sancionador, e ao próprio direito administrativo sancionador. O princípio, encartado no art. 5º, XL, da Constituição Federal tem redação nitidamente ideada ao direito penal, porém amplamente se admite que delimita todo poder penalizador estatal, embora não se diga, majoritariamente, os contornos de sua incidência no direito sancionador. É o que passa a ser demonstrado a seguir.

3.1.1 Doutrina

Em defesa da retroatividade da lei mais benéfica no direito administrativo sancionador (que é um braço do direito público sancionador), a doutrina que reconhece a transposição da garantia irrestritamente ao direito administrativo pauta-se nas distinções meramente formais entre ilícitos penais e administrativos. Para esses teóricos, as normas de conduta são iguais e se diferenciam por mera escolha legislativa da autoridade competente para infligência das sanções. As garantias constitucionais penais, por isso, também são plenamente aplicáveis ao direito administrativo, entre elas a retroação da norma mais benéfica. Se uma conduta deixa de ser qualificada como ilícita ou tem a sanção correspondente reduzida deve ser aplicada retroativamente. Veja-se a respeito, o que dizem Heraldo Garcia Vitta e Régis Fernandes de Oliveira³⁰²:

“Caso haja alteração do regime jurídico, pode beneficiar-se o infrator com a retroação benigna. Aplica-se o inciso XL do art. 5º da CF, porque a norma constitui-se em garantia constitucional, não se limitando seu conteúdo a albergar o fato criminal, mas também o administrativo. É dedutível do ordenamento jurídico o entendimento. Isto é, se houver dedução da penalidade imposta, beneficiar-se-á o infrator, ou, então, quando a infração legal deixar de existir. Por exemplo, se alguém foi multado pela venda de remédio nocivo à saúde e, posteriormente, a própria Administração entende que o mesmo

³⁰² Também: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Sanções Administrativas e Princípios de Direito Penal*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, n. 219, p. 127-151, jan/mar 2000, p. 145.

remédio não produz qualquer dano, ao contrário, é até recomendável no tratamento da moléstia, poderá haver, também, a retroação da norma administrativa. Neste sentido o parágrafo único do art. 2º do CP.

Assim, se um fato era punido de certo modo pela lei vigente quando de sua ocorrência e sobrevém norma mais rigorosa, prevalece a norma anterior, vigente ao tempo do cometimento da infração. Se norma posterior é mais favorável, aplica-se esta.”³⁰³

“Com efeito, apesar de as leis serem editadas para regular fatos atuais ou futuros – como acontece normalmente – as normas que beneficiem os infratores retroagem, a fim de prestigiar a nova realidade imposta pelo legislador, o qual tem a incumbência de acolher os anseios da sociedade num dado tempo e lugar. Não se justifica o Estado punir alguém quando o legislador valora a conduta (antes ilícita ou pressuposto de pena mais grave), segundo as novas concepções sociais, entende já não ser ilícita, ou pressuposto de sanção menos grave.”³⁰⁴

Os autores não explicam, contudo, qual é a medida deste entendimento. Aplica-se a casos sob apreciação ainda não julgados, aplica-se a casos já julgados cuja pena ainda não foi cumprida, aplica-se a penas em cumprimento para interrompê-las ou desfaz a sanção já infligida e dá ensejo a ressarcimento? No exemplo dado por Régis Fernandes de Oliveira, de alguém multado pela venda de remédio proibido que passa a ser permitido, o que aconteceria com a multa? Se já fosse sanção definitivamente aplicada e o sujeito não tivesse pago a multa, ela seria levantada? Se a multa já tivesse sido paga, os valores seriam reembolsados ao outrora infrator? Nas linhas vertidas pelos autores não há resposta a tais indagações.

Para o direito público sancionador e especificamente para o direito disciplinar, Sandro Lúcio Dezan também defende o cruzamento de fronteiras do princípio da retroatividade da lei mais benéfica para a seara administrativa e, mais à frente, ao tratar da abolição de uma infração disciplinar³⁰⁵ expõe os efeitos que a retroação teria sobre penalidades já aplicadas:

³⁰³ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 64-65.

³⁰⁴ VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 113.

³⁰⁵ Embora a análise parta da hipótese de publicação de medida provisória desfavorável ao réu que perdera sua eficácia, o autor descreve os efeitos que entende ter o princípio da retroatividade sobre as penalidades disciplinares. Ele defende que medida provisória que institui ilícito disciplinar e não é convertida em lei tem dois caminhos: (i) se for publicado decreto legislativo para regular a matéria, poderá ter natureza de lei temporária, permanecendo a considerar o ato ilícito, ou poderá a regulamentação do Congresso Nacional dar nova roupagem jurídica às relações constituídas sob sua égide, inclusive com a abolição da infração, situação em que terá efeitos retroativos; (ii) se não for editado decreto legislativo, as infrações permanecem regidas pela medida provisória, como se lei

“Em interpretação construtiva dos preceitos do art. 5º, XL, da CF, que prescreve “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, para denotar que a expressão “lei penal” do aludido dispositivo refere-se à “lei sancionadora geral”, vislumbra-se a sua aplicação ao direito administrativo disciplinar, irradiando efeito para obstar sanções disciplinares aplicadas ou em vias de aplicação quando discordantes de norma posterior que refute os fundamentos da sanção.

(...)

Se essa nova roupagem provocar a *abolitio illicitus*, com a desconstituição de ilícitos disciplinares anteriormente previstos na medida provisória, apresentará à Administração o dever de reconhecer a retroatividade da lei mais benigna, procedendo à reforma de eventual ato punitivo ocorrido durante a vigência da medida que perdera a eficácia. Assim, servidor acaso demitido deverá ser reintegrado, com a restituição dos proventos ou subsídios não percebidos. Servidor suspenso ou multado deverá ter cancelados os registros de tal sanção, com a restituição de proventos ou subsídios referentes, bem como deverá ser procedido aos cancelamentos dos registros de aplicação das sanções de advertência e repreensão, ou de qualquer outra sanção direta ou indireta de natureza disciplinar.”³⁰⁶

Segundo Sandro Lúcio Dezan, a retroatividade da lei mais benéfica deve apagar todos os efeitos dos atos passados, inclusive devem ser objeto de reforma o próprio ato punitivo embasado em ato normativo que deixa de existir. Em relação às penalidades, a retroatividade da norma mais benéfica implica que o servidor deverá ser reintegrado, os proventos do período não trabalhado deverão ser pagos, os registros das sanções deverão ser cancelados e as multas eventualmente pagas deverão ser devolvidas.

No ramo mais amplo, do direito público sancionador, nomeadamente do sistema de responsabilização por improbidade administrativa, proliferam-se opiniões que defendem a retroatividade da lei mais benéfica, sem, contudo, minudenciarem-se os efeitos da incidência

temporária fosse. O só fato de inexistir a infração para o futuro não importa retroação em benefício do servidor. (DEZAN, Sandro Lúcio. *Direito Administrativo Disciplinar: Princípios Fundamentais*. volume I, Curitiba: Juruá, 2013, pp. 216-219.) Pondera-se, apesar de não ser este o tema sob análise no trabalho, que, se é verdade que deve incidir o princípio da legalidade sobre infrações penais, administrativas, ou para o direito sancionador em geral, não podem medidas provisórias instituir infrações ou penalidades disciplinares, pelo que o problema da conversão ou não de uma medida provisória em lei não existirá para o direito sancionador disciplinar. Afinal, não poderia medida provisória instituir infração ou pena, por violação aos arts. 5º, XXXIX e 62, § 1º, “b”, da Constituição Federal, que encartam o princípio da reserva legal: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” e “é vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a direito penal”.

Em 2022, o entendimento do autor permanece. Cf. DEZAN, Sandro. *Princípios de direito administrativo sancionador*. São Paulo: Tirant to Blanch, 2022, p. 152 e DEZAN, Sandro. *Sanção Administrativa e ne bis in idem*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2022, p. 102.

³⁰⁶ DEZAN, Sandro Lúcio. *Direito Administrativo Disciplinar: Princípios Fundamentais*. Volume I, Curitiba: Juruá, 2013, p. 215.

do princípio³⁰⁷. Afirma-se, grosso modo, que o sistema de responsabilização por improbidade administrativa está inserido no direito administrativo sancionador³⁰⁸, que empresta garantias e princípios ínsitos ao direito penal; por isso, as modificações da lei de improbidade administrativa atraem a incidência do princípio da retroatividade da lei mais benéfica. Neste sentido, citam-se: José Miguel Garcia Medina³⁰⁹, Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch, Guilherme Pupe da Nóbrega³¹⁰, Rogério Marinho³¹¹, Luciano Ferraz³¹².

Em defesa da retroatividade da lei e discorrendo sobre os efeitos daí decorrentes, Luiz Manoel Gomes Junior, Diogo de Araújo Lima e Rogério Favreto dizem que “a orientação poderá alcançar os casos já julgados, inclusive com a possibilidade de reversão das sanções aplicadas, a exemplo da perda de cargos ou da suspensão dos direitos políticos”³¹³; por sua vez, João Trindade Cavalcante Filho estabelece alguns critérios para que haja retroação. Segundo ele, a retroação somente se aplica a sanções e não ao ressarcimento ao Erário, além de não haver retroação para penalidades cujo cumprimento já se exauriu:

“para a aplicação retroativa, é preciso que a sanção não se tenha exaurido, com sua execução por completo. Nesses casos de situações exauridas, não há que

³⁰⁷ Há duas exceções que serão expostas em seguida.

³⁰⁸ Afirma-se, efetivamente, que a lei de improbidade administrativa é ínsita ao direito administrativo sancionador, no escólio de Fábio Medina Osório (cf. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 8ª ed. rev. e atual., São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2022), para quem o só fato de a penalidade ser aplicada por autoridade judiciária ou administrativa é irrelevante. Neste trabalho, contudo, perfilha-se o entendimento de Sandro Lúcio Dezan (DEZAN, Sandro Lúcio. *Uma teoria do Direito Público Sancionador: Fundamentos da Unidade do Sistema Punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2021), que entende existir acima do direito administrativo sancionador um direito público sancionador, no qual se inserem o direito administrativo sancionador, o sistema de responsabilização por improbidade administrativa e o direito penal. Falar em direito administrativo sancionador importa que a sanção seja de competência de autoridade administrativa e não de autoridade judiciária. De todo modo, para fins de compilação do entendimento doutrinário concernente à integração do princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao direito público sancionador, o dissenso não merece palanque, senão este esclarecimento secundário.

³⁰⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. *A nova Lei de Improbidade Administrativa deve ser aplicada retroativamente?* In: Consultor Jurídico (Conjur), 03/11/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-03/processo-lei-improbidade-aplicada-retroativamente>. Acesso em: 25/07/2022.

³¹⁰ MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Reforma da Lei de Improbidade Administrativa e Retroatividade*. In: Conjur, 22/10/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-22/improbidade-debate-reforma-lei-improbidade-administrativa-retroatividade>. Acesso em: 25/07/2022.

³¹¹ MARINHO, Rogério. *Retroatividade da norma mais benéfica no Direito Administrativo Sancionador*. In: Consultor Jurídico (Conjur), 19/08/2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-ago-19/marinho-norma-benefica-direito-administrativo-sancionador#_ftn4. Acesso em: 25/07/2022.

³¹² FERRAZ, Luciano. *Reforma da Lei de Improbidade e Novatio Legis In Mellius Implícita*. In: Consultor Jurídico (Conjur), 28/10/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-28/interesse-publico-reforma-lei-improbidade-novatio-legis-in-mellius-implicita>. Acesso em: 25/07/2022.

³¹³ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; LIMA, Diogo de Araújo; FAVRETO, Rogério. *O Direito Intertemporal e a nova Lei de Improbidade Administrativa*. In: Consultor Jurídico (Conjur), 18/10/2021. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-out-18/opiniao-direito-intertemporal-lei-improbidade>. Acesso em 25/07/2022.

se falar em retroatividade, de modo que a condenação e execução da sanção completadas antes da entrada em vigor da Lei nº 14.230, em 25 de outubro de 2021, não geram direito a qualquer pretensão de ressarcimento contra o Estado. Note-se, porém, que a questão relevante aqui não é o trânsito em julgado – que, na esfera punitiva penal, não é nem nunca foi óbice à aplicação da *novatio legis in melius* (cf. art. 2º, parágrafo único, do Código Penal) –, mas sim o exaurimento de aplicação da própria sanção (multa civil já paga, suspensão dos direitos políticos cujo prazo já transcorreu por inteiro, etc.). Se a sanção ainda está sendo executada, é possível a aplicação retroativa, sem pretensão de indenização contra o Erário.”³¹⁴

Já Fernando Capez comenta a incidência da lei mais benéfica a casos não definitivamente julgados:

“dada a natureza material da prescrição e a identidade principiológica entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, as novas regras de prescrição dos atos de improbidade, quando benéficas, devem retroagir imediatamente para alcançar fatos praticados antes de sua entrada em vigor e extinguir a punibilidade em todas as ações de improbidade ajuizadas há mais de quatro anos, sem decisão condenatória, aplicando-se o princípio constitucional da retroatividade da lei mais benéfica, previsto na CF, o artigo 5º, XL.”³¹⁵

E Cristiana Fortini ladeada por Caio Mário Lana Cavalcanti discorrem sobre os efeitos da retroação da lei mais benéfica sobre decisões judiciais já transitadas em julgado relativas ao direito sancionador, que poderiam ser rescindidas com base no art. 966, V, do Código de Processo Civil, pois não é “sensato e plausível que alguns continuem a sofrer os impactos das sanções, quando eventuais novos investigados (...) não mais serão condenados”. Reconhece que o assunto é problemático, pois enseja o confronto entre a garantia fundamental do tempo da lei com o valor constitucional da segurança jurídica, sugerindo que ambos devem ser analisados sob o prisma da técnica da proporcionalidade³¹⁶.

³¹⁴ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Retroatividade da Reforma da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 12.230, de 25 de outubro de 2021)*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Novembro de 2021 (Texto para Discussão nº 305). Disponível em: www.senado.leg.br. Acesso em 25/07/2022.

³¹⁵ CAPEZ, Fernando. *Retroatividade in melius da Prescrição Intercorrente na Lei de Improbidade*. In: Consultor Jurídico (Conjur), 02/12/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-02/controversias-juridicas-retroatividade-in-mellius-prescricao-intercorrente-lei-improbidade>. Acesso em: 25/07/2022.

³¹⁶ FORTINI, Cristiana; CAVALCANTI, Caio Mário Lana. *Retroatividade benigna da Lei 14.230: o que dizer de decisões transitadas em julgado?* In: Consultor Jurídico (Conjur), 17/02/2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-17/interesse-publico-retroatividade-benigna-lei-1423021>. Acesso em: 26/07/2022.

Encetando no Brasil uma posição intermédia, Fábio Medina Osório defende que o princípio da retroatividade da lei mais benéfica ingressa no direito administrativo sancionador de maneira distinta do direito penal, em razão do maior dinamismo, heterogeneidade e complexidade do ramo em ascensão. A retroatividade não é princípio absoluto, mas comporta medidas, podendo a retroação ser nivelada para alcançar um equilíbrio em favor dos acusados, sem solapar os demais princípios divergentes em jogo. Pela relevância do quanto posto para prosseguimento da investigação ora empreendida, colacionam-se trechos das lições:

“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.

(...)

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, 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 advém desse olhar marcado pela complexidade e pelo respeito aos detalhes e matizes dos ramos jurídicos em jogo.**³¹⁷ (grifos não originais)

³¹⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 8ª ed. rev. e atual., São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2022, pp. 312-314.

Em posição contrária à admissão do princípio no direito administrativo sancionador, Rafael Munhoz de Mello explica que a retroatividade da lei mais benéfica não é um valor unânime no direito administrativo, não sendo aceita na Itália e não tendo status constitucional na Espanha nem na França. No Brasil, embora seja princípio constitucional, não há unanimidade se incide sobre todo o direito sancionador. Para ele, o princípio funda-se em “peculiaridades únicas do direito penal, inexistentes no direito administrativo sancionador”. E prossegue a explicitar que:

“Com efeito, a retroatividade da lei mais benéfica tem por fundamento razões humanitárias, relacionadas diretamente à liberdade do criminoso, bem jurídico diretamente atingido pela pena criminal. Como ensinam Carlo Enrico Paliero e Aldo Travi, é o princípio do *favor libertatis* que justifica a retroatividade da lei penal mais benigna, considerando-se a gravidade da pena de prisão e os efeitos que tal medida produz sobre o condenado, só superados pelos efeitos da pena de morte. No direito administrativo sancionador não há espaço para o argumento, sendo certo que a sanção administrativa não pode consistir em pena de prisão.

(...) De fato, o direito penal tem por objeto normas que tipificam como criminosas condutas consideradas pelo legislador como gravemente contrárias à ‘consciência ético-jurídica do povo’. No direito administrativo sancionador ocorre algo diferente, como já foi ressaltado: 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 outra norma en la que se formula una orden o una prohibición’. 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. Por tais fundamentos, não se pode transportar para o direito administrativo sancionador a norma penal da retroatividade da lei que extingue a infração ou torna mais amena a sanção punitiva. No direito administrativo sancionador aplica-se ao infrator a lei vigente à época da adoção do comportamento ilícito, ainda que mais grave que lei posteriormente editada. Diversamente do que ocorre no direito penal, assim, não há no direito administrativo sancionador o princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao infrator.”

Então, segundo Munhoz Mello, razões humanitárias e o desvalor ético das condutas criminosas presentes somente no direito penal sustentam a existência do princípio da retroatividade da lei mais benéfica. As penas criminais são deveras graves com privação do mais caro valor da liberdade e se assentam em um grave desvalor ético presente nas condutas criminosas. Uma vez extinto o desvalor ético das condutas, não mais se justifica a manutenção da mais grave sanção, por razões de dignidade humana; eis a justificação da retroação da norma

mais benéfica. Esses elementos não são parte do direito administrativo sancionador, posto que as penalidades passam longe da pena de prisão e as condutas não se baseiam em um desvalor ético-social, podendo ser consideradas ilícitas condutas que não tocam a consciência ética da comunidade. Segundo o autor, o princípio da retroatividade da lei mais benéfica não se aplica, portanto, ao direito administrativo sancionador³¹⁸. Alice Voronoff, exemplificando o entendimento com o direito administrativo sancionador no setor da regulação, concorda com Rafael Munhoz de Mello:

“(...) no Direito Administrativo Sancionador não estão presentes as razões humanitárias que justificam, no direito penal, um regramento nesse sentido [transposição automática do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica (art. 5º, inciso XL) ao campo administrativo]. Se, por exemplo, certo marco regulatório setorial é alterado pela lei ou por regulamento administrativo para prever um novo patamar, mais benéfico, aplicável às multas administrativas, não há como sustentar, automaticamente, que os particulares que incorreram nas condutas vedadas antes da vigência do novo modelo devam ser punidos segundo as sanções mais benéficas constantes da nova legislação”.³¹⁹

Enfatizando consequências de ordem prática especificamente em relação ao sistema de responsabilização por improbidade administrativa, Ricardo de Barros Leonel também defende a não retroação da lei nova mais benéfica:

“Note-se: a sentença de improcedência por atipicidade superveniente, além de se pautar (erroneamente) na aplicação retroativa da "lei penal" mais benéfica (em caso que de lei penal não trata), se traduzirá em certificação da legalidade de conduta de agente público (que na verdade era ilegal). O agente beneficiado com a improcedência, punido administrativamente com a perda do cargo em processo disciplinar (prática de falta funcional tipificada como improbidade), pleiteará e alcançará reintegração no cargo, com recebimento de "atrasados" do período em que esteve desvinculado do serviço público. Duplo benefício. Primeiro, ao não ser punido. Segundo, ao ser reintegrado e receber "pagamentos" sem ter trabalhado.

³¹⁸ Curiosamente, o autor na parte inicial de sua obra defende a inexistência de diferenças entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, posicionando-se entre os formalistas para quem as diferenças entre direito administrativo ou penal é a opção legislativa (vide primeiro capítulo deste estudo). No momento de tratar da transposição do princípio da retroatividade do direito penal ao direito administrativo sancionador, contudo, defende o não ingresso do princípio no ramo do administrativo, arrazoado justamente em diferenças substanciais entre ilícitos penais e administrativos e suas penas, como o desvalor ético da conduta, mais presente no direito penal, e a sanção mais grave da ordem jurídica pelo direito penal, único ramo do direito apto a impor a privação da liberdade.

³¹⁹ VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, Interpretação e Aplicação*, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 237.

Tal resultado contraria o senso comum, até mesmo num país como o nosso, em que as incongruências são tantas que, por vezes, parecem não mais enrubescer as faces daqueles que as protagonizam.

(...)

É necessário destacar que a premissa equivocada da aplicação retroativa, que traz como resultado a absolvição, induzirá a desdobramentos também no plano administrativo (o exemplo que chama a atenção é o da reintegração de autores de atos ilícitos ao serviço público, com o recebimento de "pagamentos atrasados").

A visão consequencial não deve ser, por si só, o fundamento para a decisão. Mas, ao decidir, é imperativo que se tenha noção sobre como a opção hermenêutica interferirá na realidade subjacente.”³²⁰

Há, portanto, três posições na doutrina acerca do princípio da retroação da lei mais benéfica no direito administrativo sancionador. Um grupo sustenta a plena e irrestrita aplicação do princípio da retroação da lei mais benéfica, com amplas ou mais restritas consequências; outros defendem a não incidência do princípio, posto que suas justificações não guardam relação com as sanções administrativas; e há uma posição intermediária, por uma aplicação do princípio mais cautelosa, com medidas adequadas ao dinamismo, heterogeneidade e complexidade das relações administrativas.

3.1.2 *Jurisprudência*

Os tribunais também não são unânimes acerca da aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao direito administrativo sancionador³²¹. A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça e outros tribunais têm propugnado a recepção do princípio. São exemplos: caso de multa já definitivamente aplicada pela SUNAB, cuja cominação foi reduzida

³²⁰ LEONEL, Ricardo de Barros. *Nova Lei de Improbidade: atipicidade, prescrição e direito superveniente*. 29/11/2021. In: Consultor Jurídico (Conjur), 29/11/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-29/leonel-lia-atipicidade-prescricao-direito-superveniente>. Acesso em: 26/07/2022.

³²¹ Administrativamente, alguns entes federais passaram a reconhecer a aplicabilidade do princípio da retroatividade da lei mais benevolente, como a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), para casos ainda não definitivamente julgados, conforme Parecer 0427/2012/PHE-ANEEL-PGF/AGU; a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e a Receita Federal do Brasil, para multas tributárias de processos ainda em curso, conforme Parecer nº 11.315/2020/ME PGFN (cita-se, embora o direito tributário tenha nuances próprias que não serão estudadas neste trabalho).

por lei posterior³²²; caso de aplicação de multa pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)³²³; caso de penalização de empresas por estipulação de preço diferenciado entre o pagamento em espécie e o pagamento em cartão de crédito, prática que, posteriormente, deixou de ser considerada abusiva³²⁴, caso de multa aplicada pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT)³²⁵. Especificamente no direito disciplinar, também a Primeira Turma, entendeu aplicar-se a norma mais benéfica que entrou em vigor enquanto em trâmite processo administrativo disciplinar, que não havia sido definitivamente julgado³²⁶.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça e outros tribunais têm sinalizado a não aplicação da retroatividade da lei mais benéfica, sob o argumento de que infração administrativa não se confunde com infração penal - então princípios do direito penal não têm cabimento. São exemplos: caso de aplicação de multa pela SUNAB³²⁷; caso de punição pela comercialização de óleo diesel em desconformidade com especificações da Agência Nacional de Petróleo (ANP)³²⁸; caso de aplicação de multa pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) pela ausência de telefones adaptados nos aeroportos³²⁹; caso multa por irregularidades na prestação de contas partidárias³³⁰.

³²² STJ, REsp nº 1.153.083, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. para acórdão Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgamento em 06/11/2014, publicação em 19/11/2014.

³²³ STJ, AgInt no REsp nº 1.602.122, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgamento em 07/08/2018, publicação em 14/08/2018.

³²⁴ STJ, REsp nº 1.402.893, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgamento em 11/04/2019, publicação em 22/04/2019.

³²⁵ TRF3, Ap. Civ nº 5006382-50.2018.4.03.6182, Rel. Des. Fed. Luis Carlos Hiroki Muta, Terceira Turma, julgamento em 09/11/2020, publicação em 11/11/2020.

³²⁶ STJ, RMS nº 37.031, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgamento em 08/02/2018, publicação em 20/02/2018.

³²⁷ STJ, REsp nº 761.191, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgamento em 12/05/2009, publicação em 27/05/2009.

³²⁸ TRF2, Ap. Civ. nº 0154434-84.2014.4.02.5101, Rel. Des. Federal Vera Lúcia Lima, Oitava Turma Especializada, julgamento em 10/09/2020, publicação em 16/09/2020.

³²⁹ TRF4, Ap. Civ. nº 5041500-65.2017.4.04.7000, Rel. Des. Fed. Vivian Josete Pantaleão Caminha, Quarta Turma, julgamento em 16/02/2022, publicação em 17/02/2022.

³³⁰ STF, ARE nº 1.019.161, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgamento em 02/05/2017, publicação em 12/05/2017.

3.1.3 Categorização do pensamento doutrinário e jurisprudencial

O quanto posto revela a existência de três posições na doutrina e de duas posições na jurisprudência acerca do princípio da retroação da lei mais benéfica no direito administrativo sancionador. Um grupo sustenta a plena e irrestrita aplicação do princípio da retroação da lei mais benéfica, com amplas ou mais restritas consequências; outros defendem a não incidência do princípio, posto que suas justificações não guardam relação com as sanções administrativas; e há aqueles que defendem uma aplicação do princípio mais cautelosa, que deve ser ponderada com as funções das penas em cada um dos ramos do direito sancionador e cotejada com níveis de retroatividade. Este trabalho, como adrede destacado, prefere trilhar o caminho do meio, que abre espaço para a normatividade da Constituição garantista e democrática e seu arcabouço de direitos fundamentais que resguardam o cidadão contra os arbítrios do Estado, ao tempo em que se acautela de possíveis contradições no corpo do sistema administrativo. Os princípios do direito penal, entre eles o princípio da retroação da lei mais benéfica, ingressam, sim, no direito administrativo sancionador, porém com filtros que os flexibilizam à força irradiada para o ramo criminal.

A recepção do princípio originalmente pensado para o direito penal pelo direito administrativo sancionador não pode perder de vista que o direito administrativo é um sistema, que deve ostentar unidade e não contradições³³¹. É certo que o direito administrativo se sujeita aos direitos e garantias fundamentais constitucionais, mas deve guardar em sua conformação os fins e objetivos próprios, inclusive no poder de sancionar, que, em certa medida e na heterogeneidade de suas competências, são distintos dos fins e objetivos do direito penal. As relações administrativo-punitivas não buscam simplesmente punir um infrator, não são funções voltadas exclusivamente ao indivíduo singularmente considerado; em suas atividades *externa corporis* as sanções tem um viés de ordenação dinâmica da coletividade³³² e, no direito

³³¹ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 2.

³³² E outras funções que podem ser verificadas em cada um dos ramos do direito administrativo sancionador. “A sanção administrativa deve ser precipuamente compreendida como técnica regulatória ou meio de gestão e não como um castigo. É uma ferramenta a serviço do Estado-Administrador para a consecução de interesses públicos relevantes, usualmente dissociados de um juízo de reprovação ético-moral. A sanção administrativa se diferencia da penal tanto em razão de um componente finalístico e operacional, como de um funcional. No campo

disciplinar (*interna corporis*), funcionalizam-se a corrigir os rumos da atividade administrativa, tendentes mais à melhoria das atividades internas, em prol da coletividade, do que à correção da conduta de certo indivíduo (o que seria a função precípua do direito penal).³³³ A atuação administrativa dedica-se à gestão dos interesses públicos³³⁴.

Para mais, as relações administrativas, mesmo sancionadoras, são, ainda que indiretamente, multilaterais, não se restringindo o poder da Administração sobre o sujeito apenado. A atuação sancionadora administrativa tem por destinatários também os sujeitos da comunidade em geral, que têm suas esferas jurídicas afetadas pelas medidas punitivas. Afinal, as relações jurídicas administrativas são multipartes e os cidadãos não são meros espectadores da atuação administrativa.³³⁵

administrativo, embora não se descarte a possibilidade de justificação da sanção a partir de um ponto de vista ético-retributivo, a perspectiva prevalecente mais ajustada às particularidades da função estatal é do tipo prospectiva-conformativa. Em outras palavras: a sanção funciona como instrumento de criação de incentivos com vista à conformação de condutas e atividades privadas inseridas em um programa mais amplo de alcance de fins socialmente desejados.” (VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, Interpretação e Aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 49)

³³³ Acerca do tema, remete-se o leitor aos dois primeiros capítulos.

³³⁴ “Por lo pronto se están confundiendo los papeles del juez y de la autoridade administrativa sancionadora cuando se pretende que ambos actúen de la misma manera, es decir, como meros aplicadores de la ley situados fuera de ella. Porque es el caso que si el juez hace outra cosa certamente que aplicar la ley, los órganos administrativos gestionam intereses generales, y es cabalmente al hilo de esta tarea administrativa material cuando surge la sancionadora, ya que es inimaginable como actividad desconectada de la gestión. (NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed., Madrid: Tecnos, 2012, p. 163.)

³³⁵ (...) a Administração não entra apenas em contacto com o destinatário directo da sua atividade. Devem ter-se em conta os efeitos indirectos ou reflexos da sua atividade bem como os directos contatos com diversos centros de imputação de direitos e interesses coletivos.

(...)

No setor de regulação e na área disciplinar, que também são segmentos do direito administrativo sancionador estatal, a relação multilateral administrativa é bem clara, como pode se inferir do seguinte excerto:

“A intervenção alargada na ordem econômica e social designadamente da que se traduz na criação de infra-estruturas, faz do todo social destinatário permanente da atividade administrativa o que significa que é colectivamente a própria Sociedade Civil no seu conjunto que é dela destinatária que o mesmo é dizer, um núcleo alargado de cidadãos. A intervenção econômica e social gera assim permanentes efeitos directos e indirectos na esfera jurídica de uma multidão.

A Constituição ao fazer da Administração um agente de transformações, põe-a em contacto permanente com o todo social, ou seja, relaciona-a com toda a Sociedade Civil. Não há apenas relações individuais. A adequada consideração do todo social não permite ter só em linha de conta relações particulares. **Toda a atividade administrativa de regulação, de fomento (...) tem reflexos imediatos no todo social. É também o caso (da disciplina) dos serviços públicos. É globalmente a própria Sociedade Civil, corporizada pelo universo dos utentes, que se transforma em objeto da acção administrativa. Assim sendo, as relações a ter em conta são globais e não apenas bilaterais. Os particulares, em geral, não são meros terceiros face à Administração intervencionista mas verdadeiros destinatários, pelo menos indirectos, da sua atividade, como tal inseridos numa relação jurídica geral estabelecida entre a Administração e o todo social. E nessa relação tem o estatuto de partes.**” - grifos não originais (MONCADA. Luís S. Cabral de. *A relação jurídica administrativa:*

As próprias penalidades podem gerar interesses, expectativas, vantagens pessoais a terceiros (e não somente à coletividade abstratamente considerada). Veja-se, *ad exemplum*, no direito disciplinar, a penalidade de demissão que cria a expectativa e, por vezes, o direito de terceiro à nomeação para o cargo público vago; e a pena de multa que envolve a arrecadação e a inclusão das verbas no orçamento com destino coletivo dos recursos. A vida da Administração Pública é complexa e dinâmica. A pena aplicada gera a expectativa e, uma vez cumprida, o interesse de terceiros às repercussões individuais ou coletivas que lhe são ínsitas³³⁶.

As penalidades administrativas não ostentam repercussões individuais somente; não têm a pretensão de extrair a liberdade de alguém que, posteriormente, será devolvido à convivência social, sem implicações outras, senão para a própria vida pessoal do agente infrator. As penalidades administrativas são aplicadas em meio a complexas relações da Administração para com a comunidade, para com seus órgãos, para com terceiros, despertando expectativas e interesses em suas consequências.

Por isso, ao se interpretar princípios outrora do direito penal ingressantes no direito administrativo sancionador não se pode pensar tão-somente na proteção da liberdade do cidadão ou do servidor frente à coação estatal e olvidar-se do cidadão, vinculado à comunidade, a quem o Estado deve a resposta mais eficiente ou a melhor prestação do serviço público. As relações jurídicas administrativas são complexas, dinâmicas, multilaterais. O direito administrativo e, como tal, os princípios que o integram, tem uma dupla função em constante tensão: de um lado, a limitação do poder do Estado; de outro, a efetividade da ação administrativa, a ordem social, a boa prestação dos serviços públicos. Não se pode descurar de qualquer delas. Há de se encontrar o equilíbrio entre os valores em jogo.³³⁷

para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 16 e 27)

³³⁶ A relação jurídica administrativa pode ter por conteúdo direitos fundamentais (direitos de defesa perante o Estado) e interesses legalmente protegidos (direitos a prestações positivas pelo Estado). (MONCADA. Luís S. Cabral de. *A relação jurídica administrativa: para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativo.* Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 17.)

³³⁷ “Resulta evidente, en efecto, que el Derecho administrativo no puede concebirse exclusivamente como un sistema sin otra finalidad que garantizar la protección del individuo frente al Estado. (...) si se pretendiera que toda acción administrativa estuviera presidida por el postulado de la presunción general de libertad, no podría entenderse en su entera dimensión que el individuo también se halla vinculado a la comunidad y que el Estado tiene la obligación de proteger a todos los ciudadanos. A ello debe anadir-se que una tal perspectiva vaciaría de todo contenido o dejaría sin sentido a la problemática que encierran las relaciones multilaterales, esto es, de las constelaciones de intereses heterogéneos y aun contrapuestos entre los ciudadanos ante la Administración Pública,

Com o fim de encontrar este equilíbrio, o princípio da retroatividade da lei mais benigna merece ser examinado mais detidamente, porque falar em retroatividade não é traçar de pronto seu conteúdo, além de que o acolhimento do princípio no direito administrativo não pode se olvidar das funções das normas de comportamento e das sanções administrativas, com peculiaridades que as afastam do direito penal. É o que será feito no tópico seguinte, inicialmente por meio de uma breve incursão sobre o direito intertemporal, sobre as origens e a substância do princípio da retroatividade, sobre a topografia do princípio no direito penal, sobre sua relação com as funções das penas, sobre os níveis de retroação. Posteriormente, serão analisados os contornos possíveis do princípio no direito administrativo sancionador disciplinar.

3.2 Acepções da Retroatividade no Direito Intertemporal

A ordem jurídica, tal como a sociedade a qual regula, não é imutável. As leis nascem, vigem, produzem efeitos, se extinguem, sendo ou não substituídas por outras. A sucessão das leis no tempo é questão que ultrapassa os lindes do direito penal ou qualquer ramo do direito sancionador e interessa a todos os ramos do direito. Ela, em todas as searas, desafia os valores da segurança jurídica e da justiça, em considerações sobre a estabilidade das relações jurídicas, a igualdade e o bem comum³³⁸.

O princípio da segurança jurídica é um dos alicerces do Estado Democrático de Direito, reconhecendo que o cidadão necessita de previsibilidade para se conduzir e precisa confiar nos

y a la que ha de dar una adecuada respuesta el Derecho administrativo, con el procesamiento y ponderación de todos los intereses en juego.

(...) el Derecho Administrativo ha de satisfacer una doble finalidad: la ordenación, disciplina y limitación del poder, al tempo que la eficacia e efetividade de la acción administrativa. Ello obliga, entre otras consecuencias, no sólo a utilizar el canon de la prohibición de exceso (princípio de proporcionalidade), sino tambien el de la prohibición de defecto. Y es que en un Derecho administrativo enmarcado en una Constitución de las libertades habrá de tener también su sitio la idea de la eficacia, de la funcionalidade, de la capacidade de actuación efectiva.” (SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 25.)

³³⁸ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito Intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 48.

seus atos ou nas decisões públicas que incidam sobre direitos ou interesses próprios³³⁹; também são alicerces do Estado Democrático de Direito os direitos e garantias fundamentais de liberdade, de igualdade, de não intervenção excessiva pelo Estado. O Direito Intertemporal tem a missão de contemporizar estes valores diante do ciclo de vida dos atos normativos na ordem jurídica.

O conflito de leis não se dá no plano normativo, dá-se no plano fático, em que se projeta a eficácia das normas jurídicas. No plano normativo, para o tempo, são precisas as determinações de vigência e revogação das normas jurídicas (arts. 1º e 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)³⁴⁰. Os problemas e conflitos concernentes ao fluxo das leis se afirmam frente a pretensões de aplicação de normas anteriores ou subsequentes, questões que são solucionadas pelo direito intertemporal e circunscrevem-se ao **plano da eficácia das leis**³⁴¹. A sucessão de leis não interfere na validade das leis passadas nem no plano da validade dos atos praticados no passado sob o império da lei revogada³⁴²; podem afetar, isto sim, a eficácia das leis passadas e os efeitos dos atos e fatos passados, nunca sua validade. A validade ou invalidade é congênita, ou seja, suas condições devem ser verificadas a teor da ordem jurídica do momento da produção do ato³⁴³. A validade de um ato não é afetada por lei ou causa superveniente.

A chegada de uma lei nova se dá em meio a quatro espécies de fatos jurídicos: (i) situações jurídicas que se iniciaram e terminaram no passado, chamadas pretéritas; (ii) situações jurídicas que se iniciaram no passado e permanecem a surtir efeitos no presente; (iii) situações jurídicas em curso de constituição; (iv) situações jurídicas ocorrentes após a data de vigência

³³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., 11ª reimp., Coimbra/PT: Almedina, 2003, p. 257.

³⁴⁰ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito Intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 18.

³⁴¹ Tércio Sampaio Ferraz Júnior distingue a existência, validade, vigência e eficácia da norma. Explica que vigente é aquela norma que está apta a produzir efeitos e que a incidência da norma é a efetiva produção dos efeitos, que podem ser retroativos ou irretroativos. Ainda que a vigência seja para o futuro, pode a norma produzir efeitos no passado. “A vigência é desde já para o futuro; **a eficácia desde já para o futuro ou para o passado.**” – grifos não originais. (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 10ª ed. ver., atual., ampl. São Paulo: Atlas, 2017 pp. 158-160 e 207.)

³⁴² “A lei nova, nem mesmo quando seja benéfica para uns, jamais modificará as condições de validade de um ato passado (...), nem mudará as consequências de um direito já realizado.” (MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*. São Paulo: Freitas Bastos, 1946, p. 16-17 e 19.)

³⁴³ Toda invalidade é originária; sua causa deve existir, pelo menos, no momento da concretização do ato jurídico. (BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade*. São Paulo: Saraiva, 4ª ed. rev., 2000, p 69.)

da nova lei.³⁴⁴ É sobre situações passadas (itens “i” e “ii”) que os efeitos das leis podem ser retroativos ou irretroativos. Tanto é assim que o tema direito intertemporal já foi denominado “teoria da retroatividade ou da não-retroatividade das leis”³⁴⁵.

Primitivamente, as leis se aplicavam a fatos anteriores ou posteriores a sua introdução na ordem jurídica. O mandamento de irretroatividade tratou de uma evolução do pensamento jurídico.³⁴⁶ Em citações de Benjamin Constant, Toullier, Bacon e Maquiavel, Carlos Maximiliano observa que a irretroatividade nasceu da percepção de que o homem não deve ser surpreendido por uma lei desconhecida quando se portou zelosamente de acordo com a lei vigente, haja vista que isso seria traição pelo Estado do pacto social ou uma cilada do Estado sobre o qual o homem deposita confiança:

“Proclamara BENJAMIN CONSTANT: ‘A retroatividade é o maior atentado que a lei possa cometer; é o despedaçamento do pacto social, a anulação das condições em virtude das quais a sociedade tem o direito de exigir obediência do indivíduo; ela arrebatava as garantias que ela mesma lhe assegurava em troca daquela obediência, que é um sacrifício;’

Mais enérgico se mostra o notável TOULLIER, quando adverte que a retroatividade é uma cilada armada aos indivíduos pelo legislador.

O homem é livre para agir neste ou naquele sentido. Quando procede contra o Direito, escolhe por alvedrio próprio o caminho errado; ele deve portar-se de acordo com a lei vigente. Se a esta se atribui efeito retroativo, o homem de bem é surpreendido pelo inesperado; punido, prejudicado pelo Direito novo, apesar de ter sido observante leal e zeloso do Direito em vigor (...). É violenta

³⁴⁴ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito Intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 48;

Carlos Maximiliano explica que a descrição legal do crime é situação jurídica abstrata e o crime cometido é situação jurídica concreta, pois constituída definitivamente. E que crimes são fatos voluntários, porém sem o intuito de aquisição de direitos. Via de regra, a lei não deve atingir para o passado fatos voluntários, tenham eles o intuito ou não de aquisição de direitos. (MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*. São Paulo: Freitas Bastos, 1946, pp. 11-12 e p. 25).

³⁴⁵ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito Intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 54; MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 30ª ed. ver. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 447; MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*. São Paulo: Freitas Bastos, 1946, pp. 8 e 10.

³⁴⁶ E prossegue Carlos Maximiliano a narrar que na história da China, do povo hebreu, da Grécia Antiga, de Roma, era comum a aplicação retroativa do direito, inclusive do direito penal. A irretroatividade aparece como mandamento na Constituição do Estado da Virgínia, em 1776, e na Constituição francesa pós-revolucionária. (MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*. São Paulo: Freitas Bastos, 1946, pp. 16-17 e 19.);

Taipá de Carvalho explica que no contexto dos Estados absolutos não havia espaço para garantias contra o *jus puniendi* estatal sobre os indivíduos e, por isso, mesmo em matéria penal, não havia limite à retroação da lei penal, garantia que apareceu no alvorecer dos Estados liberais. (CARVALHO, Américo A. Taipá de. *Sucessão de Leis Penais*. 3ª ed. ver. e atual., Coimbra/PT: Coimbra Editora, 2008, p. 9.);

Nesse sentido também: LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 33ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 150.

semelhante prática; é a consagração audaciosa da injustiça absoluta, a negação de toda a juridicidade.

(...)

Consolidaram os Doutores o expressivo axioma – *lex non habet oculos retro* – ‘a lei não olha para trás’. Eis o apoftegma de BACON: *Janus in legibus non placet* – ‘Janus (o Deus de duas caras) não parece bem nas leis’.

Até o absolutista MACCHIAVELLO proclamara no Príncipe: *La legge non deve riandare le cose passate, ma sibbene provvedere alle future* – ‘a lei não deve retornar às coisas passadas, porém, antes, prover em relação às futuras’³⁴⁷

Retroatividade significa “atividade para trás”³⁴⁸. Mas essa atividade da lei para o passado pode ter diversas acepções a depender de sua eficácia sobre as situações jurídicas passadas e seus correspondentes consecutórios; pode ser vedada, por força do princípio da irretroatividade institucionalizado pela ordem jurídica; pode ser autorizada pelo silêncio ou por disposição expressa. Importa, primeiro, estabelecer os contornos objetivos do que é retroatividade, para depois valorá-la, isto é, dizer se é um proceder condenável ou autorizado ao aplicador do direito ou, mais precisamente, por certo ramo do direito. Delimitar a essência da retroatividade é questão prévia às regras autorizativas ou proibitivas de direito intertemporal.

Independentemente de valorações de justiça ou injustiça, retroatividade e irretroatividade são institutos que operam reciprocamente. Dar limites à irretroatividade é autorizar a retroatividade; da mesma forma que limitar a retroatividade é afirmar a irretroatividade. Retroatividade é a negação da irretroatividade e vice-versa. Nos lindes do espaço onde um está o outro não tem lugar. Então é preciso entender sobre quais elementos fáticos pode operar a retroatividade: sobre fatos passados em si, sobre seus efeitos, se sobre efeitos, sobre quais deles - passados, presentes ou futuros.

Wilson de Souza Campos Batalha, em seu longo estudo sobre direito intertemporal, lista alguns doutrinadores que tratam a retroatividade com abrangências distintas. Exemplificativamente, Paulo Lacerda, 1918, dizia que retroatividade ocorre quando são atingidas consequências presentes ou futuras de fatos passados; Luiz da Cunha Gonçalves, 1955, dizia que o efeito retroativo se dá com a aplicação da lei nova a fatos passados e a

³⁴⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*. São Paulo: Freitas Bastos, 1946, pp. 23-24.

³⁴⁸ MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 30ª ed. ver. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 446.

consequências tanto passadas, quanto presentes e futuras à nova lei; Paul Roubier dizia que retroatividade é a aplicação de lei nova a consequências passadas de fatos passados, o resto será efeito imediato da nova lei³⁴⁹; Giovanni Pachioni sustentava que retroatividade significa a incidência da lei nova a efeitos presentes e futuros de fatos passados e que a incidência da lei nova sobre fatos constituídos com seus efeitos extintos já no passado seria hiperretroatividade e não retroatividade³⁵⁰.

Em estudo efetuado por Luís Roberto Barroso³⁵¹, vê-se que Gabba, idealizador da doutrina da proteção do direito adquirido, entendia ser retroativa a lei que incidisse sobre efeitos futuros de fatos passados. Por sua vez, Gomes Canotilho, ao tratar dos efeitos retrooperantes de uma lei, estabelece uma escala de retroatividade, afirmando que há retroatividade autêntica quando há interferência da nova lei sobre fatos e efeitos jurídicos preexistentes a sua vigência e retrospectividade quando a nova lei interfere sobre efeitos presentes e futuros de fatos passados.

Como se vê, retroatividade não é um vocábulo unívoco, mas passível de conotações e medidas diversas. Há inúmeras teorias que procuram definir a retroação das leis. E a concepção é premissa essencial à compreensão e à operabilidade do direito intertemporal. Por isso, antes de se afirmar haver retroatividade ou não de uma lei, é necessário definir a substância do instituto, de modo que se possa firmar um ponto de partida para uma construção dogmática.

De modo geral, diz-se que a lei posterior não pode atingir fatos anteriores à sua vigência nem suas consequências, o que é nominado princípio da não-retroatividade das leis³⁵², corolário da segurança jurídica e da estabilidade que se espera das relações na vida em sociedade. A regra está expressa na Constituição Federal no art. 5º, XXXVI, para as relações sociais: “a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”; no art. 5º XL, para o direito penal: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”; no art. 150, III, “a”, para o direito tributário: é vedada a cobrança de tributos “em relação a fatos geradores ocorridos

³⁴⁹ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito Intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 49.

³⁵⁰ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito Intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 56.

³⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: Segurança Jurídica, Direito Intertemporal e o Novo Código Civil. *Revista Brasileira De Estudos Políticos*, 90, pp. 33-68, 2004, p. 43. Disponível em: <https://doi.org/10.9732/3>. Consulta em: 28/07/2022.

³⁵² MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*. São Paulo: Freitas Bastos, 1946, p. 10.

antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado”. A irretroatividade da lei nova é a regra constitucional nas hipóteses nela elencadas, fora das quais “a retroatividade da norma é tolerável”³⁵³ e no direito penal é exceção obrigatória para a norma mais favorável, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

O princípio da irretroatividade somente condiciona a atividade jurídica do Estado nas hipóteses expressamente previstas pela Constituição, em ordem a inibir a ação do Poder Público eventualmente configuradora de restrição gravosa (a) ao "status libertatis" da pessoa (CF, art. 5. XL), (b) ao "status subjectivacionais" do contribuinte em matéria tributária (CF, art. 150, III, "a") e (c) à segurança jurídica no domínio das relações sociais (CF, art. 5., XXXVI). - Na medida em que a retroprojeção normativa da lei não gere e nem produza os gravames referidos, nada impede que o Estado edite e prescreva atos normativos com efeito retroativo. - As leis, em face do caráter prospectivo de que se revestem, devem, ordinariamente, dispor para o futuro. O sistema jurídico-constitucional brasileiro, contudo, não assentou, como postulado absoluto, incondicional e inderrogável, o princípio da irretroatividade.”³⁵⁴

A despeito das menções a disposições alheias ao direito penal, não se pretende nessa breve incursão investigar e cotejar a doutrina que estuda a intertemporalidade e seus efeitos no direito civil³⁵⁵, que é regida por regra própria estampada no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, e no art. 6º da LINDB, ou no direito tributário³⁵⁶, assuntos intrincados e que passam ao largo dos objetivos deste trabalho. O que se pretende neste escorço é somente chamar a atenção para as diversas lentes em que a retroatividade pode ser lida, a depender da linha de pensamento adotada, o que impacta os diversos ramos do direito e também alumia o estudo do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica no direito penal, mostrando a necessidade de se estabelecer as balizas do princípio que serão adotadas para que se possa empreender uma análise mais precisa voltada ao direito administrativo sancionador.

³⁵³ BARROSO, Luís Roberto. “Em algum lugar do passado: Segurança Jurídica, Direito Intertemporal e o Novo Código Civil.” *Revista Brasileira De Estudos Políticos*, 90, pp. 33-68, 2004, p. 40. Disponível em: <https://doi.org/10.9732/3>. Consulta em: 28/07/2022.

³⁵⁴ STF, ADI nº 605 MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23/10/1991, publicação em 05/03/1993.

³⁵⁵ Sobre o tema cf. LEVADA, Filipe Antônio Marchi. *O Direito Intertemporal e os Limites da Proteção do Direito Adquirido*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, 264 páginas.

³⁵⁶ Cf. COSTER, Tiago Rios. *Retrospectividade no Direito Tributário Brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, 181 páginas.

A simplificar o amplo e complexo debate doutrinário sobre a disputa vocabular, os conflitos de leis no tempo e as diferentes abordagens que o tema assume nos ramos do direito, aponta-se, de logo e novamente, ao Supremo Tribunal Federal, que, na ADI nº 492-0/DF³⁵⁷, firmou importante contributo à compreensão do conteúdo do princípio da retroatividade, segmentando a retrooperação da lei em três níveis, a fim de que pudesse ser bem delineado seu alcance diante das diferentes possibilidades que as situações jurídicas pretéritas à nova lei colocam. Partindo da premissa de que a irretroatividade é o não-alcance de fatos anteriores ou de suas consequências pela nova lei, a retroatividade é o oposto, e pode assumir três níveis de amplitude: máxima, média e mínima.

Haverá retroatividade máxima se a lei nova atinge os fatos passados e os efeitos exauridos sob o império da lei anterior; haverá retroatividade média se a lei nova impacta os efeitos pendentes de fatos passados, efeitos que deveriam ter sido consumados, mas não o foram; haverá retroatividade mínima se a lei nova atingir os efeitos dos atos passados ocorrentes após sua entrada em vigor. Por sua relevância, colaciona-se excerto do acórdão:

“Quanto à graduação por intensidade, as espécies de retroatividade são três: a máxima, a média e a mínima. Matos Peixoto, em notável artigo – Limite Temporal da Lei – publicado na Revista Jurídica da antiga Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil (vol. IX, págs. 9 a 47), assim as caracteriza:

‘Dá-se retroatividade máxima (também chamada restitutória, porque em geral restitui as partes ao status quo ante), quando a lei nova ataca a coisa jugada e os fatos consumados (transação, pagamento, prescrição). Tal é a decretal de Alexandre III que, em ódio à usura, mandou os credores restituírem os juros recebidos. À mesma categoria pertence a célebre lei francesa de 2 de novembro de 1793 (12 brumário do ano II), na parte em que anulou e mandou refazer as partilhas já julgadas, para os filhos naturais serem admitidos à herança dos pais, desde 14 de julho de 1789. A carta de 10 de novembro de 1937, artigo 95, parágrafo único, previa a aplicação da retroatividade máxima, porquanto dava ao Parlamento a atribuição de rever decisões judiciais, sem executar as passadas em julgado, que declarassem inconstitucional uma lei.

³⁵⁷ O caso concreto concerne a disposições legais que alteraram os critérios de correção monetária de contratos celebrados com entidades do Sistema Financeiro de Habitação (SFH). Embora os debates naquele caso alfinem remontem à proteção ao direito adquirido dos contratantes, o traçado, como premissa, dos níveis possíveis de eficácia retroativa de uma norma (que podem ser autorizados ou desautorizados nos diferentes ramos do direito a depender dos mandamentos constitucionais e legais) lançam luzes sobre o conteúdo do princípio geral da retroatividade a todos os ramos do direito.

A retroatividade é média quando a lei nova atinge os efeitos pendentes de ato jurídico verificados antes dela, exemplo: uma lei que limitasse a taxa de juros e não se aplicasse aos vencidos e não pagos.

Enfim a retroatividade é mínima (também chamada temperada ou mitigada), quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data em que ela entra em vigor. Tal é, no direito romano, a lei de Justiniano (C. 4, 32, de usuris, 26, 2 e 27 pr.) que, corroborando disposições legislativas anteriores, reduziu a taxa de juros vencidos após a data da sua obrigatoriedade. Outro exemplo: o Decreto-Lei nº 22.626, de 7 de abril de 1933, que reduziu a taxa de juros e se aplicou, ‘a partir da sua data aos contratos existentes, inclusive aos ajuizados (art. 3º)’ (pags. 22/23)”³⁵⁸

Como se vê, enfocando fatos passados e suas consequências, o princípio da retroatividade pode ter diferentes medidas. Qualificar uma lei como retroativa não diz muito, de imediato. Ao se incitar o princípio da retroatividade devem ser identificados quais níveis de retroatividade se está a tratar; depois deve-se identificar quais níveis são admitidos em determinado ramo do direito: se quaisquer níveis são totalmente inadmissíveis, encravando-se a irretroatividade absoluta das leis, tal qual ocorre no direito penal para leis não benignas, ou se há autorização para a retroação e até que ponto. Por isso já se disse que a retroatividade é instituto que deve ser analisado de perto e não tomado de assalto para extração de conclusões. Sendo a retroatividade da lei penal princípio que se pretende emprestar ao direito administrativo sancionador, mote deste trabalho, a irretroatividade e a retroatividade das leis penais é assunto que será estudado com mais vagar no item subsequente.

3.3 Retroatividade no direito penal

O princípio da retroatividade da lei mais benéfica é descrito na Constituição Federal nos seguintes termos: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, LV). Na Constituição brasileira, a retroatividade impõe-se como exceção ao princípio da irretroatividade da lei penal. A lei é irretroativa em regra - ou seja, não se aplica a fatos passados e nem a seus

³⁵⁸ STF, ADI nº 493-0, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 25/06/1992, publicação em 04/09/1992.

efeitos - exceto se for benéfica ao réu. Por estarem amalgamadas, a compreensão da retroatividade demanda primeiro entender a irretroatividade, princípio de direito intertemporal consectário do princípio da legalidade penal, nascido em épocas iluministas, e depois a retroatividade, que veio em momento ulterior, como exceção à garantia de base, ao se perceber que não obrava plena justiça.

3.3.1 O princípio da legalidade e a faceta da irretroatividade

A irretroatividade da norma é uma das facetas da necessidade de lei para que alguém seja passível de penalidade. O princípio da legalidade preceitua que delitos e penas devem resultar da previsão legislativa, dele derivando as garantias³⁵⁹ *lex scripta*, *lex stricta*, *lex certa* e *lex praevia*.³⁶⁰ O princípio é considerado o principal limite contra o arbítrio punitivo estatal, garantidor da dignidade³⁶¹ e da segurança jurídica ao cidadão³⁶².

³⁵⁹ Preferiu-se não se adotar o termo “postulados”, nomenclatura utilizada por LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 17.

³⁶⁰ O princípio da legalidade e suas garantias também são acolhidos pelo Direito Administrativo Sancionador, com matizes. O tema não será desenvolvido neste trabalho. Apenas menciona-se: “Las infracciones y las sanciones no sólo tienen que estar previstas con anterioridad al momento de producirse la conducta enjuiciable, sino que han de estar previstas con un grado de precisión tal que priven al operador jurídico de cualquier veleidade creativa, analógica o simplemente desviadora de la letra de la ley.

A este contexto se anadió um elemento que, em rigor, no coincide com lo anterior, a saber: la exigência de que esa norma previa y certa tenga el rango de ley. (...) La exigência de ley em sentido estricto es una garantía acumulada con la que se acelera el proceso de neutralización de la Administración. (...)

(...) A mi juicio se trata, más bien, de una trasposición del sistema penal, que se extiende, sin más, al administrativo sancionador con secuelas múltiples y contradictorias.

(...)

mientras que las prácticas administrativas sancionadoras operan de espaldas a los puros principios, entendiendo que su aplicación estricta paralisaría su funcionamiento. Así las cosas, son los jueces a quienes corresponde la difícil tarea de armonizar las contradicciones forzando a la Administración a respetar em lo posible las instrucciones constitucionales y, correlativamente, **flexibilizando los principios para hacerlos eficaces en la realidad.**” – grifos não originais. (NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed., Madrid: Tecnos, 2012, pp. 163 e 167.)

³⁶¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. vol. I, Parte Geral (arts. 1º e 120). 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 77

³⁶² BUSATO, Paulo Cesar. *Direito Penal: Parte Geral*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 28; CERESO MIR, José. *Derecho Penal: Parte General*. 1ª ed. brasileira, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 266;

O princípio da legalidade “radica na proteção dos valores da segurança jurídica, liberdade, igualdade, por meio da vinculação dos Poderes Públicos à lei precisa e concreta, o que garante que seja o legislador quem adote as decisões básicas na matéria, exclui a arbitrariedade do poder punitivo do Estado e assegura o tratamento igualitário na lei e

O princípio da legalidade e a faceta da *lex praevia* encontram sua gênese na filosofia iluminista, com a teoria do contrato social de Rousseau, a divisão de poderes de Montesquieu e as críticas de Beccaria na obra “Dos delitos e das Penas”, em que se afirmava que os homens haviam entregue parcela de sua liberdade ao Estado, que deveria se submeter à expressão da vontade popular, representada pela lei: “só as leis podem decretar as penas dos delitos e esta autoridade deve residir no legislador, que representa toda a sociedade unida pelo contrato social”³⁶³. E ao juiz, segundo a teoria da separação dos poderes, caberia a aplicação estrita e rigorosa do que havia sido previamente estabelecido pelo legislador³⁶⁴.

Como reação ao absolutismo monárquico, o liberalismo visava à limitação do poder do Estado. Não poderia mais haver crime sem previsão em lei, nem a imposição de pena sem determinação legal. O princípio foi traduzido ao brocardo *nullum crimen nulla poena sine lege* por Feuerbach, em 1813³⁶⁵. Somente com o suplante das monarquias absolutas e a inauguração dos modelos de Estado liberal, o princípio da legalidade foi institucionalizado. O preceito foi inserido nas Constituições dos estados americanos da Filadélfia, de 1774, da Virgínia e de Maryland, de 1776, e impactou o mundo com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, decorrente da Revolução Francesa³⁶⁶, tendo sido inserido também na Constituição francesa³⁶⁷.

A primeira garantia da legalidade é a *lex scripta*, ou seja, a reserva de lei, no Brasil, abraçada pela Constituição Federal, art. 5º, XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Somente pode haver intervenção punitiva estatal se houver lei emanada do Poder Legislativo. Denota o monopólio do poder legiferante, que idealmente representa a vontade do povo, para descrição de condutas criminosas e

na aplicação da lei.” (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14 ed. ver., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 108.)

³⁶³ Marques de Beccaria citado por CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. vol. I, Parte Geral (arts. 1º e 120)”, 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 78.

³⁶⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. vol. I, Parte Geral (arts. 1º e 120). 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 78.

³⁶⁵ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed. ver. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 20.

³⁶⁶ Houve hiatos históricos ao princípio da legalidade, em especial à *lex praevia*, na Alemanha, com o Código Penal do Reich de 1871, na União Soviética, com o Código Penal da República Federal Socialista Soviética Russa de 1926, nos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio. (LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, pp. 20-21 e 28)

³⁶⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. vol. I, Parte Geral (arts. 1º e 120). 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 78.

estabelecimento de penas. O veículo somente poderá ser lei em sentido estrito e não outros instrumentos normativos. Em matéria penal o princípio da legalidade corresponde à reserva absoluta de lei para tratar de matéria incriminadora.³⁶⁸ A lei deve ser escrita, expressa por meio do direito positivo.

A segunda garantia da legalidade é a taxatividade ou determinação, também denominados *lex certa e lex stricta*. Aquele se dirige ao legislador e esse ao aplicador da lei. O ato de legislar deve primar por formulações certas, claras, precisas e exaustivas, de forma que não deixem dúvidas aos destinatários da norma sobre os contornos das condutas puníveis³⁶⁹. O aplicador da lei, por sua vez, não pode se utilizar da analogia para criar, estender tipos penais ou agravar penas, ou seja, não pode se utilizar uma lei penal originariamente proibitiva de outro fato para punir condutas semelhantes³⁷⁰.

A terceira garantia da legalidade - e que mais interessa para os fins deste trabalho - é a irretroatividade da lei ou *lex praevia*; é dizer que a previsão abstrata da conduta proibida deve ser anterior ao fato. “A relação jurídica é definida pela lei vigente à data do fato. *Tempus regit actum*.”³⁷¹ Novos tipos não podem alcançar fatos passados, de modo que o cidadão não seja surpreendido por punição arrazoada em conduta que sequer era proibida, porque a punição somente se justifica se houver a possibilidade de conhecimento prévio da norma.

Nas Constituições dos estados americanos da Filadélfia, de 1774, da Virgínia e de Maryland, de 1776, bem como na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão³⁷², de 1789,

³⁶⁸ “Nessa ordem restariam excluídas como fontes de normas que descrevem delitos e penas as normas regulamentares emanadas do Poder Executivo, que têm nível inferior à lei, como Decretos, Medidas Provisórias, etc.” (BUSATO, Paulo Cesar. *Direito Penal: Parte Geral*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 35 e 45.)

³⁶⁹ Busato critica a tendência do legislador moderno que é pouco preciso e se utiliza de conceitos vagos, indeterminados, tipos penais abertos, além da lei penal em branco, o que permite alto grau de valoração pelo aplicador da lei. (BUSATO, Paulo Cesar. *Direito Penal: Parte Geral*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 49-50.)

³⁷⁰ Há de se diferenciar analogia *in malam partem*, interpretação analógica e analogia *in bonam partem*; as duas últimas admitidas pela doutrina penal. (BUSATO, Paulo Cesar. *Direito Penal: Parte Geral*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 54.)

³⁷¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. vol. I, Parte Geral (arts. 1º e 120). 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 84;

Também a mencionar o *tempus regit actum*: PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 162.

³⁷² Art. 8.º A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Também aparece na Declaração dos Direitos do Homem de 1948: art. 11.2: “Ninguém será condenado por ações ou omissões que, no momento de sua prática, não constituíam ato delituoso face ao direito interno ou internacional.

a garantia já aparece jungida ao princípio da legalidade.³⁷³ “[O] princípio da não retroatividade em matéria penal é uma garantia fundamental da liberdade pessoal, e a inflicção ao delinquente de uma pena, cuja aplicação não for prevista no momento do delito, torna-o vítima de um tratamento arbitrário e injusto”³⁷⁴.

3.3.2 *Retroatividade da lei mais benéfica como princípio autônomo - exceção ao princípio geral da irretroatividade*

O princípio da retroatividade da norma não é consectário imediato da irretroatividade³⁷⁵. Como já se viu, irretroatividade e retroatividade são institutos correlatos ao tempo em que autônomos; a decisão por um exclui o outro, mas não há impedimento para que se afirme a irretroatividade e se tracem campos de exceções, com linhas que desenharam o espaço de incidência de cada qual. Se a *ratio* de se obstaculizar a retroação de uma norma penal é que o indivíduo deve conhecer a conduta proibida antes de ser punido por ela, não impede seja ele beneficiado se a conduta deixa de ser reprovável, se neste sentido houver determinação. A retroatividade da lei mais favorável pode ser inserida em uma ordem jurídica como exceção à

Do mesmo modo, não será infligida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o fato delituoso foi cometido.”

³⁷³ CERESO MIR, José. *Derecho Penal: Parte General*. 1ª ed. brasileira, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 265;

Carlos Maximiliano situa o nascimento do princípio da irretroatividade da lei penal no direito canônico pelas tintas do Pontífice Gregório III. (MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*. São Paulo: Freitas Bastos, 1946, p. 289.)

³⁷⁴ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Versão Portuguesa de Original Italiano Diritto Penale, Campinas: Red Livros, 2000, p. 127.

³⁷⁵ BUSATO, Paulo Cesar. *Direito Penal: Parte Geral*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 47.

regra geral da irretroatividade da lei penal³⁷⁶. Há de se ter o cuidado, no entanto, de não se afetarem direitos de terceiros³⁷⁷, senão somente o poder de punir do Estado.

Anotou-se anteriormente, que a irretroatividade é uma garantia derivada do progresso do pensamento jurídico, que suplantou a primeira fase de aplicação retroativa da lei ao arbítrio do Estado. De início, a irretroatividade despontou imperante, para somente mais à frente ganhar limites em benefício do réu³⁷⁸. No Brasil, a irretroatividade das leis foi prevista pela Constituição de 1824³⁷⁹, depois pela Constituição de 1891³⁸⁰, pela Constituição de 1934³⁸¹, pela

³⁷⁶ No sentido de que se trata de exceção à irretroatividade: CEREZO MIR, José. *Derecho Penal: Parte General*. 1ª ed. brasileira, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 275; BUSATO, *Fundamentos para um Direito Penal Democrático*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 126; MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*. São Paulo: Freitas Bastos, 1946, p. 289; CONDE, Francisco Munoz; GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Derecho Penal: Parte General”. 6ª ed., Valência: Tirant to Blanch, 2004, pp. 139-140. Em sentido contrário, a defender que não se trata de uma exceção: “De tudo parece que é, hoje, incorrecta a classificação da proibição da retroatividade como princípio geral da aplicação da lei penal no tempo e da retroatividade da lei mais favorável como exceção. Deverá antes, e com legitimidade, afirmar-se que o princípio é o da aplicação da lei penal favorável. (...) Diga-se, rigorosamente, exceções nunca o foram, caso contrário seriam inconstitucionais. Pois violariam a bicentenária proibição da retroatividade da lei penal. Exceções só o poderiam ter sido se tivesse havido hipóteses – o que não aconteceu – da retroatividade das leis penais desfavoráveis. É que só num caso destes haveria uma contradição com a *ratio* (a segurança jurídica) da proibição da retroatividade (desfavorável).” (CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Sucessão de Leis Penais*. 3ª ed. ver. e atual., Coimbra/PT: Coimbra Editora, 2008, p. 137-138.) O raciocínio tende a defender a retroatividade da lei penal quando prevista tão-somente na norma infraconstitucional, que não pode vulnerar a segurança jurídica constitucional que proclama a irretroatividade. No Brasil, a exceção é prevista pela própria Constituição que não descarta a necessidade de ponderação com a segurança jurídica. Principalmente, a falar em princípio geral de direito sancionador há de se encontrar os matizes do princípio para que não se malfira a estabilidade das relações sociais, posto envolverem sanções administrativas interesses de terceiros e não somente direitos individuais do réu. As preocupações são relevantes, tanto é assim que o mesmo autor, ao tratar das multas penais (penas que envolvem interesses de terceiros) vacila quanto à incidência do princípio da retroatividade da lei mais benéfica. (CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Sucessão de Leis Penais*. 3ª ed. ver. e atual., Coimbra/PT: Coimbra Editora, 2008, p. 309.)

³⁷⁷ Princípio da segurança jurídica para as relações sociais: art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal: “a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”. Não à toa, a lei penal teve o cuidado de preservar direitos adquiridos de terceiros ao estabelecer a retroatividade: “O postulado concernente à observância preferencial da lei mais favorável ao indiciado não se aplica aos efeitos civis do crime e da condenação; estes são intangíveis; constituem jura quaesita, situação de Direito definitivamente estabelecida, para a vítima, desde que se perpetrou o delito ou a contravenção. Até mesmo escritores que ensinam a descumprir o aresto final quando a norma posterior exclua da categoria dos delitos o fato incriminado, opinam ficarem de pé os efeitos civis da condenação, consideram-nos direitos adquiridos, inclusive no caso mencionado.” (MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*. São Paulo: Freitas Bastos, 1946, p. 317.)

³⁷⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*. São Paulo: Freitas Bastos, 1946, p. 290.

³⁷⁹ Art. 179, II. Nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública. III, a sua disposição não terá efeito retroativo. IX. Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita.”

³⁸⁰ “Art. 11. É vedado aos Estados, como à União: 3º - prescrever leis retroativas.”

³⁸¹ Art. 113, n. 26 – ninguém será processado nem sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao facto, e na forma por ela prescrita.”

Constituição de 1937, especificamente para leis gravosas³⁸², e pelas Constituições de 1967³⁸³ e de 1988, em ambas já com a ressalva da retroatividade da lei benéfica. Os Códigos penais, desde o primeiro digesto brasileiro, é que se preocuparam com a retroação das normas benéficas. O Código Penal de 1890³⁸⁴ e depois o de 1940³⁸⁵ afirmavam, ao lado da irretroatividade geral, a retroatividade em favor do acusado.

De modo geral, afirma-se que o *princípio da irretroatividade* radica no Estado Liberal e nas garantias da segurança jurídica e da certeza do direito para contenção do arbítrio estatal; a *retroatividade* veio depois, baseada em argumentações concernentes às finalidades das penas, que passam por ideais de justiça³⁸⁶, de igualdade, de humanidade, da máxima limitação da restrição a direitos fundamentais e na própria desnecessidade da pena.³⁸⁷ Irretroatividade e a exceção benevolente estão diretamente relacionadas ao desenvolvimento de teorias sobre as funções das penas.

³⁸² Art. 122, n. 13 – as penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores. A disposição foi suspensa pelo Decreto nº 10.358, de 31 de agosto de 1942, que declarou estado de guerra. Disse o diploma: “art. 2º. Na vigência do estado de guerra deixam de vigorar desde já as seguintes partes da Constituição: art. 122, n. 136, no que diz respeito à irretroatividade da lei penal.”

³⁸³ “art. 150, § 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.”

³⁸⁴ “Art. 3º. A lei penal não tem efeito retroativo; todavia o facto anterior será regido pela lei nova: a) se não for considerado passível de pena; b) se for punido com pena menos rigorosa.”

³⁸⁵ “Art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Art. 2º. Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução dos efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único. a lei posterior, que de outro modo favorece o agente, aplica-se ao facto não definitivamente julgado e, na parte em que comina pena menos rigorosa, ainda ao facto julgado por sentença condenatória irrecorrível.”

³⁸⁶ CONDE, Francisco Munoz; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: Parte General*. 6ª ed., Valência: Tirant to Blanch, 2004, p. 140.

³⁸⁷ “Se a norma imperante na atualidade cancela do número dos crimes um facto, conclui-se que a punição não é mais necessária; portanto, o castigo não tem finalidade lógica, não se justifica; a expiação é ilegítima.” (MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*. São Paulo: Freitas Bastos, 1946, p. 293);

CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Sucessão de Leis Penais*. 3ª ed. ver. e atual., Coimbra/PT: Coimbra Editora, 2008, p. 132-133.

3.3.2.1 Funções das penas

As funções das penas criminais podem ser repressivas ou preventivas, como já discorrido no primeiro capítulo. As penas servem para simbolizar a reprovação social do mal cometido pelo agente, assim como para evitar o cometimento de novos crimes, tanto pelos indivíduos de uma sociedade (prevenção geral), quanto pelo próprio agente (prevenção especial). A função repressiva das penas volta-se para o passado para vingar o mal cometido e a função preventiva das penas para o futuro, visando à prevenção de novas violações à ordem jurídica³⁸⁸.

O desenvolvimento dos princípios de direito intertemporal em matéria criminal e de suas justificações têm íntima relação com as finalidades concebidas às penas. Mais primitivamente, já foi dito, era comum a aplicação retroativa da lei penal, sem discrimen de prejuízo ou benefício ao réu, ocasião em que a função da pena era vista como a libertação da sociedade de influências perturbadoras, ou funções de conveniência e utilidade social³⁸⁹.

Depois, como evolução do entendimento sobre as funções das penas, adveio o *princípio da irretroatividade*, baseado em diferentes vertentes de pensamento. A primeira, da função ético-retributiva das penas, ou da função de vingança estatal, capitaneada por Hegel e Kant, que invocavam a culpabilidade e a dignidade da pessoa humana para justificar a aplicação da lei do momento da prática criminosa, não podendo retroagir, seja para beneficiar, seja para prejudicar o agente.³⁹⁰ A função aflagante da pena somente é fundamento para a irretroatividade.

³⁸⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 19ª ed. rev., ampl. e atual., Niterói: Impetus, 2017, p. 588.

³⁸⁹ Escola positiva. (CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Sucessão de Leis Penais*. 3ª ed. ver. e atual., Coimbra/PT: Coimbra Editora, 2008, p. 106.)

³⁹⁰ Escola clássica. (CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Sucessão de Leis Penais*. 3ª ed. ver. e atual., Coimbra/PT: Coimbra Editora, 2008, p. 127-129.);

Neste sentido, também Bettiol: “Quando se admite, por exemplo, o critério da retribuição como fundamento das normas penais e dos pressupostos da imputabilidade, resulta daí que não se pode reconhecer eficácia retroativa a uma lei penal, ao passo que se o legislador se inspira em ideologias contrárias à ideia retributiva, pois o que interessa é eliminar – a qualquer preço – da sociedade os elementos temíveis e perigosos, poderá ser reconhecida à lei penal eficácia retroativa em caso de sucessão.” (BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Versão Portuguesa de Original Italiano Diritto Penale, Campinas: Red Livros, 2000, p. 125.)

A segunda vertente de pensamento que justificou o princípio da irretroatividade foi a da função preventiva, defensora da intimidação produzida pela pena, que deveria ser conhecida pela sociedade de modo que os indivíduos orientassem seus comportamentos e pudessem tomar decisões sobre cometer ou não atos delituosos; para tanto, a lei deveria ser previamente conhecida. A função preventiva da pena deriva da teoria da coação psicológica de Feuerbach, que percebeu que, mais do que a vingança estatal, as penas deveriam servir como meio de prevenção geral, isto é, de intimidação dos indivíduos para que não cometessem lesões a bens jurídicos. E isso só seria possível se estes indivíduos conhecessem os comportamentos proibidos e as respectivas penas, que lhes serviriam de ameaça:

“Se a finalidade da pena é prevenir o crime, por via da intimidação (ameaça legal penal), naturalmente que a lei que define o crime e estabelece a respectiva sanção (conexão legal entre o crime e a pena) tem de, não apenas ser clara e precisa, mas também ser anterior ao facto que a comunidade quer impedir que aconteça”³⁹¹.

Enquanto a garantia da irretroatividade da lei penal era justificada pela função retributiva da pena era dificultoso o desenvolvimento de justificações ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica, pois a função ético-retributiva da pena era fortemente atrelada a concepções de revide ético que implicavam a incidência da norma do momento do cometimento do delito. A norma não poderia retroagir sequer para beneficiar o réu. A doutrina retributiva, passou, então, a invocar razões humanitárias e os ideias de justiça, de igualdade³⁹², para ultrapassar o impedimento à retroação e justificar a retroatividade da lei mais benéfica³⁹³.

Os caminhos foram abertos para a justificação da retroatividade das leis mais favoráveis com as teorias que atribuíam às penas funções preventivas ou de intimidação para não cometimento de atos ilícitos. É que a função preventiva perderia o sentido se o fato deixasse de ser delituoso ou perderia o sentido o peso da pena anterior se a pena abstrata fosse reduzida³⁹⁴. A irretroatividade da lei importava para dar conhecimento ao agente das proibições da ordem

³⁹¹ CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Sucessão de Leis Penais*. 3ª ed. ver. e atual., Coimbra/PT: Coimbra Editora, 2008, p. 99.

³⁹² PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. *Retroatividade Penal Benéfica: uma Visão Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 83-87.

³⁹³ Nota de rodapé nº 109. (CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Sucessão de Leis Penais*. 3ª ed. ver. e atual., Coimbra/PT: Coimbra Editora, 2008, p. 126.)

³⁹⁴ CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Sucessão de Leis Penais*. 3ª ed. ver. e atual., Coimbra/PT: Coimbra Editora, 2008, p. 126.

jurídica, para decisão sobre sua prática, mas esse fundamento não justifica a proibição de retroação da lei melhor. Compreendeu-se que, se a irretroatividade foi concebida para impedir a arbitrariedade do Estado, para assegurar a certeza do direito, deveria ceder se deixassem de existir as necessidades sociais de prevenção.³⁹⁵

Hoje, reconhecendo-se serem as penas criminais ambivalentes, com funções repressivas e preventivas do cometimento de atos ilícitos³⁹⁶ infere-se que o princípio da retroatividade da lei penal mais favorável extrai seus fundamentos tanto de razões humanitárias, de justiça, quanto da modificação do contexto da função preventiva, em que a intimidação geral ou especial não mais se justifica, diante de uma lei que representa a redução ou eliminação da reprovação social da conduta:

“O princípio da irretroatividade das leis penais tem a exceção da retroatividade das leis penais favoráveis. Alguns autores baseiam essa exceção em razões de justiça. Se as concepções ou avaliações legais mudaram, não é justo aplicar ao acusado a lei antiga mais desfavorável, que estava em vigor no momento do ato, mas que não responde às concepções ou avaliações atuais. Outros autores aludem à falta de necessidade (utilidade ou interesse) em aplicar a pena mais severa da lei já revogada. (...) Não são, portanto, somente razões de humanidade (*humanitatis* ou *pietatis* causa) que fundamentam o princípio da retroatividade das leis penais favoráveis. A aplicação da nova pena mais leve é justa e da pena mais severa da lei revogada, desnecessária.”³⁹⁷

“Assim, como exceção à regra da não retroatividade desfavorável emerge o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, com base não só em razões humanitárias (*humanitatis causa*), de liberdade (*favor libertatis*), de justiça, de equidade ou de igualdade de tratamento, mas, sobretudo, considerando que a pena mais leve da lei nova é justa e a mais severa da lei revogada é desnecessária. Sua retroatividade se funda numa atenuação da valoração ético-social do fato, em consonância com a antiga formulação *favorabilia sunt*

³⁹⁵ CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Sucessão de Leis Penais*. 3ª ed. ver. e atual., Coimbra/PT: Coimbra Editora, 2008, p. 131.

³⁹⁶ Vide capítulo I;

Código Penal: Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente **para reprovação e prevenção do crime**: (...).” (grifos não originais)

³⁹⁷ No original: “El principio de irretroactividad de las leyes penales tiene como excepción el de la retroactividad de las leyes penales favorables. Algunos autores fundamentan esta excepción em razones de justicia. Si las concepciones o valoraciones jurídicas han cambiado no es justo aplicar al reo la ley antigua más desfavorable, que estaba en vigor en el momento de la realización del hecho, pero que no responde a las concepciones o valoraciones actuales. Otros autores aluden a la falta de necesidad (utilidade o interés) en aplicar la pena más severa de la ley ya derogada. (...) No son, pues, unicamente razones de humanidad (*humanitatis* o *pietatis* causa) las que sirven de fundamento al principio de la retroactividad de las leyes penales favorables. La aplicación de la nueva pena más leve es justa y la de la pena más severa de la ley derogada, innecesaria.” (CEREZO MIR, José. *Derecho Penal: Parte General*. 1ª ed. brasileira, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 275-276).

amplianda odiosa sunt restringenda. (...) Por força dos princípios da irretroatividade da *lex severior* e, em especial da retroatividade da *lex mitior*, a eficácia normativa-penal retroage (para aquém) ou é ultrativa (para além).”³⁹⁸

A conexão das funções das penas com as justificações da retroatividade da lei mais benéfica importa ao direito administrativo sancionador. São, efetivamente, critérios humanitários de preservação da dignidade do agente e a desnecessidade de intimidação dos membros da sociedade contra o cometimento do delito a *ratio* do levantamento da pena e da libertação do agente.

De certo modo, o direito administrativo sancionador também dá às penas as funções de repressão e prevenção. Contudo, em diferente medida e não de forma isolada. Há outras funções que fundamentam as penas e que até preponderam sobre as funções repressivas e preventivas, posto envolver o direito administrativo relações heterogêneas e mais complexas com a sociedade do que relações bilaterais de punição que não trazem vantagens a terceiros, senão a pura aflição ao autor de um delito. Os variados ramos do direito administrativo dão às penas funções de gestão, de regulação, de indução de mercados, de organização, de manutenção da ordem interna administrativa.

No direito administrativo sancionador intertemporal, o embate entre a segurança jurídica, representada pela desejada estabilidade das relações sociais, e a garantia individual do agente infrator, representada pela humanidade da pena e pela desnecessidade de prevenção, pois a conduta deixou de ser ético-socialmente reprovável, é muito mais evidente. As penas interferem na vida da sociedade e não apenas individualmente na vida do condenado. A medida mais tênue das funções repressivas e preventivas agregadas às outras funções das penas administrativas demandam filtros ao princípio da retroatividade da lei mais favorável, pois a *ratio* da retroatividade não é replicada integralmente pelo direito administrativo sancionador. *Ubi cessat ratio cessa ejus dispositivo* (cessando a razão da lei, cessa seu dispositivo).

³⁹⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14 ed. ver., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 163.

3.3.2.2 níveis de retroatividade

No Brasil, o art. 5º, XL, estabelece a irretroatividade da lei penal como regra geral e, ao seu lado, em campo de atuação restrito às leis mais favoráveis, estabelece a retroatividade da lei. Na ordem jurídica brasileira, já foi dito, o princípio da retroatividade da lei mais benéfica é exceção constitucional ao princípio da irretroatividade da lei penal.

Em matéria criminal, partindo-se da lei do tempo do fato criminoso, podem haver conflitos de direito intertemporal nas seguintes hipóteses: (a) *novatio legis incriminadora*: lei posterior cria novo tipo, tornando punível conduta outrora indiferente ao direito penal; (b) *novatio legis in pejus*: a lei posterior agrava a situação do réu, sendo chamada *lex gravior*; (c) *abolitio criminis*: lei nova deixa de considerar determinada conduta ilícita e o fato deixa de ser típico; (d) *novatio legis in melius*: quando a lei nova de alguma forma traz um benefício ao agente; “qualquer direito adquirido do Estado com a satisfação do *jus puniendi* é atingido pela nova lei, por força do imperativo constitucional da retroatividade da *lex mitior*” (lei melhor).³⁹⁹ Diz-se que para os dois primeiros aplica-se o princípio da irretroatividade e para os dois últimos o princípio da retroatividade, por se tratarem de leis mais benéficas.

³⁹⁹ Em suma, “[s]empre que houver restrição ao *jus puniendi* e, conseqüentemente, ampliação dos direitos de liberdade do indivíduo, a lei há que ser tida como mais favorável. Toda regra, portanto, que aumente o campo da licitude penal e amplie o espectro de atuação do agente não só excluindo figuras criminosas, como também refletindo-se sobre a culpabilidade e a antijuridicidade é considerada *lex mitior*. Do mesmo modo, qualquer regra que diminua ou torne a pena mais branda ou a comute em outra de menor severidade também será mais benéfica.” Há casos em que a solução não é tão simples, como nos casos de combinação de leis, em casos de leis interpretativas, em casos de normas em branco cujo complemento tem assento infralegal, situações que ensejam debates doutrinários e jurisprudenciais. (CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. vol. I, Parte Geral (arts. 1º e 120). 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, pp. 94-97 e 99.); Há um debate específico sobre leis de cunho temporário ou excepcional. As primeiras são feitas com prazo de vigência específico e as segundas para vigerem em períodos de anormalidade, como calamidade pública, pandemia, estado de guerra. Elas se autorrevogam ou com data específica ou incerta, encerrado o estado excepcional. A doutrina se divide em torno da retroatividade da ordem jurídica posterior, mais benéfica. Luisi defende que uma vez decorrido o prazo de sua vigência, deve ser aplicada a norma posterior mais benéfica (LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 29). Capez e Prado dizem que as normas excepcionais e temporárias continuam a regular os fatos mesmo após sua vigência, senão não seriam respeitadas, na convicção do agente de que logo tendem a desaparecer. (CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. vol. I, Parte Geral (arts. 1º e 120). 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 99; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14 ed. ver., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 165).

A chegada de uma lei nova se dá em meio a quatro espécies de fatos jurídicos: (i) fatos criminosos praticados no passado e não definitivamente julgados; (ii) fatos criminosos praticados no passado, já julgados e cujas penas já foram cumpridas; (iii) fatos criminosos praticados no passado, já julgados e cujas penas foram parcialmente cumpridas; (iv) fatos criminosos praticados no passado, já julgados e cujas penas não foram cumpridas; (v) fatos criminosos em curso de execução⁴⁰⁰; (vi) fatos criminosos ocorrentes após a vigência da nova lei. O direito intertemporal - retroatividade ou irretroatividade das leis - ocupa-se dos fatos passados (itens “i” a “iv”).

A especificar o conteúdo do princípio constitucional da retroatividade da lei mais favorável, o Código Penal de 1940, estabelece seus contornos, e determina que a nova lei desincriminadora (*abolitio criminis*) seja aplicada aos fatos passados ainda que já haja sentença penal condenatória passada em julgado, atingindo seus efeitos penais presentes e futuros: “art. 2º. ninguém pode ser punido por fato que a lei posterior deixa de considerar crime, **cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.**”⁴⁰¹ Também a nova lei que traz benefícios ao réu (*novatio legis in melius*), como redução de pena, ampliação de requisitos para incriminação, deve ser aplicada retroativamente, mesmo diante de sentença transitada em julgado: “art. 2º, parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.”⁴⁰² Se houver dúvida sobre se a lei é benéfica ou maléfica, Busato⁴⁰³ e Cerezo Mir⁴⁰⁴ recomendam a consulta ao réu.

Os contornos da retroatividade dados pela lei brasileira ostentam amplitude considerável em cotejo com outras ordens jurídicas que somente admitem a retroação penal para atingir casos

⁴⁰⁰ Em relação ao tempo do crime, importante para identificação da norma aplicável, a Súmula nº 711 do STF estabelece que “a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.” Isso se dá, porque o momento de consumação do crime somente cessou já na vigência da lei posterior, incidindo o *tempus regit actum*. (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14 ed. ver., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 166)

⁴⁰¹ Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984;

Fernando Capez alerta que, via de regra, a lei nova mais benigna será aplicada pelo juiz da execução, mas há casos em que haverá necessidade de reanálise probatória, ao que se recomenda seja feita uma revisão criminal pelo juiz responsável pela qualificação jurídica dos fatos. (CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. vol. I, Parte Geral (arts. 1º e 120). 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, pp. 92-93.)

⁴⁰² Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984.

⁴⁰³ BUSATO, “Fundamentos para um Direito Penal Democrático”, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 126.

⁴⁰⁴ CERZEZO MIR, José. *Derecho Penal: Parte General*. 1ª ed. brasileira, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 282.

não definitivamente julgados. É o caso da retroatividade no direito italiano, que não tem assento constitucional⁴⁰⁵ e só se aplica para beneficiar o réu se não houver sentença passada em julgado⁴⁰⁶; assim também o direito belga, no qual se invoca a relatividade do princípio da retroatividade do Código Penal, que não é sempre aplicado⁴⁰⁷; ou do direito português do regime do Código Penal de 1852, que também impedia a interferência sobre casos já definitivamente julgados⁴⁰⁸.

De volta ao Brasil, é amplo o princípio favorável ao agente. Mesmo assim, é de se notar limites à retroatividade aclarados pelo Código Penal: a retroatividade se aplica a casos já julgados, mas não anula nem revoga a sentença, tampouco desconstitui a pena já cumprida; todos os atos já praticados permanecem válidos e os efeitos já ocorridos (a pena já cumprida) consideram-se exauridos; a retroatividade atinge os efeitos penais presentes e futuros, ou seja, da data da vigência⁴⁰⁹ da lei à frente.

Transportando para o direito penal a teoria dos graus de retroatividade traçados pela ADI nº 492-0/DF, referido itens acima, a fim de se ilustrar o nível de alcance da retroatividade no direito criminal, tem-se que a retroatividade penal assume **o nível médio**, porque a lei nova é capaz de impactar os efeitos presentes e futuros dos atos passados e de impactar os efeitos pendentes de fatos passados que deveriam ter sido consumados, mas não o foram, como uma pena de prisão que não foi cumprida porque o réu se encontra em local incerto. O agente

⁴⁰⁵ A Constituição Portuguesa, diversamente, traz o princípio da retroatividade da norma mais favorável no art. 29. E na Espanha, embora o preceito não tenha lugar na Constituição, defende-se que o princípio deriva do próprio princípio da irretroatividade da lei desfavorável. Se a Constituição fala que não retroage a lei desfavorável, *contrario sensu* determina a retroação da norma favorável. (CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Sucessão de Leis Penais*. 3ª ed. ver. e atual., Coimbra/PT: Coimbra Editora, 2008, pp. 134-135)

⁴⁰⁶ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 28;

O Código Penal italiano diz que “se a lei vigente no momento da comissão do delito e a lei posterior forem distintas, se aplicará a que resulte mais favorável ao réu, salvo que se tenha pronunciado sentença irrecorrível.” (PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. *Retroatividade Penal Benéfica: uma Visão Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 103.)

⁴⁰⁷ CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Sucessão de Leis Penais*. 3ª ed. ver. e atual., Coimbra/PT: Coimbra Editora, 2008, p. 135.

⁴⁰⁸ A ordem jurídica atual – art. 2º do Código Penal Português de 1982 (Decreto nº 400, de 23 de setembro de 1982) - autoriza sejam afetados os efeitos da coisa julgada, porque a proteção da coisa julgada somente se justifica em defesa do cidadão, para impedir novo julgamento pelo Estado e não para prejudica-lo. (CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Sucessão de Leis Penais*. 3ª ed. ver. e atual., Coimbra/PT: Coimbra Editora, 2008, pp. 278-287.)

⁴⁰⁹ Há discussões na doutrina sobre a aplicação da lei nova no período de *vacatio legis*, o que parece ir de encontro à teoria geral do direito, posto que lei ainda não vigente e sem efeitos, estaria produzindo efeitos para beneficiar o réu. No sentido da possibilidade de aplicação da lei nova favorável em período de *vacatio legis*: BUSATO, *Fundamentos para um Direito Penal Democrático*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 127.

criminoso fugitivo, em caso de *abolitio criminis*, não mais será punido; e em caso de *novatio legis in melius*, terá direito à revisão da sentença, de modo que seja punido conforme a lei nova. Contudo, a pena já executada, ainda que em parte, ou seja, os efeitos da sentença já exauridos sob o império da lei anterior não são impactados, nem mesmo para gerar direito a indenização, o que caracterizaria a retroatividade máxima.

A retroatividade penal, como se vê, não atinge o grau máximo na escala da teoria dos níveis de retroatividade. Mesmo que atinja a coisa julgada, somente o faz quanto a seus efeitos presentes e futuros, jamais desconstituindo o que fora feito no passado. Afinal, a sentença e a execução da penalidade foram atos válidos ao tempo de sua prática, porém como a norma que os embasa fica sem efeitos dando lugar aos efeitos da lei nova também para fatos passados, a decisão que a perfilha deve ter seus efeitos paralisados para o futuro.

É de se observar, ainda, que a retroatividade da lei penal não repercute sobre os efeitos extrapenais da sentença. Os arts. 91 e 92 do Código Penal definem serem efeitos extrapenais da sentença a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime e a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, entre outros. Há efeitos secundários também em leis extravagantes⁴¹⁰. Apesar de não serem nominados penalidades pelo direito penal, os efeitos extrapenais da sentença em alguns casos se parecem com penas, são como penas de caráter acessório.⁴¹¹ Mesmo assim, não são atingidos pela retroatividade da lei penal.

A pessoa que cometer um crime com dano a outrem terá mantida a obrigação de reparar o dano à vítima, acertado pela sentença penal (embora carente de liquidação), ainda que o fato deixe de ser crime. A pessoa condenada por crime contra a Administração Pública ou por crime de qualquer outra natureza, desde que por pena superior a quatro anos, que perder o cargo público, ainda que o fato deixe de ser considerado ilícito, não retornará ao serviço público por força da retroatividade da lei mais benéfica. O que está feito, está feito. Os efeitos extrapenais

⁴¹⁰ Exemplificativamente, o art. 181 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, estabelece ser efeito da condenação por crime falimentar a inabilitação para o exercício de atividade empresarial; o art. 16 da Lei nº 7.719, de 5 de janeiro de 1989, estabelece a perda do cargo ou função pública e a suspensão de funcionamento de estabelecimento particular como efeitos penais de condenações por crimes de preconceito de raça e cor.

⁴¹¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 19ª ed. rev., ampl. e atual., Niterói: Impetus, 2017, p. 781;

Cerezo Mir diz que a obrigação de reparação do dano é efeito civil da pena, é norma de direito civil inserta no Código Penal, por isso não há retroação da lei mais benigna. (CEREZO MIR, José. *Derecho Penal: Parte General*. 1ª ed. brasileira, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 269.)

(ou penas acessórias, como designa certa doutrina) não são atingidos pela retroatividade. A lei anteviu que estes efeitos tocam a esfera jurídica de terceiros ou, mesmo, que promovem vantagens a terceiros, e, para estabilização das relações sociais, determinou não fossem atingidos.

Percebe-se que o princípio da retroatividade constitucional não pode ser lido de maneira açodada. É um princípio com conteúdo variável e deve ser observado com as nuances dadas pela ordem jurídica. No Brasil, nem o direito penal, ramo que confere mais garantias ao indivíduo contra o arbítrio estatal, concebe efeitos máximos ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica, por força da segurança jurídica⁴¹² e porque atos praticados, com efeitos exauridos, sob a égide de lei válida, vigente e eficaz não padecem de injustiça nem violam a igualdade, que justificaria a retrooperação do direito novo. Também devem ser protegidos efeitos das penalidades que repercutem sobre as esferas jurídicas de terceiros. São atos que devem ser resguardados pelo direito em beneplácito da estabilidade das relações sociais e da lógica da ordem jurídica, que não é subvertida.

Como se vê, são vários os limites da retroatividade da lei penal. O princípio não tem uma abrangência tão ampla como, de imediato, se imagina. Carlos Maximiliano, há muito, já advertia que ninguém se iluda com o princípio da retroatividade da lei mais favorável, pois ele não tem a dimensão que por vezes se idealiza:

“As leis punitivas, isto é, as que impõem multa, prisão, etc., não se aplicam aos fatos anteriores, salvo quando cominam castigo mais brando que o imposto pela norma pretérita.

Exageram os escritores que generalizam a retroatividade das leis favoráveis ou benéficas; porquanto uma norma de tal espécie jamais contravém um direito individual; não modifica as condições de validade de um ato concluído no passado, nem muda os efeitos de um direito já realizado.”⁴¹³

⁴¹² “A doutrina da irretroatividade serve ao valor da segurança jurídica: o que sucedeu já sucedeu e não deve, a todo momento, ser juridicamente questionado, sob pena de se instaurarem intermináveis conflitos. Essa doutrina, portanto, cumpre a função de possibilitar a solução de conflitos com o mínimo de perturbação social. Seu fundamento é ideológico e reporta-se à concepção liberal do direito e do Estado.” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 10ª ed. ver., atual., ampl. São Paulo: Atlas, 2017 p. 208)

⁴¹³ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*. São Paulo: Freitas Bastos, pp. 59-60.

Respeitados, conseqüentemente, os atos válidos e as penalidades já exauridas, assim como efeitos que tocam a esfera jurídica de terceiros, a retroatividade da lei penal benéfica opera-se para estancar os efeitos de coisa julgada, no que concerne a efeitos presentes e futuros. Cessa a execução da pena, ainda que transitada em julgado a sentença condenatória; ou é feita revisão criminal para alterar a pena e sua execução futura. O ato passado é válido e foi eficaz enquanto a lei que o embasava espriava efeitos e sobre ele a retroatividade penal não tem eficácia.

3.4 Retroatividade no direito administrativo sancionador disciplinar

A percepção de que o princípio da retroatividade penal é limitado ao nível médio na escala das retroatividades da lei e de que a retroatividade extrai seus fundamentos de causas dignificantes do ser humano e da desnecessidade da pena para prevenção social e individual contra o cometimento de novos ilícitos, suscita a necessidade de revisitação das funções das penas do direito administrativo sancionador, particularmente do direito administrativo disciplinar, e de digressão sobre potenciais efeitos da retroação da lei benéfica nas medidas penalizadoras do ramo em ascensão.

Sendo o direito administrativo sancionador deveras variado, optou-se por um recorte específico – o direito sancionador disciplinar -, de modo que se pudesse fazer um estudo mais preciso do princípio da retroatividade benéfica e das nuances que o fundamentam em cotejo com os bens jurídicos e penas do ramo do direito em construção. O direito administrativo sancionador é heterogêneo e reflexões sobre ele, para construção de um sistema jurídico coerente, demandam uma aproximação mais criteriosa.

O direito intertemporal – ou a retroatividade e irretroatividade das leis – no campo do direito administrativo sancionador deixa evidentes os embates entre o princípio da segurança jurídica, que visa a estabilização das relações sociais, e os ideais de justiça, de igualdade, de humanidade, de desnecessidade de prevenção pelas penas, que não ressoam tão evidentes como no direito penal. É que no ramo privador da liberdade, o Estado aparece como detentor de um

direito de punir que somente pretende eliminar um direito individual do infrator, ato público que não confere vantagens a ninguém; pode-se até dizer que confere prejuízos econômicos à coletividade, com a necessidade de custeio de estabelecimentos penitenciários⁴¹⁴. A retroação da lei mais benéfica no direito penal, em se tratando de penas privativas de liberdade, é vantajosa sob todos os aspectos: a sociedade não considera o ato reprovável ou reduz a medida de sua reprovação, pelo que deixará de dispender recursos para punir um agente outrora infrator; o agente será beneficiado individualmente, porque será enfim liberto e voltará a desfrutar do direito fundamental⁴¹⁵.

No direito administrativo sancionador o cenário é diferente. Primeiro por duas razões mais débeis, que em alguma medida podem ser ultrapassadas: a um, porque a modificação legal de uma regra de conduta administrativa à qual é cominada sanção pode sequer representar a modificação da visão da sociedade sobre determinado fato, que é indiferente à ética social, podendo tão-somente importar aos movimentos mercadológicos ou de organização administrativa (como se viu no capítulo I, o direito administrativo sancionador contém uma nesga de condutas que não tocam a bens jurídicos de valor ético à sociedade, pelo que se distanciam da substância dos ilícitos criminais); a dois, porque os sujeitos passivos das sanções podem ser pessoas jurídicas, a quem nada significa a aplicação de razões humanitárias que orientam o represamento dos efeitos das penas.

Essas razões justificariam a não retroação das sanções penais, como já sustentado por Rafael Munhoz de Mello. Mas essas razões não são tão relevantes, porque podem ser superadas. Ainda que em algumas searas o direito sancionador não se possa apropriar das razões humanitárias e de justiça que justificam a retroação da norma benéfica, ainda remanesceria a *ratio* preventiva da pena, que, com a edição da norma mais benéfica, deixaria de ser necessária para evitar o cometimento de novos atos ilícitos, cuja previsão normativa não mais existe, foi alterada em benefício do réu, ou teve seu consectário abrandado.⁴¹⁶

⁴¹⁴ CONDE, Francisco Munoz; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: Parte General*. 6ª ed., Valência: Tirant to Blanch, 2004, p. 516.

⁴¹⁵ Não à toa, ver-se-á que há controvérsias sobre a retroação da lei mais benéfica sobre a multa penal, que, ao contrário de despesas, ocasiona ingressos de recursos em favor da coletividade.

⁴¹⁶ Alejandro Nieto defende que a retroatividade da lei mais benéfica no direito administrativo sancionador não se assenta em razões de humanidade ou de pietatis causa, mas em imperativos de justiça e de igualdade, na medida em que a infração ou a penalidade mais severa não mais se acomodam nas exigências de justiça da sociedade do presente:

Segundo por duas razões mais relevantes. A de número um é a de que o direito administrativo, inclusive na seara punitiva, lida com relações jurídicas multilaterais, em que contemporiza interesses diretos e indiretos dos membros da sociedade, criando as punições vantagens ou direitos a terceiros; a de número dois decorre das funções das penas, que são muitas outras que não as funções justificadoras da retroação autorizada ao direito penal. Arrisca-se afirmar, por essas duas razões, que o princípio da retroatividade do direito sancionador fica a meio caminho da segurança jurídica das relações sociais (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal) e do direito fundamental individual humanitário e preventivo (art. 5º XL, do mesmo diploma), em meio a uma disputa entre a segurança das relações sociais e o direito individual do apenado.

No direito administrativo disciplinar essa disputa é bastante evidente. No capítulo II foi dito que o direito administrativo disciplinar, como sub-ramo do direito administrativo sancionador, é expressão da existência de diferenças entre o ramo em construção e o direito penal. Os distintos bens (e objetividades) jurídicos tutelados pelo direito administrativo disciplinar e pelo direito penal, tocando o primeiro à ordem interna administrativa e o segundo a interesses maiores da sociedade ou à moralidade do serviço público quando ultrapassam os muros da Administração Pública, convida às sanções específicas do direito *interna corporis* que somente podem tocar a relação jurídica funcional. Tais sanções - que interferem na esfera jurídica dos cidadãos coletivamente considerados, e seus direitos à boa e eficiente prestação

“Y, en cuanto a su fundamento, es frecuente que la jurisprudencia se refugie em invocaciones tan venerables como evanescentes, (...) donde se hace referencia expresa de la *humanitatis causa*, a la *pietatis causa* y a la *justitiae causa*; pero para mí es muy distinta la situación según se trate de normas favorables o desfavorables: el fundamento de la irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables es la seguridad jurídica, puesto que se considera inicuo castigar a alguien por algo que en el momento de realizarse la acción era lícito. En cambio, el fundamento de la retroactividad de las normas sancionadoras favorables es la igualdad, puesto que se considera inicuo castigar de distinta manera a quienes han cometido la misma infracción.

A este propósito la STC 99/2000, de 10 de abril, va acompañada de um voto particular de Mendizábal que es ilustrativo recordar:

‘El limite cronológico del *ius puniendi* como conjunto de normas y como potestade comprende tanto la interdicción de la irretroactividad de la ley más severa [...] como lá retroactividad obligada de la más benigna, no por compasión, *humanitatis causa*, ni tampoco por aplicación del principio *in dubio pro reo*, sino por razones de justicia como valor constitucional preferente y norte del Estado de Derecho [...]. Cuando el legislador promulga una ley sancionadora (no sólo penal) más suave está reconociendo implícitamente al menos que la precedente más severa no se acomoda a las exigências de justicia de la sociedade coetânea. No parece coerente admitir a priori la posibilidad de que dos poderes públicos, el legislativo y el judicial funcionen cada uno a su aire, exonerando y castigando a la vez las mismas conductas por mor del tempo em que sucedieron. Es evidente que para evitar tal distonía debe prevalecer la ley nueva que refleja las convicciones del Pueblo, a través de sus representantes, em tan preciso momento y, por tanto, pone el listón del mínimo ético o aplica el principio de intervención mínima.’” (NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4ª ed., Madri: Tecnos, 2005, p. 244.)

dos serviços públicos ou à utilização de recursos eventualmente arrecadados com sanções, e podem também produzir direitos individuais reflexos às sanções cumpridas -, se tiverem seus efeitos paralisados, poderão gerar prejuízos a terceiros.

Mais do que isso, a proteção dos bens jurídicos pelo sistema sancionador-disciplinar insere mais na sanção do que um conteúdo meramente retributivo do mal causado, em uma reação vingativa voltada ao passado, ou um conteúdo intimidatório, direcionado à correção do agente público e à prevenção do cometimento de ilícitos por ele ou pelos demais pares para o futuro. A função primordial do direito disciplinar é a gestão das atividades administrativas, por meio da autotutela, sendo veículo de correção dos rumos das atividades, de ordenação interna. Somente secundariamente, as sanções disciplinares se voltam à repressão do agente ou à prevenção do cometimento de outros ilícitos.

Em verdade, essas funções das sanções variam em intensidade a depender do bem jurídico tutelado pela norma de conduta. Para bens jurídicos menos expressivos ou para uma lesão menos importante a bem jurídico da organização pública, são cabíveis sanções de ordem ou corretivas, com um caráter preventivo específico mais acentuado, porque chamam o servidor a cumprir seus deveres. São as sanções de advertência e suspensão. Já as sanções expulsivas, destinadas a condutas gravemente lesivas aos bens jurídicos da organização, destacam o papel autotutelar da Administração Pública, e servem à depuração do serviço público e à ordenação interna, com funções secundárias de repressão e prevenção geral. São as sanções de demissão e de destituição de função pública. Por sua vez, a sanção revocatória, de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, é a única que evidencia mais fortemente o caráter vingativo do Estado, e preventivo geral de ameaça aos demais servidores, na medida em que o servidor não mais está a perturbar os quadros da Administração Pública.

As diferentes configurações do direito penal e do direito disciplinar dão as pistas necessárias para a flexibilização do princípio da retroatividade da lei benéfica ingressante no direito administrativo. Há de retroagir a garantia individual em benefício do servidor, assim como há de se manter a ordenação do serviço público, desejada pela ordem jurídica quando aplicada validamente a pena, de acordo com a lei anterior; assim como se há de respeitar terceiros cujas esferas jurídicas foram afetadas pelas penas.

A leitura do princípio no processo administrativo demanda algumas adaptações. É que, no direito disciplinar, assim como no direito administrativo sancionador geral, a competência para aplicação da sanção é da autoridade administrativa. Inseto no poder disciplinar, o poder sancionador *interna corporis* equipara-se ao poder judicante do Poder Judiciário de declaração da ocorrência do fato e acertamento da pena correspondente. A decisão administrativa, para o direito disciplinar, equipara-se à decisão judicial para o direito penal. Embora haja possibilidade de revisão judicial dos atos administrativos, a autoridade competente para irrogação das sanções não deixa de ser a autoridade administrativa no bojo do processo administrativo disciplinar.

Também, no direito disciplinar, nomeadamente dos servidores civis da União, objeto deste trabalho, a sanção é aplicada imediatamente, não se exigindo o trânsito em julgado da decisão condenatória, reclamado no processo judicial, a teor do art. 5º, LVII, da Constituição Federal. As penalidades mais gravosas sequer são passíveis de recursos, porque aplicadas pela autoridade máxima do Poder Executivo (art. 141 da Lei nº 8.112, de 1990), cabendo tão-somente pedidos de reconsideração (art. 106 e seguintes da Lei nº 8.112, de 1990). Recursos e pedidos de reconsideração não comportam efeito suspensivo no processo administrativo (art. 61 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

Feitas as adaptações pertinentes - consignado que a autoridade competente para aplicação da sanção é a autoridade administrativa e que as penas são aplicadas imediatamente e não da decisão última do processo - é possível estabelecer um paralelo do princípio de direito penal com o direito disciplinar. A chegada de uma lei nova se dá em meio a quatro espécies de fatos jurídicos: (i) fatos infracionais praticados no passado e não julgados pela autoridade administrativa; (ii) fatos infracionais praticados no passado, já julgados e cujas penas não foram cumpridas; (iii) fatos infracionais praticados no passado, já julgados e cujas penas foram parcialmente cumpridas; (iv) fatos infracionais praticados no passado, já julgados e cujas penas já foram integralmente cumpridas; (v) fatos infracionais em curso de execução; (vi) fatos infracionais ocorrentes após a vigência da nova lei. O princípio em análise volta-se aos fatos passados (itens “i” a “iii”).

De logo, excluem-se da incidência do princípio da retroatividade fatos passados cujas penas já foram cumpridas (item “iv”), porque o direito intertemporal não se ocupa dos efeitos da condenação já exauridos. Essa determinação é expressa no próprio Código Penal, que explica

que o princípio se aplica a decisões transitadas em julgado, “cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória” (art. 2º). Conforme explicitado em tópico acima, a determinação é consectário da lógica do direito, que resguarda o ato passado enquanto ato válido e que foi eficaz enquanto a lei que o embasava espalhava efeitos. São efeitos presentes e futuros que podem ser atingidos pela lei nova melhor.

3.4.1 *efeitos da retroatividade média sobre as penas disciplinares*

Neste palmilhar, a desviar-se de abstrações jurídicas, valem ser observados quais seriam os efeitos da aplicação da retroatividade penal ao direito administrativo disciplinar, hipoteticamente admitindo-se a transposição do princípio da seara penal, com toda sua força, ao direito punitivo dos servidores públicos. Como já se afirmou, a retroatividade penal alcança o nível mediano da retroatividade, porque a lei nova é capaz de impactar os efeitos presentes e futuros de atos validamente praticados no passado, inclusive penas pendentes, que deveriam já ter sido cumpridas. Far-se-á a análise penalidade a penalidade, da mais leve à mais gravosa.

(a) Advertência

A pena de advertência cuida de admoestação por escrito como reação a infrações leves. O registro da advertência fica nos assentos funcionais do servidor pelo período de três anos (art. 131 da Lei nº 8.112, de 1990), findo o qual é excluído. A execução da sanção é instantânea, mas o registro dela se protraí no tempo pelo período de três anos. A leitura da penalidade segundo o nível médio de retroatividade do direito penal brasileiro conduz às seguintes inferências: se a *lex mitior* advém após aplicada a advertência e terminado o prazo do registro, não surtirá efeitos retroativos, pois já exauridos; se em meio ao triênio, o registro é cancelado; se não há sequer decisão irrogadora da sanção, o processo administrativo é extinto, por extinta a punibilidade, não sendo feito qualquer registro nos assentos funcionais do servidor.

(b) Suspensão e multa

A pena de suspensão implica o afastamento temporário do servidor de suas atividades. É cominada a infrações leves, leves com reincidência, ou médias e pode ter a duração de 1 a 90 dias. Pode ser comutada em multa “na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço” (art. 130, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990).

A penalidade de suspensão fica registrada nos assentos funcionais do servidor pelo período de 5 anos (art. 131 da Lei nº 8.112, de 1990). A execução da pena e seu efeito registral se estendem no tempo. Se a nova lei mais benéfica entra em vigor após o fim da execução da pena, não surtirá efeitos, a suspensão já cumprida e os registros nos assentos funcionais já exauridos ficam no passado como atos legitimamente praticados; se em meio ao período de suspensão, o afastamento cessa e o registro é levantado; se nem se iniciou a execução da pena, não será iniciada e não será feito registro nos assentos funcionais; se não há sequer decisão irrogadora da sanção, o processo é extinto, por extinta a punibilidade.

Por sua vez, a multa é penalidade que demanda maior reflexão. Ela é calculada de acordo com o prazo de suspensão, por dia trabalhado enquanto vigente a penalidade. Se a suspensão já foi cumprida e a multa já foi paga, são penalidades exauridas sobre as quais a retroatividade não opera efeitos. Não há sequer devolução dos valores pagos. Se a lei melhor surgir em meio ou antes do cumprimento da pena de suspensão, o cálculo da multa será afetado, podendo ser igual a zero. Mas, se já foi calculada em valor positivo, ou seja, se já foi constituída paralelamente ao cumprimento da suspensão, será cancelada se sobrevier lei melhor e não tiver sido paga? Imagine-se situação em que a nova lei entra em vigor e escoou o período da suspensão, faltando apenas o pagamento da pena de multa.

Mesmo em matéria de penas criminais a solução de direito intertemporal não é tranquila. Apesar de ter-se dito que a retroatividade penal alcança o nível médio, o que impacta penalidades não cumpridas quando deveriam tê-lo sido, como é o caso da prisão do fugitivo, para dívidas de valor que criam vantagens a terceiros o tema suscita dúvidas. A prisão é um mal

absoluto, que não traz vantagens a ninguém; a multa, porém, não é absoluto malefício, pois cria vantagens financeiras à coletividade⁴¹⁷.

Em prol da não retroação da lei para impactar penas de multa aplicadas e não pagas, por faltar-lhe campo de aplicação por exaurimento, Américo Taipá de Carvalho defende que o cumprimento da pena de multa é instantâneo, pela só aplicação da penalidade, que ingressa no patrimônio do apenado, transformando-se em dívida de valor. A pena é considerada cumprida quando ela se torna exigível, com o trânsito em julgado da sentença, sendo o mais obrigação civil de entrega do quantitativo. Raciocínio diverso, segundo o autor, violaria o princípio da igualdade, porque maus pagadores seriam privilegiados em detrimento de bons pagadores que entregaram o numerário em tempo oportuno. Anote-se:

“Diferentemente da pena de prisão, cujo cumprimento se protraí no tempo, a pena de multa é de cumprimento, digamos, instantâneo.

Vimos, por outro lado, que a aplicação retroactiva da lei penal favorável (lei descriminalizadora ou *lex mitior*) pressupõe o aspecto ou consequência jurídica (pena principal, pena acessória ou efeito penal da condenação) da responsabilidade penal determinada por sentença penal ainda não se tenha cumprido ou executado.

Relativamente à pena de multa, há, portanto, que determinar qual o momento em que ela se deve considerar cumprida, isto é, o momento em que, independentemente do efectivo pagamento ou não, é exigível seu cumprimento.

Ora, o momento em que se torna exigível o cumprimento da pena de multa é o momento em que a respectiva sentença condenatória transita em julgado. Logo, relativamente à multa determinada por sentença transitada em julgado, a lei nova mais favorável não produz efeitos, uma vez que não tem campo de aplicação, por já dever ser considerada cumprida a pena de multa.

(...)

Esta solução que me parece aquela que é em si mesma a mais correcta, evita, adicionalmente, as dificuldades práticas da devolução por parte do Estado dos quantitativos recebidos ou – no caso de se não optar por tal devolução – a injustiça relativa de apenas serem beneficiados com a aplicação retroativa da lei penal favorável (quanto à pena de multa, saliente-se) os não cumpridores (maus pagadores) e os beneficiarem da faculdade do pagamento em prestações.”⁴¹⁸

⁴¹⁷ Nota de rodapé n. 141. CARVALHO, Américo A. Taipá de. *Sucessão de Leis Penais*. 3ª ed. ver. e atual., Coimbra/PT: Coimbra Editora, 2008, p. 143-144.

⁴¹⁸ CARVALHO, Américo A. Taipá de. *Sucessão de Leis Penais*. 3ª ed. ver. e atual., Coimbra/PT: Coimbra Editora, 2008, pp. 309-310.

Há doutrina, portanto, que defende que o cumprimento da pena de multa se dá com a definitiva constituição do débito pela decisão da autoridade competente, momento em que ingressa como passivo no patrimônio do agente. Os momentos posteriores são de execução civil. Utilizando-se os padrões penais, da retroatividade média, sob essa linha de intelecção, não haveria lugar para retroação, posto já exaurida a pena. O entendimento busca privilegiar o princípio da igualdade e da justiça, pois, de fato, a retroatividade que extinga multa vencida e não paga, somente beneficia maus pagadores e incentiva o inadimplemento, não se justificando pelos argumentos da humanidade da pena⁴¹⁹ e sequer da prevenção. Não há desumanidade na exigência de dívidas de valor; além disso, embora se diga desnecessária a pena para infração não mais existente, o seu levantamento servirá para incentivar o inadimplemento de outras penas de multa impostas pelo Estado. Haverá um prejuízo, isso sim, à função geral das penas de multa de prevenção das infrações. A multa não paga pelo réu não o exorta a não cometer novos delitos, nem a sociedade, ainda mais quando pode a qualquer momento deixar de existir.

Para a doutrina administrativista espanhola que prega o intercâmbio das garantias penais ao direito administrativo sancionador, a retroatividade da lei mais benéfica para penas de multa também não é recebida com serenidade:

“Nos casos em que se trate de sanções pecuniárias, não cabe neste caso utilizar como argumento os critérios utilizados pelo Direito Penal. Neste último setor do ordenamento jurídico vem se entendendo proibida a revisão de condenações consistentes na imposição de multas, ainda que haja modificação do critério legal de forma favorável ao réu. (...) persistem contra a revisão as razões de segurança jurídica e inclusive a impossibilidade material aduzida (...)”⁴²⁰.

No além-mar, embora haja expressa previsão legal de retroatividade da lei mais benéfica ao direito administrativo sancionador, é apregoado que ela somente se aplica a casos ainda não

⁴¹⁹ (...) la pena de multa carece de efectos degradantes sobre el condenado, le permite seguir en contacto con su medio social y familiar y, asimismo, seguir procurándose su propio mantenimiento económico y el de su familia”. (CONDE, Francisco Munoz; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: Parte General*. 6ª ed., Valência: Tirant to Blanch, 2004, p. 516.)

⁴²⁰ En los casos en los que se trate de sanciones pecuniárias, no cabe en este caso utilizar como argumento los criterios manejados por el Derecho penal. En este ultimo sector del ordenamento jurídico viene rigiendo la prohibición de revisar condenas consistentes em la imposición de multas, aun cuando cambie el critério legal de forma favorable al reo. (...) persisten en contra la revisión (...) las razones de seguridad jurídica e incluso de imposibilidad material aducidas (...)” (TOMILLO, Manuel Gómez; RUBIALE, Inigo Sanz. *Derecho Administrativo Sancionador: Parte General*, 3ª ed., Pamplona: Aranzadi, 2013, p. 190.)

definitivamente julgados, e, para a doutrina que advoga entendimento contrário, pondera Alejandro Nieto que as consequências seriam nefastas, mormente no que se refere a penas pecuniárias, pois privilegiaria os inadimplentes e provocaria caos nas finanças do Estado:

“Os problemas que esta doutrina suscita no Direito Administrativo Sancionador são, em geral, gravíssimos, pois no caso das multas – que é a sanção mais comum na área – verifica-se que se a multa já foi paga, a revisão retroativa não pode prosseguir; enquanto isso prosseguiria para o delinquente sancionado moroso, recompensando sua resistência.

(...)

A própria natureza das coisas impõe a fixação de limites temporários à retroatividade, pois, caso contrário, ocorreriam perturbações na vida jurídica que colocariam em risco até a sobrevivência do Estado. (...)

(...)

(...) se esses limites temporais não fossem estabelecidos, tais cataclismos ocorreriam nas situações jurídicas e econômicas já consolidadas, que não haveria legislador com energia suficiente para suavizar seus critérios sancionatórios.”⁴²¹

O imbróglio, no Brasil, seria evitado para o direito administrativo sancionador - ramo do direito que se utiliza prodigamente de penas pecuniárias - se se entendesse que a retroatividade somente alcança a execução presente e futura da pena e que efeitos que deveriam ter sido consumados no passado, permanecem exigíveis pelo Estado. Noutras palavras: a pena de multa aplicada no passado, vencida e não paga, não é extinta por força da lei nova. O nível de retroatividade, sob este raciocínio, seria o mínimo.

⁴²¹ “Los problemas que esta doctrina plantea en el Derecho Administrativo Sancionador son, com todo, gravísimos, Tratándose de multas – que es la sanción más habitual en él ámbito – resulta que si la multa ya há sido satisfecha, no procede la revisión retroactiva; mientras que sí procedería para el sancionado moroso, premiando su resistencia.

(...)

La propia naturaleza de las cosas impone el señalamiento de limites temporales a la retroactividad, ya que, de no ser así, se producirían unas perturbaciones em la vida jurídica que pondrían em peligro incluso la supervivencia del Estado. (...)

(...)

(...) si no se establecieran dichos limites temporales, se producirían tales cataclismos en las situaciones jurídicas y económicas ya consolidadas, que no habría legislador con energia suficiente para suavizar sus criterios sancionatorios.” (NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4ª ed., Madrid: Tecnos, 2005, p. 245.)

(c) Demissão e destituição de cargo em comissão

As penas de demissão e de destituição de cargo em comissão servem a infrações graves e gravíssimas. Em alguns casos, são acompanhadas de efeitos anexos, de proibição de retorno ao serviço público (art. 137 da Lei nº 8.112, de 1990). Outrora, o impedimento de nova vinculação aos quadros do serviço público para os casos gravíssimos não tinha limitação temporal. O condenado jamais poderia retornar ao serviço público. O Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 2975⁴²², julgou a disposição inconstitucional por malferir a vedação a penalidades perpétuas. Permaneceu o impedimento pelo prazo de cinco anos para infrações graves.

A execução da penalidade de demissão ou de destituição de cargo em comissão é instantânea. Em um único ato da autoridade competente, o agente infrator é desligado dos quadros da Administração Pública. Ainda que se diga que a pessoa permanece desligada do serviço público ao longo do tempo, a execução da pena é instantânea e apenas seus efeitos são permanentes. Não fosse assim, a penalidade de demissão seria considerada perpétua e também seria inconstitucional. Somente o efeito secundário da sanção, qual seja, o impedimento de retorno ao serviço público se estende no tempo e pelo prazo limitado pela lei.

A par dessas premissas, ao se analisar hipoteticamente a retroatividade média dentro do direito disciplinar, infere-se que todos os casos já julgados com penalidades exauridas, ou seja, cujos atos demissórios ou de destituição de cargo já foram publicados, não serão tocados pela lei nova. Essa diretriz da ordem jurídica atende a organização e o bom andamento da atividade administrativa. Não há solução de continuidade das atividades administrativas quando um servidor é eliminado de seus quadros. As atividades administrativas são dinâmicas. Por vezes, a demissão de um servidor, redundando, incontinenti, na admissão de outro, e assim em um sem número de vezes. Se todas as demissões baseadas em infrações do passado, que não mais são atos ilícitos, tivessem de ser desfeitas, com a readmissão dos servidores e o pagamento de salários retroativos, não haveria cargos para acomodar todos esses indivíduos, gerando um caos na organização das atividades e no orçamento público.

⁴²² STF, ADI nº 2975, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 07/12/2020, publicação em 04/02/2021.

Os atos validamente praticados devem ser, portanto, mantidos. Essa orientação atende, ainda, à lógica do direito, à retroatividade no nível do direito penal (que é a retroatividade no nível mais elevado admitido para o direito sancionador estatal) e à estabilidade das relações sociais. Não há fundamento para desconstituição dos atos praticados, mediante a invalidação, o que criaria a obrigação de retornar ao *status quo ante*, como diz a Constituição Federal para casos de demissões inválidas: “art. 41, § 2º. Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.” A disposição constitucional não concerne à retroatividade da lei. A retroatividade da lei não torna o ato de demissão inválido. Somente alcança o plano da eficácia dos atos para o presente e para o futuro; não torna inválidos atos passados nem os efeitos passados dos atos, eficácia que já se exauriu.

Tratando-se a demissão e a destituição de cargo em comissão de pena cumprida instantaneamente não se considera a hipótese de cessação de seus efeitos, por força da lei nova mais benéfica, ressalvados os efeitos secundários da condenação, que podem ser levantados se ainda estiverem em curso. Também haverá retroatividade em favor do réu, quando o processo de acerto da penalidade – o processo administrativo disciplinar - ainda estiver em curso.

Discute-se hipoteticamente se, quando uma decisão já foi tomada e o ato de demissão propriamente dito ainda não foi publicado, se poderá haver retroação da norma benéfica. Na prática, via de regra, isso não acontece, pois a autoridade administrativa proclama a decisão ao tempo em que emite o ato de execução da sanção, publicando-os conjuntamente. Contudo, teoricamente, há essa possibilidade. E a retroatividade média penal parece beneficiar o réu nessa hipótese. Se a decisão for tomada e a pena não tiver sido executada, como deveria, no passado, não mais o poderá ser, acaso incida a retroatividade do direito penal.

A pena de destituição de função comissionada é mais leve e serve a infrações leves e médias. Porém, aproveitando a explanação sobre a imediatidade da execução e a categoria instantânea do ato, embora de efeitos permanentes, assemelha-se à demissão e à destituição do cargo em comissão. Então, foi neste tópico inserida para que se empreste o que dito a estas à outra.

(d) Cassação de Aposentadoria

A pena de cassação de aposentadoria é a maior representante da ação repressora e vingativa do Estado. A pena parece também ser aplicada instantaneamente, à semelhança da demissão, e quando já desferido e publicado o ato sancionatório, a retroatividade benéfica não lhe alcança.

(e) Síntese

Em suma, a retroatividade sempre atinge os processos em andamento, em que não houve o acerto da pena, menos ainda sua execução. Quando já há decisão condenatória e não foi iniciada execução da penalidade, essa sequer é iniciada; se a execução da penalidade já foi iniciada, cessará, devendo-se diferenciar as hipóteses de execução instantânea, ainda que de efeitos permanentes. Se a execução foi instantânea, a pena já se exauriu. Tais soluções decorrem das medidas de retroatividade do direito penal, que somente alcançam o nível médio e servem a casos hipotéticos de eliminação de uma infração, seja porque abstratamente deixou de existir, seja porque houve lei mais favorável que alterou os requisitos de análise da situação concreta do réu. Se somente há alteração do montante ou da espécie da pena, a revisão deve sobre ela recair, se ainda não exaurida.

Em outras palavras, diversamente do entendimento esposado por Sandro Dezan, colacionado em tópico anterior⁴²³, conclui-se que, ocorrendo a *abolitio illicitus* ou uma inovação legal melhor para o réu, não haverá a reforma para o passado de ato punitivo prolatado durante a vigência da lei anterior. O servidor, se foi demitido, não será reintegrado, não haverá restituição de proventos ou subsídios não percebidos durante a fase de legítima execução da sanção. O servidor suspenso ou multado, se já cumpridas as penas não será indenizado nem terá a multa restituída; a advertência feita no passado não será cancelada. Ressalvam-se os efeitos secundários das penas que se protraem no tempo, se não tiverem se exaurido. De novo: a retroatividade não atinge a validade dos atos já praticados e não atinge os efeitos já exauridos. Somente atinge efeitos presentes e futuros, se as sanções foram executadas no curso do tempo.

⁴²³ DEZAN, Sandro Lúcio. *Direito Administrativo Disciplinar: Princípios Fundamentais*. volume I, Curitiba: Juruá, 2013, p. 215.

3.4.2 Flexibilização do princípio penal no direito administrativo sancionador

A medida da retroatividade do direito penal não é ampla como se pressupõe pela nomenclatura do princípio, que parece ter um peso maior do que efetivamente exhibe. A ordem penal preocupou-se com os efeitos das sanções sobre terceiros, estabelecendo exceções à retroação, preocupou-se com a lógica do direito, segundo a qual a retroatividade age no plano da eficácia das normas, preocupou-se com a estabilidade das relações sociais, protegendo o que já aconteceu no passado, sem gerar direito a indenizações, sem determinar o retorno ao estado anterior. A retroatividade age para o presente e para o futuro, em que pese *prima facie* pareça um paradoxo, mas não o é, como já explicitado.

A retroatividade penal parece não aviltar os valores em jogo no direito administrativo disciplinar - a limitação do poder do Estado e a efetividade da ação administrativa ao lado da boa prestação dos serviços públicos -, ao se observar mais de perto o sub-ramo do direito sancionador. Ainda assim, remanesce espaço para sua flexibilização, pois o princípio ingressa no direito administrativo sancionador com matizes próprios e com mais leveza do que no direito penal.

O filtro se justifica porque a retroatividade média do direito penal autoriza que penalidades já acertadas e que deveriam já ter sido cumpridas e não o foram, não mais sejam executadas a partir da vigência da lei nova mais benéfica. Isso suscita reflexões sobre a penalidade pecuniária, sanção tipicamente administrativa e impropriamente inserida no direito penal⁴²⁴. Penas de multa vencidas e não pagas, quando deveriam tê-lo sido, não mais seriam exigíveis, com o ingresso da lei nova na ordem jurídica, mercê do nível médio de retroatividade penal, o que criaria um incentivo ao inadimplemento em relações com o Estado. Se o nível de retroatividade do direito administrativo sancionador é flexibilizado para o nível mínimo, as penas já constituídas e que já deveriam ter sido cumpridas, permaneceriam revestidas da exigibilidade do passado para surtirem os efeitos do passado conforme deveriam. Interpretar que o princípio ingressa no direito administrativo sancionador com grau mínimo é uma medida

⁴²⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 8ª ed. rev. e atual., São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2022, p. 111.

de prudência, considerando a inserção das atividades administrativas na dinâmica das relações sociais e considerando a necessidade de que se construa um princípio coerente para todos os ramos penalizadores da Administração Pública.

Na Espanha, país berço da ideia do *jus puniendi* único, a retroatividade da lei mais benevolente para o direito administrativo sancionador somente atinge casos ainda não definitivamente julgados pela autoridade administrativa, conforme explica Alejandro Nieto:

“Do ponto de vista da técnica jurídica, é essencial perceber a diferença entre os regimes temporais de retroatividade de normas penais favoráveis e o de normas administrativas sancionatórias. O artigo 24 do Código Penal expressa, como vimos, uma retroatividade absoluta no tempo, uma vez que se estende até às penas que ainda estão a ser cumpridas. **Para as normas administrativas, por outro lado, a retroatividade apenas atinge os fatos sobre os quais ainda não foi feito pronunciamento administrativo definitivo.**”⁴²⁵

A retroatividade da lei mais benéfica no direito administrativo sancionador na Espanha, em cotejo com os níveis de retroatividade deslindados neste estudo não atinge sequer o nível mínimo na escala de retroatividade. Alcança, isto sim, uma fração do nível mínimo de retroatividade. É dizer: somente fatos passados cujas penalidades não foram sequer acertadas pela autoridade administrativa podem ser atingidos pela lei nova mais benevolente. Os matizes que devem colorir o princípio da retroatividade da lei mais benéfica também no Brasil podem orientar a flexibilização do princípio para este nível fracional do mínimo de retroatividade, sem que se negue a presença do princípio no arcabouço jurídico do direito administrativo sancionador.

⁴²⁵ “Desde el punto de vista de la técnica jurídica, resulta esencial percatarse de la diferencia de los regímenes temporales de la retroactividad de las normas penales favorables y la de las normas administrativas sancionadoras. El artículo 24 del Código Penal expresa, como hemos visto, una retroactividad absoluta en el tiempo, ya que se extiende incluso a penas que todavía se están cumpliendo. Para las normas administrativas, en cambio, la retroactividad sólo alcanza a los hechos sobre lo que todavía no se há realizado um pronunciamento administrativo firme. (...)” (NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4ª ed., Madrid: Tecnos, 2005, p. 244.)

3.5 ARE 843.989

No dia 3 de agosto de 2022, o Supremo Tribunal Federal retomou o julgamento do recurso referido com afetação à repercussão geral, cujo *leading case* narrava pleito do INSS de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa culposa. Em 18 de agosto do mesmo ano, o julgamento foi encerrado com a seguinte conclusão:

“O Tribunal, por unanimidade, apreciando o tema 1.199 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para extinguir a presente ação, e, por maioria, o Tribunal acompanhou os fundamentos do voto do Ministro Alexandre de Moraes (Relator), vencidos, parcialmente e nos termos de seus respectivos votos, os Ministros André Mendonça, Nunes Marques, Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Na sequência, por unanimidade, foi fixada a seguinte tese: "1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO; 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) **A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior;** devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei". Redigirá o acórdão o Relator. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 18.8.2022.”

Do emaranhado de argumentos exarados pelos Ministros, convergiu-se à conclusão de que a nova lei não se aplica a atos infracionais praticados no passado nem a seus efeitos passados, presentes e futuros; e que a nova lei se aplica a fatos passados que ainda não foram definitivamente julgados. Não se tratará neste trabalho da prescrição, alteração que neste passo não toca, sequer mediamente, o direito disciplinar, como já mencionado na segunda parte do capítulo pretérito, em que pese tenha também sido objeto do acórdão.

Os votos dos Ministros ainda não foram disponibilizados, mas as sessões se encontram disponíveis no canal do STF no youtube⁴²⁶, então os votos orais foram acessados. É de se destacar que o tema em julgamento foi a improbidade administrativa e a sanção de **ressarcimento ao erário**, caso concreto levado à apreciação dos Ministros; porém aproveitou-se para tratar de outras sanções, estas sim de caráter punitivo, no corpo das discussões.

O **Ministro Alexandre de Moraes**, relator, entendeu que o ilícito de improbidade administrativa tem caráter civil e, por isso o regime de direito administrativo sancionador não deve incidir, não podendo haver triangulação entre o direito penal, direito administrativo sancionador e a esfera civil da responsabilização por improbidade administrativa. Além disso, para ele nem todas as garantias penais se aplicam ao direito administrativo sancionador. Para o sistema de improbidade administrativa, a aplicação do direito administrativo sancionador somente significa que a tipicidade deve ser mais fechada e que as regras procedimentais devem garantir o contraditório e a ampla defesa.

Em prosseguimento, sustentou que, tendo o ato de improbidade administrativa natureza civil, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, do art. 5º, XL, da Constituição Federal não se aplica; aplica-se o art. 5º XXXVI, sob o qual, em regra, a lei não retroage, de modo que não prejudique direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, sob pena de malferir a segurança e a estabilidade das relações jurídicas. Aplica-se o princípio do *tempus regit actum*. Mesmo assim, considerou que a lei nova mais benéfica se aplica a atos praticados

⁴²⁶ Sessão do dia 03/08/2022, disponível em https://www.youtube.com/watch?v=Z3hTxsEHQ9U&list=PLippyY19Z47t_K1BPaBLw86M17CKw74wr e em https://www.youtube.com/watch?v=vZvBpBUAjA&list=PLippyY19Z47t_K1BPaBLw86M17CKw74wr&index=3. Acesso em: 25/08/2022;

Sessão do dia 04/08/2022, disponível em < https://www.youtube.com/watch?v=v9tZgIH62p8&list=PLippyY19Z47tWAb03xwRaPMT_ehM3MRq6&index=2> e em <https://www.youtube.com/watch?v=ShDPx65k5Cs&list=PLippyY19Z47tWAb03xwRaPMT_ehM3MRq6&index=3>. Acesso em 01/09/2022;

Sessão do dia 17/08/2022, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=2KIIDUEAAI8>. e em <https://www.youtube.com/watch?v=wTBC-Wlg1vI>. Acesso em: 05/09/2022;

Sessão do dia 18/08/2022, disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=2FXVkuJfHmQ>> e em < <https://www.youtube.com/watch?v=kspF7uIV8xg>>. Acesso em: 05/09/2022.

no passado, quando não definitivamente julgados, com a nomenclatura ‘não ultra-atividade’ da lei.

O **Ministro Luiz Fux** estabeleceu uma dicotomia entre ações penais e civis; inferiu que, se uma ação não é penal, ela tem natureza civil. Com essa compreensão disse que no sistema da improbidade administrativa a lei não retroage como no direito penal, mas que a eliminação da tipicidade afeta a possibilidade jurídica do pedido da ação, pelo que a lei nova se aplica a ações ainda não definitivamente julgadas.

O **Ministro André Mendonça** afirmou a existência do direito sancionador como gênero, cujas espécies são penal, civil e administrativa. Para ele, embora a improbidade administrativa seja ilícito civil, alguns princípios são gerais e se aplicam a todos os ramos, dentre eles a retroatividade da lei mais benéfica. A lei nova se aplica a processos em curso, como também a fatos com penas acertadas por decisões judiciais já transitadas em julgado, pelo manejo de ação rescisória. O **Ministro Ricardo Lewandowski** defendeu a similitude ontológica e principiológica do direito penal e direito administrativo sancionador e entendeu aplicável o princípio da retroatividade da lei mais benéfica; aos casos acobertados pela coisa julgada defendeu também o ajuizamento de ação rescisória.

O **Ministro Nunes Marques** afirmou que a retroatividade da lei mais benéfica integra o direito administrativo sancionador, que, por imposição legal, se aplica ao sistema de improbidade administrativa. Não faz sentido falar em ato jurídico perfeito ou direito adquirido em se tratando de punição por ato ilícito; mas a lei nova não poderia retroagir para desconstituir a coisa julgada. Então, a lei nova deve retroagir para beneficiar o réu, ressalvados casos definitivamente julgados.

O **Ministro Dias Tóffoli** afirmou que ao direito sancionador não faz sentido a aplicação da lógica do direito civil, pois não se está a tutelar direitos, mas aplicar penalidades, que extraem do cidadão direitos públicos individuais. Por isso se aplica a retroação da lei mais benéfica. O **Ministro Gilmar Mendes** entendeu que a garantia penal da retroatividade da lei mais benéfica deve se estender ao direito administrativo sancionador, pois improbidade administrativa tem consequências punitivo-repressivas e não meramente ressarcitórias. E firmou parâmetros de retroatividade para adequação a outros princípios de status constitucional, pautando-se nos parâmetros do direito penal, que determina a paralisação dos efeitos pendentes da sentença

condenatória, independentemente do trânsito em julgado. Assim, a suspensão de direitos políticos, o ressarcimento e a multa inadimplidos e a perda da função pública ainda não implementados deveriam ter seus efeitos imediatamente cessados. Por outro lado, os efeitos já exauridos da sentença condenatória não deveriam ser impactados pela nova legislação – para ele, multas e ressarcimento ao erário já pagos, perda da função pública já formalizada não podem ser alterados.

O **Ministro Edson Fachin** sustentou a irretroação da lei, não se aplicando o art. 5º, XL, da Constituição Federal, e sim, dada a natureza civil da improbidade administrativa, o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, regra do *tempus regit actum*, que importa a incidência da lei do tempo do fato, mesmo a casos ainda não transitados em julgado. O **Ministro Luis Roberto Barroso**, na mesma linha, afirmou o *tempus regit actum*, mas divergiu do relator no ponto terminológico da ultra-atividade da lei, explicando que irretroatividade significa não poder aplicar a lei a fatos passados, mesmo a casos ainda não julgados. A **Ministra Rosa Weber**, igualmente, entendeu que não há transposição automática e linear de princípios do direito penal ao direito administrativo sancionador, devendo incidir a retroatividade do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal; o art. 5º, XL, da Constituição Federal, somente se aplica ao direito penal. No mesmo sentido foi o voto da **Ministra Carmen Lúcia**, que argumentou que a improbidade administrativa não é direito penal, então não incide o art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Como se vê, os fundamentos se subdividem primordialmente na natureza civil ou aproximada do direito penal dos ilícitos de improbidade administrativa, para associar ou não o direito administrativo sancionador às garantias originariamente pensadas ao direito penal. Resvalam na afirmação da irretroatividade pura da lei, conforme regra geral para relações sociais, com base no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal (Ministros Edson Fachin, Luis Roberto Barroso, Rosa Weber, Carmen Lúcia), afastada em parte com fundamento em ultra-atividade da lei penal ou impossibilidade superveniente do pedido (Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux) ou posições pela retroatividade da lei, com base no art. 5º, XL, da Constituição Federal (Ministros André Mendonça, Dias Tóffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes), mitigada pela coisa julgada (Ministro Nunes Marques).

Ora fala-se em irretroatividade pura do direito civil (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal), ora em retroatividade pura do direito penal (art. 5º, XL, da Constituição Federal), ora

se misturam as regras de irretroatividade e retroatividade dos dois ramos do direito, notadamente em relação à coisa julgada. A maioria, para a decisão colegiada, foi alcançada pelas consequências jurídicas das decisões e não necessariamente pelos fundamentos levantados, pois foram oponentes e se misturaram. A aplicação da lei a casos passados ainda não definitivamente julgados foi chamada ultra-atividade da lei ou impossibilidade superveniente do pedido (Ministro Alexandre de Moraes e Luiz Fux) e retroatividade da lei mais benéfica (Ministros André Mendonça, Nunes Marques, Dias Tóffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes).

Prevaleceu o voto do relator, porém não houve unicidade na fundamentação concernente ao ingresso do princípio da retroação da lei mais benéfica no direito administrativo sancionador. Com terminologias diversas, a mesma consequência jurídica foi preceituada pelos Ministros: a lei nova atinge fatos passados ainda não definitivamente julgados. A diversidade de fundamentação – ora pela irretroação da norma, não ultra-ativa ou que gera impossibilidade superveniente do pedido na ação civil pública, ora pela retroatividade penal – com o alcance de uma mesma consequência, demonstra que, em matéria direito intertemporal há um obstáculo de compreensão vocabular. Há necessidade de se densificar o significado do termo ‘retroatividade’ antes de se afirmar haver retroação ou não de uma norma.

De qualquer sorte, cotejando-se a decisão com a linha argumentativa defendida neste trabalho, em que retroatividade significa a incidência de uma norma sobre fatos passados ou seus efeitos jurídicos, ainda que presentes ou futuros, e que merece ser classificada em níveis de retrooperação normativa, a decisão do STF pode ser lida como uma retroação mínima parcial. Embora a temática sob apreciação pela Corte não se refira diretamente ao direito administrativo sancionador, mas ao direito público sancionador estatal e tenha sido objeto de alterações sobre a natureza dos ilícitos em questão, a convergência dos Ministros nesta única medida da retroatividade pode sinalizar a construção da principiologia constitucional do direito administrativo sancionador (cinco Ministros, cujos votos foram computados como vencedores na tese da retroação mínima parcial, arrazoaram seus votos na proximidade dos ilícitos penais e administrativos e na unicidade do *jus puniendi* estatal).

Não se deve temer o ingresso de garantias constitucionais punitivas no direito administrativo, forte na liberdade interpretativa de flexibiliza-los, respeitados, de um lado o

compromisso de concretização das funções conferidas ao Estado para consecução do interesse público e, de outro, as garantias e direitos dos particulares, em sua defesa contra o arbítrio estatal. Melhor é ter clareza e sinceridade no processo de construção do direito sancionador, do que oscilar, por vezes aproximando-se ilícitos penais e administrativos, para fazer incidir garantias, e noutras vezes afastando-os, com receio dos efeitos das garantias penais. Melhor seria que a construção se desse de forma clara e linear.

3.6 Conclusões do capítulo

Doutrina e jurisprudência se controvertem sobre a incidência do princípio da retroatividade da lei mais benigna no direito administrativo sancionador. Majoritariamente, entende-se que o princípio é componente do supraconceito *jus puniendi* estatal, no qual acomodam-se as garantias fundamentais do cidadão contra o arbítrio estatal, de onde são irradiadas para todos os ramos sancionadores que lhe descendem, nomeadamente direito penal, sistema de improbidade administrativa e direito administrativo. Essa é a premissa firmada pela pesquisa delineada nos capítulos antecedentes e prosseguida no início deste capítulo, da qual se partiu para avançar no estudo do conteúdo do princípio da retroatividade da lei mais benéfica.

Retroatividade e irretroatividade são conceitos de direito intertemporal que interessam a todos os ramos do direito. A sucessão de leis no tempo é fluxo comum a toda ordem jurídica. Antes de se valorar ser positiva ou negativa, permitida ou proibida sobre determinado conjunto normativo, viu-se ser necessário verificar a essência da retroatividade, para que se pudesse compreendê-la e a seus efeitos. Constatando-se que a retroatividade incorpora conteúdos variados assentados em várias teorias, optou-se por buscar junto ao Supremo Tribunal Federal esclarecimentos sobre sua abrangência, uma teoria que pudesse ser perfilhada (não que haja incorreção nas outras, é que foi necessário escolher um caminho teórico para as análises posteriores). Com a premissa de que a irretroatividade é o não-alcance de fatos anteriores ou de

suas consequências pela nova lei, a Corte Suprema firma que a retroatividade é o oposto e pode assumir três níveis de amplitude: máxima, média e mínima.

Com esse recorte, os estudos voltaram-se ao direito penal, ramo em que a retroatividade da lei é a mais ampla de toda a ordem jurídica brasileira, e constatou-se que, em verdade, ela não é tão dilatada como, de início, se imaginava. Em que pese a retroatividade penal brasileira seja mais generosa do que em outras ordens jurídicas pelo mundo, ainda assim tem seus limites, posicionando-se no nível médio da escala da retroatividade lançado pelo Supremo Tribunal Federal (a escala somente serviu para aclarar a análise penal e não para modificar ou inserir um novo conteúdo ao princípio vigente).

A retroatividade média foi cotejada, hipoteticamente, com o direito administrativo disciplinar e com as restritas penalidades previstas na Lei nº 8.112, de 1990. Seus efeitos não foram tão deletérios à organização administrativa, bem jurídico protegido pelo sistema de normas de conduta, como se imaginava, pelo que inexistiu razão para temer o ingresso do princípio no direito sancionador. Mesmo assim, fez-se a sugestão de flexibilização do princípio integrante do *jus puniendi*, quando irradiar seus efeitos ao direito administrativo sancionador para o nível mínimo ou fracional do mínimo, a fim de que seja construído um sistema coerente e uniforme, para todos os ramos que lhe subjazem. O Supremo Tribunal Federal, embora por argumentações outras, mostrou que tende aos efeitos parciais da retroatividade mínima para o direito sancionador.

CONCLUSÕES

Após ampla análise da garantia constitucional da retroatividade da norma mais benevolente e seu ingresso no direito administrativo disciplinar - passando pela revisão bibliográfica e jurisprudencial do direito administrativo sancionador, depois descendo para o direito administrativo disciplinar e pelo *leit motiv* das modificações da nova lei de improbidade administrativa -, cumpre alinhar, de maneira resumida e com a maior objetividade possível, as conclusões alcançadas, o que será feito em formato de itens, como segue:

Identidade ontológica entre ilícitos

(1) a normatização por modais deônticos dá-se por uma estruturação binária composta por um preceito primário e um preceito secundário. A norma primeiro preceitua uma situação fática, que torna uma conduta proibida ou obrigatória e, em segundo plano, preceitua uma consequência negativa ao descumprimento, o que se denomina sanção em sentido amplo;

(2) nem todas as normas de conduta preveem consequências a sua inobservância. Mesmo normas de comando - proibitivas ou obrigatórias -, podem, eventualmente, ser silentes quanto aos efeitos jurídicos do descumprimento e não deixam de ser normas de conduta, são apenas apontadas como normas de conteúdo imperfeito, ante a possível redução de sua eficácia social;

(3) as normas que apregoam respostas ao descumprimento, podem fazê-lo com sanções de diversas substâncias, em reações da ordem jurídica de finalidades e funções distintas. Há múltiplas espécies de sanção. A depender do objetivo pretendido pela ordem jurídica diversificadas sanções podem ser aplicadas. E de forma isolada ou combinada. Em uma primeira aproximação e de forma não exauriente, as sanções podem ser categorizadas de acordo as seguintes funções: compulsória, reconstitutiva, compensatória, preventiva, punitiva e invalidantes;

(4) a sanção punitiva visa castigar o infrator. Também é denominada pena. Representa uma reprovação e visa impingir um sofrimento. Não haverá a reconstituição de uma situação fática. Seu objetivo é reprimir e retribuir com mal o mal causado pelo infrator. As penas privativas de liberdade são as ilustrações máximas dessas sanções;

(5) o comportamento contrário ao preceito primário prescrito na norma de conduta é considerado ato ilícito. Não há uma diferença ontológica entre ilícito civil, penal, administrativo ou de qualquer espécie. Todos têm o mesmo cerne. Em todos os ramos do direito é possível que a norma jurídica seja contrariada. Portanto, em essência, o ato ilícito é o mesmo;

(6) há deveres de diversas naturezas que podem ser violados. É o bem jurídico protegido pela norma que implica a justaposição ao preceito de conduta da previsão de sanção adequada;

(7) em todos os ramos do direito há previsões de sanção em sentido amplo. Mas são os ilícitos penais e administrativos que contém sanções eminentemente punitivas. E o Estado detém o monopólio do poder punitivo, em que pese por autoridades distintas, ora autoridade judiciária, ora autoridade administrativa. São essas características das normas de conduta administrativas que as aproximam sob o macroconceito do *jus puniendi* estatal: não há diferenças ontológicas entre os ilícitos penais e administrativos, então o poder de punir do Estado é uno;

(8) a identidade ontológica entre os ilícitos penais e administrativos e o reconhecimento da existência de um único *jus puniendi* estatal são as bases para um movimento de integração entre as esferas do direito punitivo, sob a alcunha direito administrativo sancionador;

Conteúdo de ilícitos e sanções penais e administrativos

(9) a história mostra um intercâmbio entre o direito administrativo e o direito penal em distintos momentos, ora com a transferência das condutas do direito administrativo ao direito penal, ora o contrário, em um movimento pendular; ora com a previsão singular de condutas vedadas, ora com a sobreposição de normas de conduta como forma de potencializar ou criar opções para a proteção a bens jurídicos, impulsionada por opções políticas e ideológicas do Estado;

(10) nessa dinâmica histórica, desenvolveram-se teorias que intentaram diferenciar a substância dos ilícitos penais e administrativos e que desaguaram na ideia de identidade substancial, com diferenças de grau, para, por fim, defenderem-se distinções de cariz apenas formal, como o órgão competente para aplicar a pena;

(11) os debates são relevantes, pois lançam luzes sobre a política sancionadora estatal e delimitam o âmbito de incidência de garantias de um ramo do direito a outro. Todas as teorias apresentam a sua lógica e a sua serviência. Formam, em torno do direito penal e administrativo, círculos que se sobrepõem e somente deixam uma nesga de condutas leves e despidas de pertinência com o direito penal, para tratativa pelo direito administrativo. Os mesmos bens jurídicos podem ser tutelados pelo direito penal e pelo direito administrativo, mas com intensidades diferentes; em se tratando de bens jurídicos que inspiram proteção intermediária, podem ser tratados por um só deles à escolha do legislador; em se tratando de bens jurídicos sem pertinência temática com o direito penal, serão tutelados pelo direito administrativo. Não há bens jurídicos exclusivos do direito penal, mas há bens jurídicos que só cabem ao direito administrativo, em face do princípio da proporcionalidade e da fragmentariedade;

(12) esses bens jurídicos exclusivos do direito administrativo são evidenciados mormente quando tocam à estrutura *interna corporis* do Estado. É notório que o direito administrativo sancionador tem experimentado uma expansão sem precedentes. Há direito administrativo sancionador em áreas usualmente conhecidas, como o direito disciplinar, o direito tributário, o direito de tráfego. Mas a tutela do direito administrativo tem se expandido para mais setores, em face da modificação da sociedade que se torna mais complexa e repleta de riscos, das novas funções albergadas pela Administração Pública e das mudanças no modelo de intervenção estatal. São categorias com múltiplas funções, finalidades, regimes jurídicos, em um emaranhado complexo de funções, em que o ilícito administrativo não pode ser definido com uma única essência, pelo que não se descartam as teorias que foram alinhavadas, as quais, em verdade, se complementam ao alumiar o caminho do intérprete de cada ramo do *jus puniendi* estatal ou, mais precisamente, de cada sub-ramo do direito administrativo sancionador;

(13) para atrair o direito sancionador é imprescindível a presença de uma sanção-castigo, um prejuízo previsto como resposta a uma conduta ilegal, como manifestação de reprovação. Essa conformação, não se deve olvidar, é a que acomoda o direito administrativo sancionador sob o *jus puniendi* estatal. A previsão de uma sanção aflitiva, porém, não significa que essa não possa ter, simultaneamente, outras feições agregadas. As sanções punitivas do direito administrativo sancionador também podem ter mais feições do que somente a repressão e a retribuição do mal; e até mais feições do que a prevenção geral e especial. Podem servir, por

exemplo, para assegurar a ordem interna administrativa, podem ser ferramentas de gestão ou ferramentas institucionais, estratégicas para induzir comportamentos positivos dos destinatários da norma;

Princípios constitucionais sancionadores

(14) os princípios constitucionais são o núcleo imprescindível do regime do direito administrativo sancionador. Mesmo aqueles que contestam a tese do *jus puniendi* único, pois importada do direito alheio, ainda admitem a transposição de princípios constitucionais originalmente penais ao direito administrativo de sanções, que restringem o direito dos particulares, pois na Constituição está contido um conjunto mínimo de garantias de proteção do indivíduo contra o arbítrio estatal;

(16) apesar disso, não se deve olvidar que o direito administrativo sancionador não é o direito penal, com ele não se confunde. É ramo autônomo dotado de estrutura e objetos próprios, embora irmanado ao direito penal por um pai comum. Os princípios constitucionais irradiam seus efeitos de maneira distinta a cada um dos ramos do direito público punitivo. Há um núcleo mínimo essencial decorrente da estrutura principiológica do Estado Democrático de Direito, mas o conteúdo dos direitos e garantias fundamentais variam em torno dele.

(17) os matizes dos princípios constitucionais penais que ingressam no direito administrativo sancionador devem ser pensados de maneira que contrabalanceiem a proteção de interesses públicos e gerais visados pela atuação punitiva administrativa, em suas múltiplas e heterogêneas esferas, com a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos a ela submetidos. As diferenças substanciais entre os ilícitos - haja vista inexistir identidade absoluta entre o ilícito penal e o ilícito administrativo -, a natureza e função das sanções aplicadas e a medida necessária para garantir os direitos fundamentais são as pistas para a coloração dos matizes dos princípios punitivos constitucionais;

Direito sancionador disciplinar

(18) o direito disciplinar integra o direito administrativo sancionador. Nele, especificamente, não se reconhece a identidade substancial entre o ilícito penal e o ilícito administrativo-disciplinar. A tutela da ordem interna administrativa não poderia ser deixada para qualquer ramo do direito à discricionariedade do legislador. O poder disciplinar é imanente

à manutenção da ordem interna a organização. Pode o direito penal tutelar certas condutas, mas o sistema sancionador voltado aos recursos humanos da Administração deve sempre existir *interna corporis*, sendo expressão da autotutela administrativa;

(19) as sanções simbolizam as consequências esperadas pela ordem jurídica em resposta às condutas indesejadas praticadas pelo agente público. As normas de conduta, como visto, tencionam proteger a ordem *interna corporis*, o bom andamento do serviço, a confiabilidade da Administração Pública. As sanções devem guardar coerência com os valores e a relação jurídica a que se referem. Não podem se imiscuir diretamente sobre a vida privada do agente público; devem abalar tão-somente questões afetas ao serviço;

(20) as sanções administrativo-disciplinares têm, fundamentalmente, um cariz repressivo tal qual as sanções penais - todas manifestações do *jus puniendi* estatal -, mas não se deve negar que os bens jurídicos específicos protegidos pelo sistema sancionador *interna corporis* não tem o único fim de causar um mal ao agente público infrator. Mais do que isso, trata-se de ferramenta de autotutela administrativa, de correção dos rumos funcionais da Administração Pública, para alcance da eficiência e da qualidade da prestação dos serviços públicos. As sanções disciplinares causam mal ao infrator, ao tempo em que também restauram a ordem interna e o bom andamento das atividades. A finalidade da sanção não é voltada à melhoria da pessoa do agente público como fim último do poder disciplinar; é voltada à própria organização, dando oportunidade de aparar as arestas e alcançar da melhor maneira seus objetivos;

(22) as sanções disciplinares, por consectário lógico dos bens jurídicos protegidos pelo direito disciplinar, apresentam funções próprias, distintas das funções das sanções criminais. É certo que ostentam funções assemelhadas, na medida em que também reprimem e previnem geral e especificamente o cometimento de atos ilícitos por seres humanos vinculados estatutariamente à Administração. Mas tem mais funções do que essas. As sanções disciplinares não miram a pessoa do infrator como fim último de realização da Administração Pública (o que ocorreria se as funções das sanções fossem apenas repressivas e preventivas), elas enfocam o bom funcionamento do serviço público, o melhoramento da máquina administrativa, a marcha regular das atividades, elas protegem primordialmente a organização;

(23) o direito administrativo disciplinar, tal qual o direito administrativo sancionador, ou qualquer ramo do direito, extrai seu fundamento de validade e suas normas de maior estatura da Constituição Federal, notadamente do princípio constitucional democrático e dos direitos fundamentais, que estruturam o Estado constitucional e irradiam verdadeira força normativa a toda ordem jurídica. Os princípios punitivos constitucionais ingressam no direito administrativo sancionador e descem ao direito administrativo disciplinar com feições próprias, adaptadas às objetividades jurídicas pretensamente tuteladas e às funções das sanções, que diferem dos bens jurídicos agraciados pelo direito penal com suas correspondentes sanções. As diferenças de bens jurídicos tutelados pelas normas de conduta, ao lado da natureza e das funções das sanções consecutórias, são dados importantes para a determinação da força de ingresso dos princípios constitucionais no direito disciplinar;

Inovações da LIA

(24) o *leit motiv* do estudo do princípio da retroatividade da lei mais benéfica no direito administrativo são as recentes alterações da lei de improbidade administrativa. A improbidade administrativa constitui ilícito disciplinar de mais elevada gravidade, pelo que não dizer gravíssimo. Encontra-se sinteticamente tipificada no art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990, sob o preceito primário “improbidade administrativa”. Diz-se que constitui norma disciplinar em branco, a depender de outros diplomas (de mesma ou de estatura inferior) para sua completa compreensão. Assim é que o preceito se encaminha ao outro diploma jurídico - a Lei nº 8.429, de 1992 -, norma do direito sancionador geral, que densifica o conteúdo do princípio da probidade administrativa. A Lei nº 8.429, de 1992, integra o direito administrativo disciplinar;

(25) a Lei nº 8.429, de 1992, sofreu profundas alterações pela Lei nº 14.230, de 2021, o que impacta o direito disciplinar, notadamente no que tange às alterações descritivas dos tipos infracionais da improbidade administrativa, com as modificações ao tipo enriquecimento ilícito presumido (art. 9º, VII); e com a tipificação exhaustiva da violação aos princípios da Administração Pública. Há de se definir se as modificações terão efeitos retroativos, a teor da garantia constitucional da retroatividade da norma penal mais benéfica;

Princípio da retroação da lei mais benigna

(26) há três posições na doutrina e na jurisprudência acerca do ingresso do princípio da retroação da lei mais benéfica no direito administrativo sancionador. Um grupo sustenta a plena e irrestrita aplicação do princípio da retroação da lei mais benéfica, com amplas ou mais restritas consequências; outros defendem a não incidência do princípio, posto que suas justificações não guardam relação com as sanções administrativas; e há aqueles que defendem uma aplicação do princípio mais cautelosa, que deve ser ponderada com as funções das penas em cada um dos ramos do direito sancionador e cotejada com níveis de retroatividade;

(27) este trabalho preferiu trilhar o caminho do meio, que abre espaço para a normatividade da Constituição garantista e democrática e seu arcabouço de direitos fundamentais que resguardam o cidadão contra os arbítrios do Estado, ao tempo em que se acautela de possíveis contradições no corpo do sistema administrativo;

(28) o direito administrativo se sujeita aos direitos e garantias fundamentais constitucionais, mas deve guardar em sua conformação os fins e objetivos próprios, inclusive no poder de sancionar, que, em certa medida e na heterogeneidade de suas competências, são distintos dos fins e objetivos do direito penal. As relações administrativo-punitivas não buscam simplesmente punir um infrator, não são funções voltadas exclusivamente ao indivíduo singularmente considerado; em suas atividades *externa corporis* as sanções tem um viés de ordenação dinâmica da coletividade e, no direito disciplinar (*interna corporis*), funcionalizam-se a corrigir os rumos da atividade administrativa, tendentes mais à melhoria das atividades internas, em prol da coletividade, do que à correção da conduta de certo indivíduo (o que seria a função precípua do direito penal). A atuação administrativa dedica-se à gestão dos interesses públicos;

(29) para mais, as relações administrativas, mesmo sancionadoras, são, ainda que indiretamente, multilaterais, não se restringindo ao poder da Administração sobre o sujeito apenado. A atuação sancionadora administrativa tem por destinatários também os sujeitos da comunidade em geral, que têm suas esferas jurídicas afetadas pelas medidas punitivas. Afinal, as relações jurídicas administrativas são multipartes e os cidadãos não são meros espectadores da atuação administrativa. As próprias penalidades podem gerar interesses, expectativas, vantagens pessoais a terceiros (e não somente à coletividade abstratamente considerada). Veja-se, *ad exemplum*, no direito disciplinar, a penalidade de demissão que cria a expectativa e, por

vezes, o direito de terceiro à nomeação para o cargo público vago; e a pena de multa que envolve a arrecadação e a inclusão das verbas no orçamento com destino coletivo dos recursos;

(30) por isso, ao se interpretar princípios outrora do direito penal ingressantes no direito administrativo sancionador não se pode pensar tão-somente na proteção da liberdade do cidadão ou do servidor frente à coação estatal e olvidar-se do cidadão, vinculado à comunidade, a quem o Estado deve a resposta mais eficiente ou a melhor prestação do serviço público. Assim é também com o princípio da retroatividade da lei mais benéfica;

(31) a sucessão das leis no tempo é questão que ultrapassa os lindes do direito penal ou qualquer ramo do direito sancionador e interessa a todos os ramos do direito. Ela, em todas as searas, desafia os valores da segurança jurídica e da justiça, em considerações sobre a estabilidade das relações jurídicas, a igualdade e o bem comum. A sucessão de leis não interfere na validade das leis passadas nem no plano da validade dos atos praticados no passado sob o império da lei revogada; podem afetar, isto sim, a eficácia das leis passadas e os efeitos dos atos e fatos passados, nunca sua validade;

(32) a chegada de uma lei nova se dá em meio a quatro espécies de fatos jurídicos: (i) situações jurídicas que se iniciaram e terminaram no passado, chamadas pretéritas; (ii) situações jurídicas que se iniciaram no passado e permanecem a surtir efeitos no presente; (iii) situações jurídicas em curso de constituição; (iv) situações jurídicas ocorrentes após a data de vigência da nova lei. É sobre situações passadas (itens “i” e “ii”) que os efeitos das leis podem ser retroativos ou irretroativos;

(33) primitivamente, as leis se aplicavam a fatos anteriores ou posteriores a sua introdução na ordem jurídica. O mandamento de irretroatividade tratou de uma evolução do pensamento jurídico.

(34) retroatividade significa “atividade para trás”. Mas essa atividade da lei para o passado pode ter diversas acepções a depender de sua eficácia sobre as situações jurídicas passadas e seus correspondentes conseqüentes. Retroatividade não é um vocábulo unívoco, mas passível de conotações e medidas diversas. Há inúmeras teorias que procuram definir a retroação das leis. E a concepção é premissa essencial à compreensão e à operabilidade do direito intertemporal. Por isso, antes de se afirmar haver retroatividade ou não de uma lei, é

necessário definir a substância do instituto, de modo que se possa firmar um ponto de partida para uma construção dogmática;

(35) de modo geral, diz-se que a lei posterior não pode atingir fatos anteriores à sua vigência nem suas consequências, o que é nominado princípio da não-retroatividade das leis; por sua vez, para a compreensão da retroatividade, o Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 492-0/DF, firmou importante contributo à compreensão do instituto, segmentando a retrooperação da lei em três níveis, a fim de que pudesse ser bem delineado seu alcance diante das diferentes possibilidades que as situações jurídicas pretéritas à nova lei colocam. Partindo da premissa de que a irretroatividade é o não-alcance de fatos anteriores ou de suas consequências pela nova lei, a retroatividade é o oposto, e pode assumir três níveis de amplitude: máxima, média e mínima;

(36) haverá retroatividade máxima se a lei nova atinge os fatos passados e os efeitos exauridos sob o império da lei anterior; haverá retroatividade média se a lei nova impacta os efeitos pendentes de fatos passados, efeitos que deveriam ter sido consumados, mas não o foram; haverá retroatividade mínima se a lei nova atingir os efeitos dos atos passados ocorrentes após sua entrada em vigor;

(37) originariamente para o direito penal, o princípio da retroatividade da lei mais benéfica é descrito na Constituição Federal nos seguintes termos: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, LV). Na Constituição brasileira, a retroatividade impõe-se como exceção ao princípio da irretroatividade da lei penal, baseada em argumentações concernentes às finalidades das penas, que passam por ideais de justiça, de igualdade, de humanidade, da máxima limitação da restrição a direitos fundamentais e na própria desnecessidade da pena;

(38) o desenvolvimento dos princípios de direito intertemporal em matéria criminal e de suas justificações têm íntima relação com as finalidades concebidas às penas. Enquanto a garantia da irretroatividade da lei penal era justificada pela função retributiva da pena era dificultoso o desenvolvimento de justificações ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica. Os caminhos foram abertos para a justificação da retroatividade das leis mais favoráveis com as teorias que atribuíam às penas funções preventivas ou de intimidação para não cometimento de atos ilícitos;

(39) reconhecendo-se serem as penas criminais ambivalentes, com funções repressivas e preventivas do cometimento de atos ilícitos, hoje o princípio da retroatividade da lei penal mais favorável extrai seus fundamentos tanto de razões humanitárias, de justiça, quanto da modificação do contexto da função preventiva, em que a intimidação geral ou especial não mais se justifica, diante de uma lei que representa a redução ou eliminação da reprovação social da conduta;

(40) a medida mais tênue das funções repressivas e preventivas agregadas às outras funções das penas administrativas demandam filtros ao princípio da retroatividade da lei mais favorável, pois a *ratio* da retroatividade não é replicada integralmente pelo direito administrativo sancionador. *Ubi cessat ratio cessa ejus dispositivo* (cessando a razão da lei, cessa seu dispositivo);

(41) a especificar o conteúdo do princípio constitucional da retroatividade da lei mais favorável, o Código Penal de 1940, estabelece seus contornos, e determina que a nova lei desincriminadora (*abolitio criminis*) seja aplicada aos fatos passados ainda que já haja sentença penal condenatória passada em julgado, atingindo seus efeitos penais presentes e futuros, e também que a nova lei que traz benefícios ao réu (*novatio legis in melius*), como redução de pena, ampliação de requisitos para incriminação, deve ser aplicada retroativamente, mesmo diante de sentença transitada em julgado;

(42) os contornos da retroatividade dados pela lei brasileira ostentam amplitude considerável em cotejo com outras ordens jurídicas que somente admitem a retroação penal para atingir casos não definitivamente julgados. Mesmo assim, transportando para o direito penal a teoria dos graus de retroatividade traçados pela ADI nº 492-0/DF, referido itens acima, a fim de se ilustrar o nível de alcance da retroatividade no direito criminal, tem-se que a retroatividade penal assume **o nível médio**, porque a lei nova é capaz de impactar os efeitos presentes e futuros dos atos passados e de impactar os efeitos pendentes de fatos passados que deveriam ter sido consumados, mas não o foram, como uma pena de prisão que não foi cumprida porque o réu se encontra em local incerto. A retroatividade da lei penal também não repercute sobre os efeitos extrapenais da sentença. A lei anteviu que estes efeitos tocam a esfera jurídica de terceiros ou, mesmo, que promovem vantagens a terceiros, e, para estabilização das

relações sociais, determinou não fossem atingidos. São vários os limites da retroatividade da lei penal. O princípio não tem uma abrangência tão ampla como, de imediato, se imagina;

(43) as diferentes configurações do direito penal e do direito disciplinar dão as pistas necessárias para a flexibilização do princípio da retroatividade da lei benéfica ingressante no direito administrativo. Há de retroagir a garantia individual em benefício do servidor, assim como há de se manter a ordenação do serviço público, desejada pela ordem jurídica quando aplicada validamente a pena, de acordo com a lei anterior; assim como se há de respeitar terceiros cujas esferas jurídicas foram afetadas pelas penas;

(44) transportando-se a retroatividade média do direito penal ao direito administrativo disciplinar, as consequências seriam as seguintes: a retroatividade sempre atingiria os processos em andamento, em que não houve o acertamento da pena, menos ainda sua execução. Quando já houvesse decisão condenatória e não tivesse sido iniciada execução da penalidade, essa sequer seria iniciada; se a execução da penalidade já tivesse tido início, deveria cessar, devendo-se diferenciar as hipóteses de execução instantânea, ainda que de efeitos permanentes. Se a execução fosse instantânea, a pena já teria se exaurido;

(45) a retroatividade penal parece não aviltar aos valores em jogo no direito administrativo disciplinar - a limitação do poder do Estado e a efetividade da ação administrativa ao lado da boa prestação dos serviços públicos -, ao se observar mais de perto o sub-ramo do direito sancionador. Ainda assim, remanesce espaço para sua flexibilização, pois o princípio ingressa no direito administrativo sancionador com matizes próprios e com mais leveza do que no direito penal. O filtro se justifica porque a retroatividade média do direito penal autoriza que penalidades já acertadas e que deveriam já ter sido cumpridas e não o foram, não mais sejam executadas a partir da vigência da lei nova mais benéfica. O mesmo benefício não deve ser tolerado pelo direito administrativo;

(46) O Supremo Tribunal Federal, por fundamentos diversos e não convergentes, autorizou a aplicação da lei mais benéfica a fatos passados, porém ainda não julgados. E só. Embora não tenha utilizado, em uníssono, o termo 'retroatividade', deu, sim, de acordo com a linha adotada neste trabalho, eficácia retroativa a nova lei, conferindo-lhe uma fração da retroatividade mínima. A lei nova se aplica a efeitos futuros de fatos passados ainda não acertados judicialmente. A diferente nomenclatura deveu-se a pluralidade de doutrinas que

tratam da retroatividade de uma lei. Cada uma dá nomes diferentes ao mesmo instituto. Preferiu-se, na justificação, adotar a doutrina que dá o nome de eficácia imediata da nova lei, atingindo a lei nova efeitos futuros de fatos passados. Transportando-se o entendimento para o direito administrativo sancionador, nas medidas delineadas neste trabalho, é como se tivessem sido conferidos matizes ao princípio da retroatividade penal.

REFERÊNCIAS

Doutrina

ARAGÃO, Alexandro Santos de. (Coord.) *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed. rev. e ampl., 2011.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito - Introdução e Teoria Geral - Uma Perspectiva Luso-Brasileira*, 10ª ed. revista. Coimbra/Portugal: Almedina, 1999.

BARROS JÚNIOR, Carlos S. *Do Poder Disciplinar na Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 9, março/abril/maio 2007, Salvador/BA. Disponível em: www.sentidounico.com.br. Acesso em: 11 de junho de 2022.

_____, Luís Roberto. “Em algum lugar do passado: Segurança Jurídica, Direito Intertemporal e o Novo Código Civil.” *Revista Brasileira De Estudos Políticos*, 90, pp. 33-68, 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.9732/3>. Consulta em: 28/07/2022.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito Intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Versão Portuguesa de Original Italiano Diritto Penale, Campinas: Red Livros, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista brasileira de direito público RBdP*, v. 4, n. 14, p. 9-53, jul./set. 2006.

_____, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BLAZECK, Luiz Maurício Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coord.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*, 2ª ed. rev. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru/SP: EDIPRO, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 3ª ed., trad. Denise Agostinetti., São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BUSATO, Paulo Cesar. *Direito Penal: Parte Geral*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____, Paulo César. *Fundamentos para um Direito Penal Democrático*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2013.

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996, reimpressão da edição brasileira de 1977.

_____, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. t. II. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 1994.

CAMMAROSANO, Márcio. Princípio da moralidade e improbidade administrativa. *Revista de Direito dos Advogados da União*, ano 8, n. 8, Brasília, out./2009, pp. 155-165.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., 11ª reimp., Coimbra/PT: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, vol. I, Parte Geral (arts. 1º e 120)*, 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

_____, Fernando. *Limites Constitucionais à Lei de Improbidade*, São Paulo: Saraiva, 2009.

_____, Fernando. *Retroatividade in mellius da Prescrição Intercorrente na Lei de Improbidade*. In: Consultor Jurídico (Conjur), 02/12/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-02/controversias-juridicas-retroatividade-in-mellius-prescricao-intercorrente-lei-improbidade>. Acesso em: 25/07/2022.

CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Sucessão de Leis Penais*. 3ª ed. ver. e atual., Coimbra/PT: Coimbra Editora, 2008.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Retroatividade da Reforma da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 12.230, de 25 de outubro de 2021)*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Novembro de 2021 (Texto para Discussão nº 305). Disponível em: www.senado.leg.br. Acesso em 25/07/2022.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. Vol. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1964.

CEREZO MIR, José. *Derecho Penal: Parte General*. 1ª ed. brasileira, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CERVEIRA, Fernanda Pessôa. *Fundamentos do Poder Administrativo Sancionador: o Exame da Culpabilidade na Infração Administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 133 páginas, 2005.

CONDE, Francisco Munoz; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: Parte General*. 6ª ed., Valência: Tirant to Blanch, 2004.

CORREIA, Eduardo; COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da; DIAS, Jorge de Figueiredo, COSTA, José de Faria; LOPES ROCHA, Manuel Antônio; MACHADO, Miguel Pedrosa; CAEIRO, Pedro. *Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários*. Vol. I – Problemas Gerais. pp. 75-107. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida da política sancionadora integrada*. Tese (Concurso de Livre Docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, 261 páginas.

_____, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, José Armando da. *Direito Administrativo Disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

_____, José Armando da. *Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa*. 2ª ed. ver. atual. e ampl., Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

COSTER, Tiago Rios. *Retrospectividade no Direito Tributário Brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, 181 páginas.

CRETELLA JUNIOR, José, *Direito Administrativo do Brasil: Poder de Polícia*. Volume IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961.

_____, José. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____, José. *Do Ilícito Administrativo*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 68, n. 1, p. 135-159, 1973.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: Volume Único*. 8ª ed. rev., atual. e ampl., Salvador: JusPodivm, 2020.

D'ANGELO, Élcio; D'ANGELO, Suzi. *O Princípio da Probidade Administrativa e a Atuação do Ministério Público*. Campinas: LZN Editora, 2003

D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal: Escritos sobre a Teoria do Crime como Ofensa a Bens Jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DEL TESO, Ángeles de Palma. *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 1996.

DEZAN, Sandro Lúcio; MARTINS, Jader Ferreira. *Elementos epistemológicos de processo administrativo disciplinar*. Belo Horizonte: Arraes, 2019.

_____, Sandro Lúcio. *Direito Administrativo Disciplinar: Princípios Fundamentais*. Vol. 1, Curitiba: Juruá, 2013.

_____, Sandro Lúcio. *Fundamentos de Direito Administrativo Disciplinar*. Curitiba: Juruá, 2010.

_____, Sandro Lúcio. *Fenomenologia e Hermenêutica do Direito Administrativo: para uma Teoria da Decisão Administrativa*. Porto: Editorial Juruá, 2018.

_____, Sandro Lúcio. *Ilícito Administrativo Disciplinar em Espécie*, Curitiba: Juruá, 2012.

_____, Sandro Lúcio. *Uma Teoria do Direito Público Sancionador: Fundamentos da Unidade do Sistema Punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2021.

_____, Sandro. *Princípios de direito administrativo sancionador*. São Paulo: Tirant to Blanch, 2022.

_____, Sandro Lúcio. *Sanção administrativa e ne bis in idem*. Vols. 1 e 2. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2022.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 3ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica. Norma Jurídica e Aplicação do Direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

EIRÓ, Pedro. *Noções Elementares de Direito*. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1997.

ESCOLA, Hector Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*. 5ª ed., São Paulo: Globo, 2012.

FERRAZ, Luciano. *Reforma da Lei de Improbidade e Novatio Legis In Mellius Implícita*. In: Consultor Jurídico (Conjur), 28/10/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-28/interesse-publico-reforma-lei-improbidade-novatio-legis-in-mellius-implicita>. Acesso em: 25/07/2022.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 10ª ed. ver., atual., ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa – comentários à Lei nº 8.429/92 e legislação complementar*. 5ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2004.

FORTINI, Cristiana; CAVALCANTI, Caio Mário Lana. *Retroatividade benigna da Lei 14.230: o que dizer de decisões transitadas em julgado?* In: Consultor Jurídico (Conjur), 17/02/2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-17/interesse-publico-retroatividade-benigna-lei-1423021>. Acesso em: 26/07/2022.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. vol. I, Tomo I, 4ª ed. ver. e atual. São Paulo: Max Lemonad, 1905.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7ª ed. rev., ampl. e atual., 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2014.

_____, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. *Revista da EMERJ*, v. 6, n.º 21, 2003, pp. 211-234.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Vol. II. Revisão Técnica de Carlos Ari Sunfeld, tradução de José Alerto Fróes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa – história de um conceito. *Revista de Direito Administrativo*, n. 230, Rio de Janeiro, pp. 291-303, out/dez 2002.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; LIMA, Diogo de Araújo; FAVRETO, Rogerio. *O Direito Intertemporal e a nova Lei de Improbidade Administrativa*. In: Consultor Jurídico (Conjur),

18/10/2021. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-out-18/opiniao-direito-intertemporal-lei-improbidade>. Acesso em 25/07/2022.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 19ª ed. rev., ampl. e atual., Niterói: Impetus, 2017.

GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios Processuais no Direito Administrativo Sancionador: um Estudo à Luz das Garantias Constitucionais. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 109, pp. 773-793, jan/dez 2014.

HAEBERLIN, Martín. *Uma teoria do interesse público: fundamentos do estado meritocrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUNGRIA, Néelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, v. 1, n. 1, 1945, pp. 24-31.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da Lei de Improbidade Administrativa Comparada e Comentada: Lei nº 12.430, de 25 de outubro de 2021*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

_____, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 26, São Paulo: Malheiros, p. 115-136, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8ª ed., tradução João Batista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Nova Lei de Improbidade: atipicidade, prescrição e direito superveniente*. 29/11/2021. In: Consultor Jurídico (Conjur), 29/11/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-29/leonel-lia-atipicidade-prescricao-direito-superveniente>. Acesso em: 26/07/2022.

LEVADA, Filipe Antônio Marchi. *O Direito Intertemporal e os Limites da Proteção do Direito Adquirido*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, 264 páginas.

LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 33ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 4ª ed., Porto Alegre: Livraria Sulina, 1964.

LLOBREGAT, José Garberí. *Derecho Administrativo Sancionador Practico: Comentarios, Jurisprudencia y Normativa Reguladora. Los Derechos Fundamentales del Inculpadado en el Procedimiento Administrativo Sancionador*. V. II, Barcelona: Editorial Boch, 2012.

LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

MAIA LUZ, Egberto. *Direito Administrativo Disciplinar: Teoria e Prática*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 12ª ed., 2ª tir., São Paulo: Saraiva, 2018.

MARINHO, Rogério. *Retroatividade da norma mais benéfica no Direito Administrativo Sancionador*. In: Consultor Jurídico (Conjur), 19/08/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-19/marinho-norma-benefica-direito-administrativo-sancionador#_ftn4>. Acesso em: 25/07/2022.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*. São Paulo: Freitas Bastos, 1946.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Disciplinar Moderno*. 18ª ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. *A nova Lei de Improbidade Administrativa deve ser aplicada retroativamente?* In: Consultor Jurídico (Conjur), 03/11/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-03/processo-lei-improbidade-aplicada-retroativamente>. Acesso em: 25/07/2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª ed. atual., São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 8ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade*, 4ª ed. revista. São Paulo: Saraiva, 2000.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As Sanções Administrativas à Luz da Constituição Federal de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gronet. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2017.

MENEGALLE, José Guimarães. *O estatuto dos funcionários públicos*. vol. II. São Paulo: Forense, 1962.

Ministro Luiz Fux vota pela constitucionalidade da multa por recusa ao bafômetro. 18/05/2022, Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=487328&ori=1%20>

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 8ª ed. Montevideo – Buenos Aires: Júlio Cesar Faira Editor, 2009.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *A relação jurídica administrativa: para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 30ª ed. ver. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral, Parte Especial*. 16ª ed. ver. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____, Diogo de Figueiredo. *Moralidade administrativa do conceito à efetivação; RDA*, Rio de Janeiro, pp. 190-244.

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Reforma da Lei de Improbidade Administrativa e Retroatividade*. In: *Conjur*, 22/10/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-22/improbidade-debate-reforma-lei-improbidade-administrativa-retroatividade>. Acesso em: 25/07/2022.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa: Direito Material e Processual*. 2ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Método, 2014.

NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed., Madrid: Tecnos, 2012.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Sanções Administrativas e Princípios de Direito Penal*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, n. 219, p. 127-151, jan/mar 2000.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o Pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 255 páginas, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do Direito Administrativo*. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: Método, 2013.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de Oliveira. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 8ª ed. rev. e atual., São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2022.

_____, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: Má Gestão Pública, Corrupção, Ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____, Fábio Medina. *Improbidade Administrativa*. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

PAULA, Marco Aurélio Borges de; SANCHES, Rachel de Paula Magrini. (Orgs.) *Estudos de Direito Público*, Campo Grande: Contemplan, pp. 596-601, 2013.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada: Aspectos Constitucionais, Administrativos, Cíveis, Criminais, Processuais e de Responsabilidade Fiscal*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. *Retroatividade Penal Benéfica: uma Visão Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14 ed. ver., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PUERARI, Adriano Faria. O Direito de Mera Ordenação Social Português como Rumo de Criação de um Espaço Próprio do Direito administrativo sancionador brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 27ª ed, 21ª tiragem, 2017.

_____, Miguel. *Variações sobre Ética e Moral*. 13 de outubro de 2001. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/veticam.htm>. Consulta em: 06/07/2022.

REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização do Direito Penal Econômico: uma Terceira via entre o Crime e a Infração Administrativa? In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: v. 7, n. 28, 1999, pp. 116-129.

REBOLLO PUIG, Manuel et al. Panorama del derecho administrativo sancionador em España - los derechos y las garantías de los ciudadanos. *Estudo Socio-Jurídico*, Bogotá (Colombia), 7(1): 23-74, enero-junio de 2005.

RIBAS, Antônio Joaquim. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: F. L.Pinto e C. Livreiros Editores, 1866. Disponível em: [Microsoft Word - direito administrativo brasileiro antonio joaquim ribas vf.doc \(stj.jus.br\)](http://www.stj.jus.br/direito_administrativo_brasileiro_antonio_joaquim_ribas_vf.doc).

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao Regime dos Servidores Públicos Cíveis*, 7ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza. *Dimensões do princípio ne bis in idem*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 294 páginas, 2013.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o Autoritarismo Brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo*, tradução Roberto Barbosa Alves, São Paulo: RT, 2011.

SILVEIRA, Ana Cristina Melo. *A Probidade Administrativa como Direito Difuso*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b1c5d6d28abda1b5>. Acesso em: 06/07/2022.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____, Carlos Ari. A defesa nas sanções administrativas. *Revista Forense*, v. 83, n. 298, p. 99-106, abr./jun. 1987.

TOMILLO, Manuel Gómez; RUBIALE, Inigo Sanz. *Derecho Administrativo Sancionador: Parte General*, 3ª ed., Pamplona: Aranzadi, 2013.

VAROTO, Renato Luiz Mello. *Prescrição no Processo Administrativo Disciplinar*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VIDIGAL, Edson José Travassos. *Poder de Polícia: Uma Leitura Adequada ao Estado Democrático de Direito*. Brasília: Penélope Editora, 2012.

VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Max Lemonad, 1997.

VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, Interpretação e Aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ZANOBINI, Guido. *Le sanzioni amministrative*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1924.

Decisões judiciais

STF, ADI nº 2.975, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 07/12/2020, publicação em 04/02/2021

STF, RE nº 466.343, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 03/12/2008, publicação em 05/06/2009

STF, RMS nº 30.010, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 15/12/2015, publicação em 17/02/2016.

STF, ARE nº 843.989, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 24/02/2022, publicação em 04/03/2022.

STF, RE nº 669.069, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento em 03/02/2016, publicação em 28/04/2016.

STF, RE nº 852.475, Tribunal Pleno, Rel. para acórdão Min. Edson Fachin, julgamento em 08/08/2015, publicação em 25/03/2019.

STF, RE 636.886, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 20/04/2020, publicação em 24/06/2020.

STF, RE nº 1.224.374, Tribunal Pleno, julgamento em 19/05/2022, ainda não publicado.

STF, ARE nº 1.019.161, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgamento em 02/05/2017, publicação em 12/05/2017.

STF, ADI nº 605 MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23/10/1991, publicação em 05/03/1993.

STF, ADI nº 493-0, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 25/06/1992, publicação em 04/09/1992.

STF, ADI nº 7042, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 31/08/2022, ainda não publicada.

STJ, AgInt no AREsp nº 1.391.197, Primeira Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgamento em 14/02/2022, publicação em 16/02/2022

STJ, REsp nº 1.081.743, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgamento em 24/03/2015, publicação em 22/03/2016.

STJ, AgInt no AREsp nº 1.745.179, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgamento em 27/09/2021, publicação em 08/10/2021.

STJ, AgInt no REsp nº 1.701.967, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgamento em 18/09/2018, publicação em 19/02/2019.

STJ, AgInt no Resp nº 1.804.136, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgamento em 03/03/2020, publicação em 06/03/2020.

STJ, AgInt no REsp nº 1.682.238, Segunda Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgamento em 16/08/2021, publicação em 19/08/2021.

STJ, REsp nº 1.153.083, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. para acórdão Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgamento em 06/11/2014, publicação em 19/11/2014.

STJ, AgInt no REsp nº 1.602.122, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgamento em 07/08/2018, publicação em 14/08/2018.

STJ, REsp nº 1.402.893, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgamento em 11/04/2019, publicação em 22/04/2019.

STJ, RMS nº 37.031, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgamento em 08/02/2018, publicação em 20/02/2018.

STJ, REsp nº 761.191, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgamento em 12/05/2009, publicação em 27/05/2009.

TRF2, Ap. Civ. nº 0154434-84.2014.4.02.5101, Rel. Des. Federal Vera Lúcia Lima, Oitava Turma Especializada, julgamento em 10/09/2020, publicação em 16/09/2020.

TRF3, Ap. Civ nº 5006382-50.2018.4.03.6182, Rel. Des. Fed. Luis Carlos Hiroki Muta, Terceira Turma, julgamento em 09/11/2020, publicação em 11/11/2020.

TRF4, Ap. Civ. nº 5041500-65.2017.4.04.7000, Rel. Des. Fed. Vivian Josete Pantaleão Caminha, Quarta Turma, julgamento em 16/02/2022, publicação em 17/02/2022.