



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

FELIPE SANTINO DA SILVA

**APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA NORMA BENÉFICA AO
DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: ANÁLISE DO TEMA 1.199 DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Recife
2025

FELIPE SANTINO DA SILVA

**APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA NORMA BENÉFICA AO
DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: ANÁLISE DO TEMA 1.199 DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Centro de Ciências Jurídicas da Faculdade
de Direito do Recife da Universidade Federal
de Pernambuco, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito

Área de concentração: Direito Penal
Administrativo.

Orientador: Prof. Dr. Teodomiro Noronha
Cardozo

Recife

2025

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do
programa de geração automática do SIB/UFPE

Silva, Felipe Santino da.

aplicação do princípio da retroatividade da norma benéfica ao direito administrativo sancionador: análise do tema 1.199 do supremo tribunal federal / Felipe Santino da

Silva. - Recife, 2025.

46

Orientador(a): Teodomiro Noronha Cardozo

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2025.

1. direito administrativo sancionador. 2. retroatividade da norma benéfica. 3. lei de improbidade administrativa. I. Noronha Cardozo , Teodomiro . (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

FELIPE SANTINO DA SILVA

**APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA NORMA BENÉFICA AO
DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: ANÁLISE DO TEMA 1.199 DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Centro de Ciências Jurídicas da Faculdade
de Direito do Recife da Universidade Federal
de Pernambuco, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito

Aprovado em: 19/11/2025

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Teodomiro Noronha Cardozo (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Leônio José A. da Silva (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Profª. Drª. Roberta Cruz da Silva (Examinadora Interna)
Universidade Federal de Pernambuco

AGRADECIMENTOS

*Mas é preciso ter manha, é preciso ter graça
É preciso ter sonho sempre
Quem traz na pele essa marca
Possui a estranha mania de ter fé na vida*

Agradeço a Deus pelo dom da vida. Agradeço à minha mãe, porque o seu esforço heroico me garantiu os elementos mí nimos para trilhar este e outros sonhos. Agradeço à minha irmã Raquel pelas conversas que me abriram os horizontes. Agradeço ao meu pai que por tudo que me ensinou. Agradeço aos meus irmãos, Izaias e Rute e Mateus e Rosimere e Bartolomeu e Matias e Miriam e Sara, que são parte do meu ser. Agradeço aos amigos que foram fundamentais em minha trajetória acadêmica: Dr. Ana, D. Milma, Prof. Adelson, a deslumbrante Carla Moura, Cleston Francisco, G. Cumaru, Emerson, Gabi, Iago Prado, JP, Maria Mayellya, G. Moreira, Vinícius Torres e Vitória Mel. Agradeço ao Professor Teodomiro pela paciência e dedicação. Agradeço à banca examinadora pela disposição.

RESUMO

A pesquisa buscou compreender a possibilidade de aplicação do princípio constitucional da retroatividade da norma mais benéfica ao âmbito do direito administrativo sancionador. A metodologia adotada neste trabalho baseou-se na pesquisa bibliográfica e documental, com abordagem qualitativa e método indutivo. A primeira etapa consistiu no levantamento e análise de referências teóricas em livros e artigos científicos sobre o tema. Em seguida, realizou-se a pesquisa documental através da coleta e análise de decisões judiciais, especialmente de precedente em repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, para verificar como o tema é aplicado na prática. Partiu-se da análise da Lei de Improbidade Administrativa, recentemente alterada quanto à possibilidade de imputação por ato culposo quanto aos prazos de prescrição, nos termos de precedente em Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal (Tema 1.199). Inicialmente, traçou-se breve histórico do direito administrativo sancionador no Brasil. Foram demonstradas, com base na literatura, as similitudes e distinções entre o direito administrativo sancionador e o direito penal. Concluiu-se que o princípio da retroatividade da norma mais benéfica é passível de ser aplicado ao direito administrativo sancionador, tratando-se de mera escolha legislativa. Conclui-se pela possibilidade de que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, norma suprallegal, tenha provocado mutação constitucional do termo “lei penal” previsto no texto da Constituição Federal de 1988 para abarcar também o direito administrativo sancionador.

Palavras-chave: Direito Administrativo Sancionador; Retroatividade Benéfica; Lei de Improbidade Administrativa; Tema 1.199.

ABSTRACT

The research sought to understand the possibility of applying the constitutional principle of retroactivity of the more lenient norm within the scope of administrative sanctioning law. The methodology adopted in this study was based on bibliographic and documentary research, with a qualitative approach. The first stage consisted of the survey and analysis of theoretical references in books and scientific articles on the topic. Subsequently, documentary research was carried out through the collection and analysis of court decisions, especially precedents in general repercussions of the Supreme Federal Court, to verify how the topic is applied in practice. The analysis was based on the Administrative Improbability Law, which was recently amended regarding the possibility of attributing liability for negligent acts and the corresponding statute of limitations, in accordance with a precedent under the General Repercussion system of the Brazilian Federal Supreme Court (Theme 1,199). Initially, a brief historical overview of administrative sanctioning law in Brazil was outlined. Based on the literature, the similarities and distinctions between administrative sanctioning law and criminal law were demonstrated. It was concluded that the principle of retroactivity of the more lenient norm may be applied to administrative sanctioning law, as it is merely a legislative choice. It is also concluded that the American Convention on Human Rights, a supralegal norm, may have triggered a constitutional mutation of the term “criminal law” provided for in the 1988 Federal Constitution, so as to also encompass administrative sanctioning law.

Keywords: Administrative Sanctioning Law; Retroactivity of the More Favorable Rule; Administrative Misconduct Law; Tema 1.199.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	4
2 DISTINÇÃO ENTRE A SANÇÃO PENAL E SANÇÃO ADMINISTRATIVA.....	6
2.1 Conceito do Direito Administrativo Sancionador	6
2.2 Conceito de Direito Penal.....	8
2.3 Distinção entre a sanção penal e a sanção administrativa	10
2.3.1 A sanção penal.....	11
2.3.2 A sanção administrativa.....	16
2.3.3 Divergências e semelhanças	19
3 O PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA	22
3.1 Aplicação ao Direito Penal	22
3.2 Aplicação ao Direito Administrativo Sancionador.....	22
3.2.1 Aplicabilidade ao Direito Administrativo Sancionador na Espanha	24
3.2.2 Aplicabilidade ao Direito Administrativo Sancionador: Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	26
4 PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO DA NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	29
4.1 A Lei de Improbidade Administrativa e suas Alterações	29
4.2 O Tema 1.199 do Supremo Tribunal Federal	30
4.2.1 Voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes	31
4.2.2 Voto do Ministro Gilmar Mendes	33
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	34
REFERÊNCIAS	37

1 INTRODUÇÃO

O direito penal e o direito administrativo sancionador compõem manifestações do poder punitivo estatal, ainda que com diferenças relevantes. A norma penal é considerada a *ultima ratio*, configurando a resposta sancionatória mais severa do Estado, razão pela qual demanda um conjunto expressivo de garantias ao indivíduo. O direito administrativo sancionador, embora distinto, também constitui mecanismo de exercício desse poder e, por isso, exige a presença de garantias suficientes à proteção dos sujeitos afetados.

A discussão central consiste em verificar se um dos princípios dito específico do direito penal é aplicável ao âmbito do direito administrativo sancionador. O conjunto de princípios protetivos, desenvolvido para conter e humanizar o poder de punir, encontra respaldo constitucional. A Constituição Federal de 1988 prevê, entre outros, os princípios da legalidade (art. 5º, XXXIX), da retroatividade benéfica (art. 5º, XL) e da pessoalidade da pena (art. 5º, XLV). No âmbito penal, não há controvérsia quanto à aplicação desses princípios.

No campo do Direito Administrativo Sancionador, porém, a aplicação desse mesmo arcabouço principiológico é objeto de divergências, existindo posicionamentos favoráveis, contrárias e mesmo intermediários.

A pesquisa toma como objeto a análise da retroatividade da lei mais benéfica no direito administrativo sancionador a partir do Tema de Repercussão Geral nº 1.199 do Supremo Tribunal Federal em que se discutiu a retroatividade benéfica no caso da reforma da Lei de Improbidade Administrativa, esta que, notadamente, representa dispositivo legal eminentemente integrante do Direito Administrativo Sancionador. A hipótese sustentada, inicialmente, é de que esse princípio, originário do Direito Penal, é aplicável ao Direito Administrativo Sancionador, dado que ambos operam como instrumentos de coerção estatal comparáveis quanto aos efeitos sancionatórios. Assim, exigem garantias estruturantes, entre elas a retroatividade da lei mais favorável ao sujeito.

A questão preliminar que orienta o estudo é: o princípio da retroatividade da lei mais benéfica aplica-se ao Direito Administrativo Sancionador? A resposta sustentada pela pesquisa é afirmativa, respeitadas as peculiaridades do ramo administrativo.

O método adotado é o hipotético-dedutivo, com construção de hipóteses a partir de revisão bibliográfica e análise de jurisprudência. A pesquisa utilizará bibliografia nacional e estrangeira, artigos científicos, dissertações e teses, além de julgados do Supremo Tribunal Federal.

O objetivo geral é examinar a aplicação da retroatividade benéfica no Direito Administrativo Sancionador, delimitando eventuais adaptações e incompatibilidades. Serão analisadas: a distinção entre Direito Penal e Administrativo Sancionador; o princípio da retroatividade da lei mais benéfica; sua possível transposição ao âmbito administrativo; e o Tema de Repercussão Geral nº 1.199 do Supremo Tribunal Federal.

A questão enfrentada é amplamente debatida na doutrina e na jurisprudência. A crescente atuação legislativa na área, como as alterações na Lei de Improbidade Administrativa, na LINDB (Lei 13.655/2018), a Lei Anticorrupção e a Lei Antitruste, intensificou a relevância prática do Direito Administrativo Sancionador. A maior relevância da matéria é evidenciada também pelos constantes processos complexos decididos pelos tribunais superiores.

A produção acadêmica cresce de modo expressivo, com diversas obras dedicadas ao estudo do Direito Administrativo Sancionador e sua aproximação com o Direito Penal, inclusive quanto aos limites impostos aos instrumentos sancionatórios estatais.

A pesquisa busca contribuir para a compreensão desse ponto de tensão, de modo a assegurar que o exercício do *jus puniendi* estatal — seja por meio penal, seja administrativo — permaneça condicionado às garantias do Estado Democrático de Direito, preservando a centralidade da pessoa humana.

2 A DISTINÇÃO ENTRE A SANÇÃO PENAL E A SANÇÃO ADMINISTRATIVA

2.1 Conceito do Direito Administrativo Sancionador

Diversas escolas jurídicas, em diferentes períodos, tentaram formular conceitos definidores do Direito Administrativo. A escola francesa entendia o Direito Administrativo como ramo jurídico destinado a catalogar as normas de legislação administrativa. A escola italiana o limitava ao estudo dos atos do Poder Executivo. Hely Lopes Meirelles critica tais posicionamentos, por entender que eles não conseguem comportar toda a magnitude do direito administrativo. Destaca o autor que o Direito Administrativo brasileiro é muito distinto daquele que se nota em outros países, exigindo-se um conceito de Direito Administrativo Brasileiro (Meirelles, 2007, p. 39).

Seguindo a linha de raciocínio de Meirelles, é de se atentar às especificidades do direito administrativo no Brasil. Trata-se de um ramo jurídico intimamente relacionado aos fenômenos políticos, às estruturas de Estado e de Governo, variando de acordo com aspectos políticos e econômicos. Não é de se estranhar que tenha o direito administrativo nacional modificado seus contornos ao longo do tempo, haja vista a longa e turbulenta trajetória do Estado brasileiro.

Para que se possa ter a possibilidade de um estudo adequado do objeto, é exigível que se firme o seu conceito. É necessário esclarecer que o direito administrativo sancionador é um sub-ramo do direito administrativo, apesar de alguns posicionamentos que já tentam defender uma emancipação desse “sub-ramo”. Para fins da presente pesquisa, parte-se do pressuposto de que, de fato, o DAS ainda é espécie contida no Direito Administrativo.

Inicia-se a construção de um conceito de Direito Administrativo para que, em seguida, possa ser delineado também o conceito de direito administrativo sancionador.

Tomando como ponto de partida a obra de Hely Lopes Meirelles, o Direito Administrativo é um “conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado” (Meirelles, 2007, p. 40). O autor visualiza o Direito Administrativo do aspecto de sua regulação das atividades do estado, dando ênfase também às finalidades do Estado. Esse conceito é, em muito, relacionado à premissa inicial de que o Direito Administrativo é extremamente propenso a variação, haja vista sua vinculação aos objetos do Estado. É, desse modo, ramo jurídico que regula a atividade administrativa na direção estabelecida pelos fins do Estado.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ilustre doutrinadora, vai abordar o conceito de Direito Administrativo, utilizando-se de um critério também voltado à atividade da Administração Pública, como faz Hely Lopes, conceituando-o como

(...) o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública. (Di Pietro, 2007, p. 43)

A autora vai definir o Direito Administrativo de forma ampla, destacando tanto seus sujeitos quanto seus meios e finalidades. Há ênfase no caráter público e instrumental dessa atuação estatal. Prevalece a noção do Direito Administrativo como ramo do Direito Público dotado de regras e princípios que norteiam e regulam a atividade da Administração na sua relação com os administrados para a consecução dos fins do Estado.

Como bem estabeleceu Di Pietro (2007), em seu conceito retomencionado, o direito administrativo regula os meios que o Estado tem de realizar seus fins, haja vista a relação com os administrados. É nesse ponto que o DAS surge enquanto um dos elementos conferidos à Administração para a realização dos fins do Estado, sendo de todo relevante que também seja delineada sua conceituação.

Pedro de Oliveira Alves e Victor Gabriel Alcantara de Albuquerque (2021), em artigo intitulado “A Legitimidade do Direito Administrativo Sancionador Constitucional”, anunciam que se trata de uma ampla área do Direito Administrativo e que lida com situações complexas (Alves e Albuquerque, 2021, p 254). O direito administrativo sancionador, enquanto um dos mecanismos de realização dos fins do Estado, lida com aspectos como sancionamento de servidores públicos, improbidade administrativa, combate à corrupção, agências reguladoras, entre outros.

Romero P. B de Albuquerque, tratando acerca do DAS e das estatais vai estabelecer que

(...) através do direito administrativo sancionador, o Estado visa, de certa maneira, harmonizar a vida social de uma comunidade. Assim, sob tal ponto de vista, se faz necessário um plexo de normas coercitivas que garantam, ou ao menos busquem garantir, a efetividade das ações estatais” (Albuquerque, 2021, p. 229)

A visão do autor se coaduna com a perspectiva de Di Pietro: o Direito Administrativo Sancionador um dos “braços” do Direito Administrativo na busca de realização dos fins do estado. É o complexo de normas administrativas sancionatórias que permitem ao estado regular a conduta dos sujeitos em sua relação com a administração pública, essencialmente na tutela da probidade administrativa, a qual encontra amparo no texto constitucional.

Manoel de Oliveira Erhardt aponta que:

Mais do que erigir a moralidade administrativa a princípio norteador da Administração Pública, a Constituição Federal, nos parágrafos quarto e quinto de seu artigo 37, determina a responsabilização do agente público por atos de improbidade, elencando as penalidades cabíveis e delegando à lei o regramento de sua graduação e dos prazos de prescrição (Erhardt, 2021. p. 25)

A Constituição passa a exigir, expressamente, punição ao sujeitos que violem a moralidade administrativa, o que implicou a construção de um sistema infraconstitucional de responsabilização, pautado na legalidade e na moralidade enquanto balizas.

Fábio Medina Osório (Osorio, 2000, p. 54), na mesma linha, aponta que a sanção administrativa é manifestação ou projeção do Direito Administrativo, regulando-se, portanto, por um regime publicista.

O direito administrativo sancionador se configura, então, como um sub-ramo do direito administrativo atento à atuação sancionatória da administração pública, com vistas à realização dos fins do estado, especialmente quanto à garantia da probidade, conceito jurídico abstrato lançado a nível constitucional (Erhardt, 2021).

2.2 Conceito de Direito Penal

O direito penal ganha, no seio social, uma ideia de mero instrumento de punição estatal representado na legislação criminal. Mas o direito penal não possui contornos tão reduzidos. Em âmbito acadêmico, é de conhecimento notório a amplitude que está contida nesse conceito.

Segundo Welzel (*apud* Bitencourt, 2017, p. 38) o Direito Penal, enquanto conceito, revela-se em duas faces: conjunto de leis penais e o sistema de interpretação destas. Trata-se de conceito que apresenta o direito penal de uma perspectiva mais dogmática e de outra mais voltada à zetética. O direito penal afigura-se então como uma dualidade harmônica de leis e regras de aplicação delas.

Bitencourt (2017, p. 38), seguindo a noção apresentada por Welzel, aponta que se trata realmente o direito penal de ramo jurídico constituído por “um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal” e por um conjunto também de princípios e valores sistematizados que visam regular a aplicação dessas normas.

O direito penal não se limita ao Código Penal ou mesmo ao conjunto de leis penais. Está a lei das normas positivadas, sendo constituído também por vasto conjunto de princípios e valorações que permitem a adequada aplicabilidade das normas positivadas. O direito penal está, por exemplo, muito fortemente presente na Constituição Federal da República Federativa

do Brasil, sejam nos mandamentos de criminalização, como é o caso do art. 7º, inciso X, sejam nos princípios limitativos, a exemplo do art. 5º, inciso XLV, que fixa o princípio da pessoalidade da pena.

O direito penal busca proteger os mais relevantes bens jurídicos, como bem aponta Renato de Mello Jorge Silveira (2006, p.104)

Pelo desenvolvimento até aqui apresentado, significativa é a percepção de como o Direito Penal deverá defender os bens jurídicos protegidos. Após a escolha destes, decorrida uma seleção por parte do legislador, o qual virá a tipificar as condutas penalmente reprováveis, dever-se-á constatar de que maneira se intenta essa proteção.

Não serão quaisquer bens jurídicos tutelados pelo direito penal. Este ramo jurídico tem formulação teórica inicial como sendo a última instância jurídica a ser utilizada para a tutela de um bem jurídico. A sanção penal deve ser utilizada somente e apenas quando todas as outras ferramentas jurídicas não puderem solucionar o entrave.

Nucci analisando a noção do direito penal pela ótica da intervenção mínima estabelece que:

Há bens tutelados pelo Direito, eleitos pelo ordenamento jurídico como indispensáveis à vida em sociedade, merecendo proteção e cuidado. A partir dessa escolha, o bem se transforma em bem jurídico. Dos mais simples aos mais complexos; dos inerentes à natureza humana às criações alternativas da vida moderna; dos ligados à dignidade humana aos vinculados a puros interesses materialistas; todos os bens jurídicos gozam do amparo do Direito. Os mais relevantes e preciosos atingem a tutela do Direito Penal sob a ótica da intervenção mínima. (Nucci, 2014, p. 50)

O trecho destaca a importância da função protetiva do Direito Penal, a partir da seleção legislativa dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade. Observa-se que a efetividade dessa tutela depende da adequada correspondência entre o bem protegido e a forma de intervenção penal adotada.

Esse ramo jurídico lida com os bens jurídicos mais preciosos, tendo sua zona de atuação quando da impossibilidade de solução de conflito por qualquer outro ramo jurídico. Nos últimos tempos, o direito penal vem sofrendo uma notória expansão, o que abala a sua conceituação enquanto *última ratio* – conforme analisa Silva Sanchez:

Creación de nuevos "bienes jurídico-penales", ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término "expansión". Tal "expansión" es, por cierto, una característica innegable del Código penal español de 1995 y la valoración positiva que importantes sectores doctrinales han realizado del mismo pone de relieve cómo la tópica «huida (selectiva) al Derecho penal» no es sólo cuestión de legisladores superficiales y frívolos, sino que empieza a tener una cobertura ideológica de la que hasta hace poco carecía. (Silva Sanchez, 2001, p. 20)

Sanchez realiza análise crítica dessa desmedida ampliação dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal e dos movimentos tendentes a flexibilizar os princípios garantistas. O autor alerta para o consequente afastamento do direito penal da arraigada noção de *ultima ratio*, uma vez que o expansionismo vem apontando o direito penal como regra e não mais exceção.

Conceitua-se o direito penal como o ramo jurídico composto por um conjunto de leis penais e de princípios voltados à tutela dos bens jurídicos mais relevantes para um determinado corpo social, não se confundindo com o direito administrativo sancionador.

2.3 Distinção entre a sanção penal e a sanção administrativa

Estabelecidos os conceitos de Direito Administrativo Sancionador e de Direito Penal, urge traçar a distinção entre a sanção penal e a sanção administrativa.

Alguns autores têm defendido a unidade das instâncias estatais sancionatórias. Defendem que o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal são parte de um conjunto único, o direito estatal sancionador, devendo, portanto, se submeterem ao princípio da interdependência das instâncias (Arades, 2018). Seria necessário superar a visão isolacionista das instâncias e formular processos punitivos integrados e harmônicos em respeito à segurança jurídica e à proporcionalidade sancionatória (Valter, 2021, p. 633). Em outros termos, parte da doutrina tem pugnado por uma interconexão entre os ramos sancionadores do direito estatal.

O direito brasileiro comporta o que se pode denominar de interdependência das instâncias, veja-se:

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal. (Código Civil, 2002)

Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para resarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil. (Código Penal, 1941)

Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria. (Lei 8.112, 1990)

A interdependência encontra freio no reconhecimento da autonomia das instâncias também pela legislação e jurisprudência pátrias.

Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições. (Lei 8.112, 1990)

Súmula 651 - Compete à autoridade administrativa aplicar a servidor público a pena de demissão em razão da prática de improbidade administrativa, independentemente de prévia condenação, por autoridade judiciária, à perda da função pública. (Superior Tribunal de Justiça, 1ª Seção, 2021)

O direito brasileiro reconhece a interdependência das instâncias, mas não retira delas a autonomia. Pelo que prevalece no direito pátrio, não há um conjunto totalmente uniforme do direito punitivo estatal, sendo necessário o estudo em separado das características das sanções administrativas e das sanções penais para, a partir disso, elencar-se as estruturas limitativas a ambas aplicáveis.

2.3.1 A sanção penal

Zaffaroni e Pierangeli (2004) lecionam que a coerção penal se revela tanto de um ponto de vista material quanto de um ponto de vista formal. É nesse sentido que aponta a melhor doutrina:

Por “coerção penal” se entende a ação de conter ou de reprimir que o direito penal exerce sobre os indivíduos que cometeram delitos. Esta é a coerção penal em sentido estrito e sua manifestação é a pena. Esta é, pois, a coerção materialmente penal. (Zaffaroni, 2004, p. 703)

A sanção penal em sentido estrito ou material é a pena, aplicável aos sujeitos que cometeram delitos, crimes ou contravenções. A pena é espécie dentro de gênero sanção penal, tendo seu âmbito de abrangência limitado à figura do delito, e com consequências especificamente detalhadas e de natureza extremamente gravosas à esfera jurídica do punido, com razão pontua Rogério Sanches Cunha:

Pena é espécie sanção penal, isto é, resposta estatal ao infrator da norma penal incriminadora (crime ou contravenção), consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do agente. Sua imposição depende do devido processo legal, através do qual se constata a autoria e materialidade de um comportamento típico, antijurídico e culpável não atingido por causa extintiva da punibilidade. (Cunha, 2020, p. 481)

A pena emerge não apenas enquanto elemento de repressão estatal, porque sua aplicabilidade deverá ocorrer após o trâmite do devido processo e observadas as garantias legais e constitucionais tituladas pelo sujeito; a pena figura duplamente enquanto ferramenta repressiva e elemento garantidor da ordem jurídica.

Zaffaroni elenca ainda a figura da coerção penal formal, enquanto sanção penal em sentido amplo.

Por outro lado, há uma coerção formalmente penal, que abarca a anterior e abrange um âmbito muito maior, porque se ocupa de todas as medidas que dispõe a lei penal, inclusive para os casos em que não há mais uma exterioridade do delito de delito – que não são mais que medidas administrativas -, como também outras consequências do delito que, por sua natureza, não pertencem ao direito penal, mas que são tratadas na lei penal (reparação dos danos). (Zaffaroni, 2004, p. 703)

A coerção penal formal é mais ampla que a coerção material, porque não se limita ao âmbito dos delitos (crimes e contravenções) ou das consequências penais propriamente ditas. A coerção formal abarca também as medidas de segurança e a reparação civil dos danos decorrentes do crime. Basta a previsão em lei penal para que ganhe a sanção o contorno de sanção penal formal.

Não é necessário que esteja a sanção abarcada dentro do gênero da pena (coerção material) para que a ela se apliquem as garantias relativas ao âmbito criminal, basta que sejam previstas em lei penal. As medidas de segurança estão contidas no espectro da sanção penal, não sendo pena, no sentido estrito, mas elemento de coerção penal formal, sendo exemplo notório dessa faceta do direito penal.

As garantias constitucionais se aplicam tanto em âmbito de sanção penal material quanto em âmbito de sanção penal formal. A jurisprudência pátria é unânime, inclusive, no tocante a limitação temporal da medida de segurança, afastando dela um caráter perpetuo que poderia ver a assumir, haja vista não ter o legislador fixado um limite objetivo. Precedente do Supremo Tribunal Federal trata desse assunto:

EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. RÉU INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PERICULOSIDADE DO PACIENTE SUBSISTENTE. TRANSFERÊNCIA PARA HOSPITAL PSIQUIÁTRICO, NOS TERMOS DA LEI 10.261/2001. WRIT CONCEDIDO EM PARTE.

I – Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que o prazo máximo de duração da medida de segurança é o previsto no art. 75 do CP, ou seja, trinta anos. Na espécie, entretanto, tal prazo não foi alcançado.

II - Não há falar em extinção da punibilidade pela prescrição da medida de segurança uma vez que a internação do paciente interrompeu o curso do prazo prescricional (art. 117, V, do Código Penal).

III – Laudo psicológico que reconheceu a permanência da periculosidade do paciente, embora atenuada, o que torna cabível, no caso, a imposição de medida terapêutica em hospital psiquiátrico próprio.

IV – Ordem concedida em parte para determinar a transferência do paciente para hospital psiquiátrico que disponha de estrutura adequada ao seu tratamento, nos termos da Lei 10.261/2001, sob a supervisão do Ministério Público e do órgão judicial competente.

(HC 107432, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 24/05/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-110 DIVULG 08-06-2011 PUBLIC 09-06-2011 RMDPPP v. 7, n. 42, 2011, p. 108-115 RSJADV set., 2011, p. 46-50)

O Supremo Tribunal Federal, no julgado transcrito, reafirma a sua jurisprudência no sentido de que mesmo às sanções penais formais, portanto que não retribuem um delito, mas apenas uma conduta tipificada em lei penal, aplicam-se as garantias constitucionais em face da atuação punitiva do Estado.

Também se submetem ao prazo limite fixado para o cumprimento de penas privativas, o qual atualmente é de 40 anos. Todos os meios de coerção formal estão submetidos às limitações constitucionais.

Partindo desse ponto, Prado (2006) identifica três grandes teorias que buscam explicar a natureza e a finalidade da pena. As teorias absolutas entendem a pena como mera retribuição ética pelo delito cometido, funcionando como resposta necessária à violação da norma. As teorias relativas atribuem à pena um caráter utilitário, voltado à prevenção de novos delitos, seja pela intimidação da coletividade (prevenção geral), seja pela imposição de obstáculos ao próprio infrator (prevenção especial). Já as teorias ecléticas procuram conciliar ambas as perspectivas, concebendo a pena simultaneamente como retribuição ao ilícito e instrumento de prevenção, desde que observados critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Pode-se dizer que a pena, e a própria sanção penal enquanto gênero, é ferramenta de retribuição ao cometimento da infração penal com o objetivo de prevenção geral e especial de cometimento de novas infrações, pautando-se por critérios de justiça.

A justiça da pena é intrinsecamente relacionada à sua natureza e aos princípios que a orientam. No Brasil, há rol de penas permitidas e vedadas, gozando tal previsão de status constitucional. Estabelece a Constituição Federal que são permitidas as penas: privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos.

A previsão constitucional é abordada pelo legislador infraconstitucional, podendo alocar-se as penas permitidas em três: privativas de liberdade, restritivas de direito e multa (Sanches Cunha, 2020).

As penas privativas de liberdade são aquelas em que o sujeito terá sua liberdade de locomoção restrita. São, em tese, as mais gravosas dentre as modalidades de pena admitidas no país. O indivíduo imputado poderá estar sujeito à restrição de liberdade tanto pela reclusão quanto pela detenção.

As penas restritivas de direito, por seu turno, se revelam em rol amplo, sendo “alternativas” às privativas de liberdade, em tese, mais gravosas. O Código Penal regula essa modalidade de pena em seus artigos 43 ao 48.

A pena de multa é regulada pelo Código Penal no artigo 49 e seguintes, revelando-se enquanto modalidade de pena pautada na diminuição da riqueza patrimonial. Carrara aponta que “se chama pena pecuniária a diminuição de nossas riquezas, aplicada por lei como castigo de um delito” (apud Bitencourt, 2017, p. 768). Bitencourt (2017, p.768) destaca que a única característica distintiva da multa penal para as demais é a sua impossibilidade de ser transferida a outra pessoa, sob pena de violação ao princípio da intransmissibilidade da pena.

No âmbito da coerção penal formal, o código penal vai abordar também a questão da fixação das medidas de segurança, delineando-as no seu artigo 96.

A Constituição Federal também estabelece as penas que são, em regra, vedadas no ordenamento jurídico pátrio, sendo elas: as penas de morte, as penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e as cruéis (Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso XLVII).

Até período recente as penas tinham um caráter fortemente corporal, aplicadas diretamente no corpo daqueles alocados no conceito de criminosos, conforme Márcia de Freitas Oliveira, em sua dissertação de mestrado, destaca:

Até o século XVIII, as penas criminais tendiam a ser corporais e excessivamente aflictivas, sendo uma expiação pelo causado pelo infrator e servindo para reafirmar o poder estatal. Após o advento das ideias iluministas e da Revolução Francesa, tem-se uma nova concepção a respeito do homem e dos direitos inerentes a ele. (Oliveira, 2014, p. 9)

O texto constitucional de 1988, conectado ao movimento de abolição das penas desumanas, fixa, então, o mencionado rol de penas proibidas. Relevante pontuar que o conceito de pena cruel é amplo, podendo abranger em si diversas situações, a exemplo do atual sistema carcerário brasileiro, em que as condições de encarceramento são extremamente precárias e, por muitas vezes, alienadas das garantias mínimas dos detentos.

O Supremo Tribunal Federal tem decidido sobre a matéria em diversos casos, tendo, por vezes, posicionamentos contraditórios e questionáveis. O Guardião da Constituição já se posicionou pela limitação do cumprimento das medidas de segurança ao prazo previsto no Código de Processo Penal para as penas privativas de liberdade, haja vista a vedação às penas perpétuas.

EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. RÉU INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PERICULOSIDADE DO PACIENTE SUBSISTENTE. TRANSFERÊNCIA PARA HOSPITAL PSIQUIÁTRICO, NOS TERMOS DA LEI 10.261/2001. WRIT CONCEDIDO EM PARTE.

I – Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que o prazo máximo de duração da medida de segurança é o previsto no art. 75 do CP, ou seja, trinta anos. Na espécie, entretanto, tal prazo não foi alcançado (...). (*Habeas Corpus* n. 107.432/RS, 2011).

O Supremo Tribunal Federal, contudo, tem precedente no sentido de inaplicabilidade do prazo prescricional da reincidência aos maus antecedentes, o que na prática permite a valoração negativa por tempo indeterminado de uma pena, ou seja, pena de caráter perpétuo.

Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal, podendo o julgado, fundamentada e eventualmente, não promover qualquer incremento da pena-base em razão de condenações pretéritas, quando as consideradas desimportantes, ou demasiadamente distanciadas no tempo, e, portanto, não permitir à prevenção e repressão do crime, nos termos do comando do artigo 59, do Código Penal. (Tema 150 da Repercussão Geral, Supremo Tribunal Federal, 2020)

Relevante destacar que as penas são orientadas por diversos princípios. Rogério Sanches Cunha (2015) vai destacar dentre eles os seguintes: dignidade da pessoa humana, individualização da pena, proporcionalidade, pessoalidade e vedação ao *ne bis in idem*.

A dignidade da pessoa humana é princípio de ordem constitucional, estando positivado como fundamento da República (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal). A dignidade da pessoa humana está intrinsecamente relacionada à humanidade das penas, sendo, portanto, princípios que se complementam.

A individualização da pena, como reforça Cunha (2015), princípio também de cunho constitucional (art. 5º, XLVI, Constituição Federal), se aplica tanto no âmbito legislativo quanto na instrução e execução da pena. As penas devem manter uma relação de proporcionalidade com o delito cometido, obedecendo à estrita relação de equivalência e suficiência da repressão. A represália deve recair unicamente sob o sujeito que tenha praticado o ilícito, sendo vedada a transcendência da pena para afetar sujeitos dele desconectados. Cunha (2015) aponta ainda que as penas se orientam também pelo princípio do *ne bis in idem*, embora não tenha este previsão constitucional, estando localizado apenas no Estatuto de Roma.

Acrescente-se a relevância extrema do princípio da irretroatividade da lei penal como balizador da aplicação da sanção penal. O princípio encontra-se previsto em nível constitucional (art. 5º, XL, Constituição Federal) e veda que uma lei mais gravosa (*in pejus*) retroaja, mas determina a retroação da norma mais favorável. A irretroatividade da norma mais gravosa será analisada com mais detalhes no capítulo seguinte.

A sanção penal é gênero em que se abarcam as sanções penais formais e as materiais. O texto constitucional pátrio, conectado ao movimento global de abolição de penas desumanas,

traz rol das penas permitidas e vedadas (Oliveira, 2014), limitando a esfera de atuação do legislador infraconstitucional. Não menos importante é a atuação judicial quanto à matéria, esta que deve estar pautada também nos comandos constitucionais.

2.3.2 A sanção administrativa

Fábio Medina Osório (2000) destaca que a sanção administrativa é constituída por quatro elementos: elemento subjetivo, elemento objetivo, elemento teleológico e natureza administrativa do procedimento (elemento formal), os quais devem ser analisados antes que se adentre uma conceituação de sanção administrativa.

O elemento subjetivo da sanção administrativa, nessa perspectiva, significa, em uma análise inicial, a necessária presença da administração pública enquanto sujeito que aplica a sanção. Uma parte relevante da doutrina se vincula a essa corrente teórica, afastando qualquer sanção que não seja aplicada por autoridade administrativa do conceito de sanção administrativa.

O termo administração pública é empregado no sentido de que deve o Poder Executivo estar atuando como aplicador da sanção para que ela possa ser considerada como administrativa. Aponta Osório (2000, p. 59) que, antes de surgida a ideia de separação dos poderes, era o poder executivo que concentrava em si a função punitiva estatal. Com o avançar das ideias, houve de fato o movimento de separação das funções, restando ao poder executivo, em regra, a atuação estrita na seara da matéria administrativa. A distinção entre “sanção administrativa” e “sanção judicial” provavelmente decorre de interpretação equivocada dessa teoria da separação dos poderes.

A exigência da presença da administração pública em sua função material como aplicadora da sanção para que seja esta considerada administrativa é desarrazoada. Há situações em que a administração pública não é aplicadora da sanção, mas que ainda assim se trata de sanção de natureza administrativa. São exemplos notórios as sanções por improbidade administrativa (Lei 8.429/1992), estas que, apesar de natureza notadamente administrativas, são aplicadas pelo judiciário.

Existem matérias que a ordem jurídico-constitucional pátria reserva não só a última, mas também a primeira palavra ao poder judiciário, no que se costuma denominar cláusula de reserva de jurisdição. Destaca o Supremo Tribunal Federal:

O postulado da reserva de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita

determinação constante no próprio texto da Carta Política, somente pode emanar de juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de ‘poderes de investigação próprio das autoridades judiciais’. A cláusula constitucional de reserva de jurisdição – que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º LXI) – traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força da autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado. (MS 23.452/RJ, 1999)

A exigência de decisão judicial prévia, e não apenas posterior, reforça a centralidade do juiz togado enquanto garantidor das liberdades, impossibilitando que as atuações investigativas ou administrativas estatais afetem campos constitucionalmente tutelados; trata-se de instrumento de contenção do arbítrio em proteção à dignidade da pessoa humana.

Ainda que se tratando de sanções administrativas, quando concernente às medidas submetidas à cláusula de reserva de jurisdição, serão necessariamente conduzidas ao Poder Judiciário. A necessidade da presença obrigatória da administração pública como aplicadora da sanção para que ela seja considerada administrativa é frágil e não se mantém válida no contexto jurídico atual, haja vista o processo de constitucionalização também do Direito Administrativo Sancionador (Osório, 2000).

O segundo elemento apontando como necessário à sanção administrativa é o caráter aflitivo. A sanção deve ser apta a causar aflição ao sujeito contra quem é aplicada. A aflitividade é notoriamente comum a todos os ramos punitivos da ciência jurídica. A aflição decorre da possibilidade de restrição de algum direito, seja a restrição de liberdade (direito penal), seja a suspensão do servidor público (direito administrativo sancionador).

A finalidade da sanção é apontada como outro elemento fundamental para a conceituação de sanção administrativa. Em todos os ramos do direito estatal punitivo há também discussão acerca de qual a finalidade ou as finalidades da sanção.

Pontua Bitencourt:

(...) no decurso histórico do Direito Penal, da pena e do Estado, observam-se notórias rupturas, entre as quais se encontra a transição das concepções retributivas da pena às orientações utilitaristas (preventivas gerais e preventivas especiais), passando por teorias unificadoras, até chegar as concepções mais modernas de prevenção geral positiva. (2017, p. 142)

O excerto destaca a notável evolução das concepções de pena no âmbito do Direito Penal, deixando fundamentos retributivos para alcançar as teorias preventivas e de unificação e unificador.

Também o direito administrativo sancionador é objeto de discussão quando se trata da finalidade de suas sanções. Parte da doutrina intenta limitar as sanções administrativas ao campo do exercício do poder disciplinar (Santos *et al*, p. 14), atribuindo-lhe caráter meramente pedagógico, o que é incorreto. Fábio Osório (2000) destaca que a sanção administrativa poderá ter não apenas o caráter disciplinar, mas também repressora.

A natureza administrativa do procedimento é indicada também como elemento constitutivo da sanção administrativa. Trata-se de requisito que impõe seja aplicada a sanção mediante procedimento de natureza administrativa, o que em muito se relaciona ao elemento subjetivo que exige seja a administração pública o sujeito sancionador.

Também o poder judiciário poderá aplicar sanções administrativas, quando incumbido desse poder por lei, modo pelo qual a sanção de natureza administrativa também poderá ser aplicada no âmbito de processo judicial. O procedimento aqui exigido deve ser interpretado à luz do texto constitucional, que garante a todos os sujeitos o direito a um devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório (Osório, 2000).

O fato de poder ser aplicada por meio de um procedimento administrativo, não necessariamente judicial, retrata distinção também com a sanção penal, uma vez que está somente poderá ser aplicada mediante um processo judicial (Osório, 2000).

A sanção administrativa goza, então, de elementos caracterizadores, os quais devem ser interpretados à luz do texto constitucional e das novas conformações jurídico-políticas. Transcreve-se a conceituação de sanção administrativa trazida pelo ilustre professor Fábio Medina Osório, conceito que orienta o trabalho de pesquisa aqui desenvolvido.

Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, a um administrado, agente público, indivíduo ou pessoa jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal ou material do Direito Administrativo. (Osório, 2000, p. 80)

O autor destaca que o alcance da sanção administrativa não está limitado aos sujeitos privados, estendendo-se também aos agentes públicos e às pessoas jurídicas, o que reforça o caráter funcional e preventivo dentro da estrutura do poder público. A noção apresentada confirma que, embora distinta da sanção penal, a sanção administrativa também representa

manifestação do *ius puniendi* estatal, não se podendo afastar das limitações constitucionais ao exercício desse poder.

Com as devidas vêniás, aponta-se que o conceito deve ser lido ampliativamente para contemplar também a figura da sanção administrativa aplicada pelo Poder Judiciário em sua função típica, a exemplo do caso da Lei de Improbidade Administrativa.

2.3.3 Divergências e Semelhanças

Superada a análise individualizada da sanção penal e da sanção administrativa, torna-se imprescindível examinar os pontos de conexão e de distinção entre ambas, a fim de fundamentar a discussão sobre a aplicabilidade dos princípios penais ao direito administrativo sancionador.

Há doutrina que defende, conforme observa Osório (2000), que somente a Administração Pública — no sentido restrito de Poder Executivo — poderia atuar como aplicadora da sanção administrativa. Tal entendimento, todavia, deve ser afastado. A ordem constitucional brasileira reserva ao Poder Judiciário, em determinadas hipóteses, a competência para aplicar sanções administrativas, especialmente quando envolvem restrições de direitos fundamentais. Assim, há sanções administrativas cuja imposição está submetida ao crivo de um juiz togado, demonstrando que o poder sancionador estatal não se limita ao Executivo. Diferentemente da sanção administrativa, contudo, a pena criminal não pode ser aplicada por outro poder senão o Judiciário, a quem compete, com exclusividade, a jurisdição penal.

De modo geral, a sanção penal tem potencial de causar danos mais intensos à esfera jurídica do sancionado, dada a possibilidade de restrição à liberdade ou à própria dignidade do indivíduo. Entretanto, a sanção administrativa não se apresenta como instrumento de menor gravidade. Em inúmeros casos, medidas como a cassação de licenças, demissões, interdições de atividade ou multas elevadas podem produzir efeitos mais severos que algumas penas criminais.

O reconhecimento dessa equivalência material entre os dois regimes sancionatórios encontra respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No Tema 703 da Repercussão Geral (RE 761.201/DF), o STF reconheceu a constitucionalidade da prisão disciplinar militar, admitindo a possibilidade excepcional de sanção administrativa que resulte em privação de liberdade. Esse precedente reforça a compreensão de que a diferença entre as esferas penal e administrativa é mais formal do que substancial, já que ambas integram o poder punitivo do Estado.

A gravidade, portanto, não constitui critério absoluto para distinguir as sanções penais das administrativas. O direito administrativo sancionador pode, em certos contextos, atingir a mesma intensidade coercitiva que a sanção penal, especialmente quando se trata de servidores públicos, militares ou concessionários de serviços públicos.

Em ambos os âmbitos do poder punitivo estatal, há um ponto de convergência: o debate sobre a finalidade da sanção. No direito penal, tradicionalmente se reconhecem as funções retributiva, preventiva e pedagógica da pena. No direito administrativo sancionador, a doutrina clássica atribui funções disciplinares e repressoras. Todavia, a distinção é meramente terminológica, pois, sob o ponto de vista material, ambas as sanções visam à preservação da ordem jurídica e à proteção de bens jurídicos relevantes.

A Constituição Federal, ao vedar a aplicação de penas contrárias ao princípio da humanidade das penas, estabelece limites que se estendem também às sanções administrativas. Essa correspondência foi reconhecida implicitamente pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADI 2.975 (2020), na qual o Ministro Gilmar Mendes afirmou a impossibilidade de sanção administrativa com caráter perpétuo. Em seu voto, o relator destacou:

“É importante destacar que a norma constitucional se encontra estabelecida enquanto garantia à aplicação de sanções penais. Não obstante, a doutrina destaca a extensão dessa e das demais garantias da pena às sanções administrativas, reconhecendo o vínculo entre essas duas esferas do poder sancionatório estatal.” (ADI 2.975, p. 6)

Dessa forma, tanto as sanções penais quanto as administrativas devem respeitar o rol constitucional de proibições e limitações, sob pena de inconstitucionalidade.

Ressalta-se, ainda, que doutrina e jurisprudência já consolidaram a plena aplicabilidade, no âmbito do direito administrativo sancionador, dos princípios da legalidade estrita, da razoabilidade, da proporcionalidade e do devido processo legal. O debate mais recente, entretanto, concentra-se na extensão de outros princípios tidos como eminentemente penais, como a retroatividade benéfica, a presunção de inocência e a intranscendência das sanções, ao regime administrativo (Osório, 2000).

Nessa perspectiva, não há distinção ontológica entre a sanção penal e a administrativa. O legislador, em razão de sua liberdade de conformação normativa, pode atribuir determinada conduta a qualquer das esferas do poder punitivo estatal, definindo regimes jurídicos distintos para sua aplicação. Assim, ainda que as esferas compartilhem princípios e institutos, a diversidade de regimes conduz à conclusão de que o *ius puniendi* estatal não é uniforme, como assinala Osório (2000):

“De outro lado, a inexistência de distinções ontológicas ou substanciais entre os ilícitos penal e administrativo, tese que fundamenta a suposta unidade de pretensão punitiva do Estado, ainda que resultasse plenamente comprovada no plano metajurídico, não inibe a liberdade de configuração normativa do Legislador em relação a esses ilícitos, como tem sido o entendimento dominante, dentro de amplas margens de manobra, com diferenças (o que significa, em última análise, ausência de identidade normativa substancial).” (Osório, 2000, p. 115)

Em suma, ainda que o direito penal e o direito administrativo sancionador se distingam quanto ao regime jurídico e à autoridade competente para impor sanções, ambos se originam do mesmo poder punitivo do Estado e buscam preservar valores fundamentais da convivência social.

3 O PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA

3.1 Aplicação ao Direito Penal

O princípio da retroatividade da norma mais benéfica é pacificamente aceito pela doutrina e jurisprudência no âmbito do direito penal, figurando enquanto garantia constitucional. Em se tratando, porém, do direito administrativo sancionador, há divergências notáveis acerca de sua aplicabilidade (Osório, 2000).

Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2017), a lei que for mais favorável ao réu sempre irá retroagir, tendo em vista o comando constitucional do art. 5º, XL, da Constituição Federal. Como regra, as normas não têm nenhuma retroatividade, aplicando-se o princípio do *tempus regit actum*. Como regra, a lei penal não retroagirá, salvo se em benefício do réu (Cunha, 2020).

3.2 Aplicação ao Direito Administrativo Sancionador

Quando se trata do direito administrativo sancionador, há divergência entre a doutrina e a própria jurisprudência acerca da aplicabilidade ou não do princípio da retroatividade da norma mais benéfica, existindo dissenso, inclusive, acerca de qual seria o modo de aplicação desse princípio às normas administrativas sancionadoras (Silva; Lobo, 2024).

Existem diferentes posicionamentos acerca dessa questão, os quais se podem resumir em três correntes: há quem defenda a aplicabilidade total do princípio da retroatividade da norma mais benéfica ao Direito Administrativo Sancionador, há quem defenda a não aplicabilidade e, ainda, há o posicionamento intermediário encabeçado por Fábio Medina Osório, segundo o qual se trata de opção de o legislador fixar ou não a aplicabilidade do princípio a determinado instituto (Dezan; Aguiar Parente, 2023).

A doutrina que defende a aplicabilidade total da retroatividade da norma mais benéfica ao DAS parte da noção de unidade do poder punitivo estatal, da construção argumentativa de que não há distinção ontológica entre a sanção penal e a sanção administrativa (Gonçalves; Grilo, 2021, p. 7)

Dezan e Parente (2023) apontam que esses doutrinadores se utilizam de alguns argumentos para justificar a necessidade de aplicação total do princípio da retroatividade da norma mais benéfica ao direito administrativo sancionador, quais sejam: o princípio da igualdade, ser a lei nova mais próxima do real sentimento social e a lógica de que se a lei penal deve retroagir todos os demais ramos, que seriam menos gravosos, devem seguir a mesma regra.

Os mencionados autores argumentam que a questão do princípio da igualdade não pode por si só fundamentar a necessidade de aplicação do princípio da retroatividade às normas de direito administrativo sancionador, isso pelo seguinte fato:

Discorda-se desse posicionamento, pois em se tratando de sucessão de normas no tempo, sempre um marco temporal terá que ser utilizado para delimitar o fim da vigência de uma norma e o início da outra, impondo assim regras diferentes para pessoas em mesma situação. (p. 143)

A doutrina que pugna pela impossibilidade de aplicação do princípio da retroatividade da norma mais favorável tende a voltar à lógica de uma interpretação restritiva do texto constitucional e à defesa de uma incompatibilidade nessa transferência (Dezan; Parente, 2023).

Os defensores dessa segunda corrente pecam por se utilizarem de uma hermenêutica extremamente restritiva. A Constituição Federal, ao estabelecer o princípio da retroatividade mais benéfica, fez expressa menção somente ao direito penal. Segundo Peter Häberle (2014), a interpretação da Constituição é um processo coletivamente realizado e deve refletir o cotejo entre norma constitucional e sociedade. As normas de direito administrativo sancionador têm potencial tão lesivo quanto as normas de direito penal, não existindo motivo que impossibilite, então, uma interpretação extensiva da previsão exposta no art. 5, XL, da Constituição Federal.

Há notório precedente do Supremo Tribunal Federal em que foi aplicada, acertadamente a interpretação extensiva. A noção acerca do conceito de “casa” foi vastamente ampliada pela jurisprudência, assumindo novos contornos.

O Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito à proteção da “casa”, dispõe como objeto de garantia descrita no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988, fixou o seguinte entendimento ao julgar o Recurso de Habeas Corpus 90.376/RJ:Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, IX, da Constituição da República, o conceito normativo de “casa” revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4.º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel [...]. (Brasil, 2007). Assim, da referida jurisprudência do STF entende-se como “casa”: (a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado onde alguém se exerce profissão ou atividade. (Milani *et al.*, 2024, p. 06)

Não prospera o argumento de que a retroatividade benéfica não se aplica ao direito administrativo sancionador pelo fato de ter a Constituição se limitado à expressão “norma penal”; nada impede o intérprete do entendimento de que o legislador constituinte disse menos do que queria.

Não se admite também o argumento de impossibilidade de transferência do instituto do direito penal para o Direito Administrativo. A existência de diferenças estruturais entre o direito penal e o direito administrativo sancionador não impede que sejam feitas adaptações para a aplicabilidade do princípio da retroatividade benéfica a esse outro ramo jurídico.

Fábio Medina Osório (2000) segue um caminho distinto. O autor aponta que, no direito espanhol, a previsão da retroatividade das normas sancionadoras mais benéficas é expressa em lei, enquanto no Brasil inexiste tal disposição – o que implica acalorados e frequentes embates doutrinários e jurisprudenciais. Para o autor a questão reside na autonomia legislativa; ou seja, seria incumbência do legislador definir a quais institutos administrativos sancionatórios se aplicaria ou não o mencionado princípio (Osório, 2000, p. 277). O autor parte da sua noção já firmada de que não há distinção ontológica entre a sanção penal e a sanção administrativa, resumindo-se tudo à questão de opção legislativa.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, localizam-se diferentes posicionamentos quanto à retroatividade da norma mais benéfica no âmbito do Direito Administrativo Sancionador (Dezan; Aguiar Parente, 2023), sintoma das discussões efervescentes na doutrina.

Até o momento não foi pacificado um entendimento em sede do Superior Tribunal de Justiça, mesmo após a decisão do Supremo Tribunal Federal no Tema 1.119 (Fortini; Zardo 2024). Destaque-se que essa permanente divergência está relacionada aos diversos posicionamento jurisprudências e a própria omissão legislativa.

3.2.1 Aplicabilidade ao Direito Administrativo Sancionador na Espanha

No direito espanhol, é pacífico o entendimento de que a retroatividade da norma mais benéfica também se aplica ao direito administrativo sancionador. Na Espanha há uma legislação específica para o detalhamento dos 'princípios e contornos gerais aplicáveis à *potestad sancionadora*:

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LAP) es la ley estatal que consagra las normas generales más importantes sobre el régimen de las administraciones públicas en España. Su Título IX se dedica a la "Potestad sancionadora". Tiene dos capítulos: el capítulo I se llama "Principios de la potestad sancionadora" (arts. 127 a 133) y se ocupa de los aspectos materiales; el capítulo II se llama "Principios del PAS" (arts. 134 a 138) y se ocupa de los aspectos formales o procedimentales. Esta regulación es sólo de principios, se abordan sucintamente los aspectos generales más destacables. No hay por el contrario reglas generales sobre sanciones, responsables, agravantes, atenuantes, entre otras, ni menos aún, tipificación

de infracciones y sanciones. Sólo se ofrece un marco muy general sobre las infracciones y sanciones. (Rebollo-Puig et al., 2005, p. 29)

A referência à Ley 30/1992 demonstra que o direito positivado da Espanha estruturou a potestade sancionadora sob um modelo principiológico, em que o legislador opta por delimitar apenas bases gerais, deixando a disciplina pormenorizada das infrações e sanções para normas setoriais.

A Constituição da Espanha prevê a vedação da retroatividade maléfica para toda e qualquer norma, mas não trata da retroatividade benéfica expressamente quanto ao direito administrativo sancionador. Em terras espanholas, o entrave foi solucionado pelo legislador infraconstitucional.

El artículo 25.1 CE prohíbe la retroactividad de las normas penales y de las normas sancionadoras administrativas. Por tanto, no cabe castigar a nadie por una conducta que, cuando fue realizada, no constituía infracción o, si ya era infracción, castigarlo con una sanción superior a la que estaba establecida entonces. En suma, está prohibida la retroactividad in malam partem. Sin embargo, la CE no prohíbe ni impone la retroactividad de las normas sancionadoras favorables. Las leyes sí han impuesto la retroactividad in bonam partem. Así está previsto en el artículo 128 LAP: Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa. Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor. (Rebollo-Puig et al., 2005, p.37)

Osório (2000, p. 106) aponta que a jurisprudência dos Tribunais espanhóis solidificou, naquele país, a noção de unidade do sistema punitivo estatal, produzindo notórios precedentes quanto à aplicabilidade da retroatividade benéfica ao Direito Administrativo Sancionador.

“Es mayoritaria la postura que afirma que la potestad sancionadora de la Administración y la potestad penal de los Jueces y Tribunales forman parte de un *ius puniendi* único y genérico del Estado” (Huete, 2009, p. 166). A exemplo dos precedentes que revelam a predominância dessa corrente teórica no direito espanhol, pode-se citar a sentença de 17/05/1996 (RJ 1996/4480) (Osório, 2000, p. 106).

No precedente mencionado, o Supremo Tribunal espanhol, indubitavelmente, reforça a compreensão de inexistir qualquer distinção ontológica entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, o que atrai a aplicabilidade dos princípios constitucionais de modo idêntico a ambas as esferas.

«El art. 25 de la Constitución donde se reconoce implícitamente la potestad administrativa sancionadora, tiene como soporte teórico la negación de cualquier diferencia ontológica entre sanción y pena. Ahora bien, esta equiparación de la potestad sancionadora de la Administración y el «ius puniendi» del Estado tiene su antecedente inmediato, su origen y partida de nacimiento en la «doctrina legal» de la

vieja Sala Tercera del Tribunal Supremo, cuya sentencia de 9 de febrero de 1972 inició una andadura muy progresiva y anticipó lúcidamente con los materiales legislativos de la época, planeamientos y soluciones ahora consolidadas. En efecto, en esta decisión histórica, como así ha sido calificada, en este auténtico «leading case» se decía, con clara conciencia de su alcance, que «las contravenciones administrativas no pueden ser aplicadas nunca de un modo mecánico, con arreglo a la simple enunciación literal, ya que se integran en el supra-concepto del ilícito cuya unidad sustancial es compatible con la existencia de diversas manifestaciones fenoménicas, entre las cuales se encuentran tanto el ilícito administrativo como el penal». Tal razonamiento se utilizó también por la misma Sala para distintas finalidades y en relación con otras facetas de la potestad sancionadora en varias sentencias posteriores, mientras que en muchas más se da por supuesta esta premisa. (Tribunal Supremo, 1996)

Note-se, portanto, ser pacífico, na Espanha, tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudência a devida aplicação dos princípio da retroatividade benéfica ao direito administrativo sancionador, uma vez que em terras espanholas prevalece o entendimento de unicidade do sistema punitivo estatal.

3.2.2 Aplicabilidade ao Direito Administrativo Sancionador: Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos consolidou o entendimento de que as garantias previstas na Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH), especialmente as previstas nos artigos 8º e 9º, se estendem também ao campo do Direito Administrativo Sancionador, uma vez que, embora formalmente administrativo, possui natureza materialmente punitiva. Essa mencionada ampliação da interpretação reside no reconhecimento de que as sanções administrativas podem restringir direitos individuais de modo semelhante às penas criminais, estabelecendo como necessidade a observância de princípios como o da legalidade e o da retroatividade da norma mais favorável ao acusado (Rodrigues; Mérida, 2023).

O princípio da retroatividade benéfica, consagrado no artigo 9º da Convenção Americana, dispõe que “ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que foram cometidas, não constituam delito” e que “se depois do fato o delito for suprimido ou a pena reduzida, o infrator deve beneficiar-se disso” (OEA, 1969). A Corte, em diversas oportunidades, estendeu esse comando às infrações administrativas, reconhecendo que a norma posterior mais benéfica retroagir para alcançar as situações ainda não definitivamente transitadas em julgado. A orientação tem por base o caráter garantista do sistema interamericano, o qual que busca limitar o poder sancionador estatal e proteger o indivíduo das arbitrariedades porventura cometidas pelo Estado.

Um marco importante dessa construção é o caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá (CIDH, 2003), em que a Corte afirmou expressamente a aplicabilidade do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa ao direito administrativo sancionador. No caso, a Corte entendeu que a demissão de servidores públicos durante um movimento grevista configurava sanção administrativa, devendo, portanto, respeitar as garantias do art. 9º da CADH. O tribunal declarou que:

106. En relación con lo anterior, conviene analizar si el artículo 9 de la Convenciones aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroatividad desfavorable de una norma punitiva. 107. En suma, en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroatividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión. (CIDH, 2003, p. 85).

O precedente tornou-se referência vinculante para a incorporação do princípio da retroatividade benéfica na atuação administrativa dos Estados-membros; do mesmo modo, representa sinalização positiva quanto à possibilidade de que a norma constitucional nacional, que fixa a previsão da retroação apenas da norma mais benéfica, também se aplique no âmbito do direito administrativo sancionador, uma vez que o mencionado artigo da convenção (art. 9º) amplia a noção de “norma penal” para albergar “normas de sanção estatal”.

A aplicação desse entendimento implica que, quando uma norma administrativa punitiva é revogada ou substituída por outra menos grava, deve o Estado aplicar retroativamente aquela mais favorável ao administrado/acusado. Assim, a Administração Pública não pode perpetrar punições baseadas em normas mais severas quando a nova legislação demonstra maior adequação aos direitos humanos e à proporcionalidade.

A Corte Interamericana, adotando a mencionada visão, estabelece que o Direito Administrativo Sancionador não é um âmbito afastado das garantias da Convenção, mas uma extensão natural delas. O Estado, ao exercer seu poder punitivo em qualquer esfera, deve observar as mesmas garantias de justiça, legalidade e humanidade aplicáveis no processo penal.

4 PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO DA NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

4.1 A Lei de Improbidade Administrativa e suas Alterações

O Supremo Tribunal Federal enfrentou especificamente o tema da retroatividade da norma mais benéfica no âmbito do direito administrativo sancionador ao tratar da aplicação retroativa das modificações legislativas realizadas na Lei 8.429/1992 pela Lei 14.230/2021.

Na linha do que já exposto neste trabalho, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu como paradigma da administração pública o respeito à probidade, esta que se opõe à improbidade administrativa, sinônimo jurídico de corrupção e malversação administrativas (Pazzaglini, 2002).

O artigo 37º, §4º, da Constituição Federal, estabelece o expresso comando de que sejam punidos os atos de improbidade administrativa com penas de “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.” (CF, 1988). O legislador infraconstitucional editou a Lei 8.429/92 no intuito de regulação da matéria.

A “antiga” Lei de Improbidade Administrativa foi muito louvada como ferramenta jurídica de notória relevância no combate à corrupção (Lima *et al.*, 2023), especialmente em um país como o Brasil em que essa distorção criminosa de caráter dos agentes públicos tem implicações severas na forma como os serviços públicos são prestados à população em geral.

Ocorre que essa legislação, buscando a punição do agente improbo, revela em si elevado potencial sancionatório e, quando incorretamente empregada, tem o potencial de tornar a máquina pública engessada, dado o medo de punição por parte dos agentes públicos - muitas vezes probos.

É nesse sentido que insurge na doutrina o conceito de direito administrativo do medo aplicado à utilização dos mecanismos de controle de forma desordenada, incorreta, baseada em vieses ideológicos e como meio de perseguição política.

O controle da administração pública e o combate às condutas que desrespeitem os princípios e balizas constitucionais deve ser louvado e fortalecido. Mas não se pode ignorar a necessidade de adequada aplicação do sistema punitivo do Estado não apenas no âmbito do direito penal, mas também no direito administrativo sancionador.

A Lei de Improbidade Administrativa, em sua formulação anterior à alteração trazida pelo legislador em 2021, apesar dos aplausos, sofreu também importantes críticas por algumas de suas características que corroboram a disfunção dos sistemas de controle e facilitam a deturpação da atuação administrativo-sancionadora do Estado (Borborema, 2022).

Diante dos questionamentos doutrinários e mesmo jurisprudenciais, o legislador promoveu alteração da Lei de Improbidade por meio da Lei 12.430/2021, por muitos denominada de nova Lei de Improbidade Administrativa. Dentre os aspectos mais importantes, a alteração legislativa trouxe a revogação da modalidade culposa de improbidade administrativa, a taxatividade das condutas consideradas como ímporas, o aumento do prazo prescricional geral para 8 (oito) anos e a inserção da previsão do prazo prescricional intercorrente.

Face às mencionadas alterações, muitos são os questionamentos quanto à novel legislação (Carvalho, 2025). Ao Supremo Tribunal Federal, enquanto máximo guardião da Constituição Federal, incumbe a análise da constitucionalidade das alterações legislativas mencionadas e a definição dos novos contornos.

4.2 O Tema 1.199 do Supremo Tribunal Federal

Ainda em 2022, o Supremo Tribunal Federal afetou para julgamento em repercussão geral o Recurso Extraordinário 843.989 (Tema 1.199), em que se pretendia resolver o seguinte questionamento: definição de eventual (Ir)retroatividade das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) a necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) a aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente (STF, 2022).

O Supremo Tribunal Federal enfrenta a aplicabilidade ou não da retroatividade benéfica à norma de natureza eminentemente administrativo sancionadora. Prevaleceu no Supremo Tribunal Federal a noção de que as previsões da Lei de Improbidade Administrativa são irretroativas, mas será aplicado o princípio do *tempus regit actum* implicando extinção das ações em curso que imputem ao acusado ato culposo de improbidade; quanto à retroatividade dos prazos de prescrição geral e intercorrente prevaleceu a tese de que não retroage, aplicando-se a prescrição intercorrente imediatamente após o início de vigência da lei.

Há que se apontar que a Suprema Corte não vedou a aplicação do princípio da retroatividade da norma favorável no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa (norma de

direito administrativo sancionador), mas limitou à retroatividade média (Ferraz, 2023). Ou seja, a lei poderá afetar fatos anteriores, mas respeitados direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada (Marquetti; Mascarenhas, 2022).

Os aspectos mais relevantes do precedente vinculante não estão expressos na tese fixada, mas decorrem dos votos dos Ilustres Ministros do Supremo Tribunal, os quais, em suas divergências, fixaram importantes posicionamentos quanto ao direito administrativo sancionador e ao princípio constitucional da retroatividade benéfica.

De acordo com o objetivo da presente pesquisa, serão analisados brevemente os votos do Ministro Relator, Alexandre de Moraes, e do Ministro Gilmar Mendes. Aquele se posiciona em sentido contrário à retroatividade benéfica da nova lei; Gilmar Mendes, ao seu turno, reconhece a necessidade de que a nova lei retroage, uma vez que esta pertence ao Direito Administrativo Sancionador, sub-ramo do direito punitivo estatal.

4.2.1 Voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes

O Ministro Alexandre de Moraes foi o relator do caso e iniciou seu voto tecendo críticas à antiga Lei de Improbidade Administrativa e às alterações trazidas pela Lei 14.230/2021. Conforme expresso no voto, comprehende o Ministro que a Lei de Improbidade, em ambas as formulações, sustenta falhas relevantes; especialmente quanto à formulação genérica de tipos de improbidade, o que “deixou inúmeras brechas, permitindo inúmeras interpretações e alguns problemas” (Tema 1.199, p. 3).

Debatendo a questão da modalidade culposa, concorda o relator com a doutrina que classifica a antiga previsão da modalidade culposa de improbidade como instituto que não se coaduna ao texto constitucional, tendo em vista que o legislador constituinte pretende punir a conduta ímproba e não a mera ilegalidade ou incapacidade do agente público. Conforme o relator, caso toda ilegalidade devesse ser punida como improbidade, todos os mandados de segurança deveriam ser convertidos em uma ação por improbidade administrativa.

Quanto à natureza jurídica da ação de improbidade administrativa, invariavelmente, o Ministro Relator a estabelece como pertence ao âmbito civil, não poupando comentários ácidos ao novel art. 17-D, o qual estabelece:

Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de

políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. (Lei 8.429/1992)

O Ministro Moraes defende que, apesar da tentativa de distinguir a ação por improbabilidade de uma ação civil, a natureza cível da norma o texto constitucional seria claro na distinção entre a improbabilidade e o direito penal (Tema 1.199, p. 9).

Na concepção adotada, a Lei de Improbabilidade Administrativa não está imersa no campo do direito penal, sendo norma de natureza civil e, especificamente, do direito administrativo sancionador.

O Ministro Alexandre de Moraes reconhece que o DAS é também ramo ou sub-ramo do direito administrativo que expressa a atuação punitiva do Estado, na linha do que já aponta a doutrina majoritária. Contudo, ao tratar da aplicabilidade do princípio da retroatividade da norma mais benéfica, o Ministro filia-se à corrente, já mencionada, que advoga pela inaplicabilidade automática da irretroatividade benéfica ao direito administrativo sancionador, tendo em vista interpretação teleológica baseada em supostas peculiaridades do direito penal.

A norma constitucional que estabelece a retroatividade da lei penal mais benéfica funda-se em peculiaridades únicas desse ramo do direito, o qual está vinculado à liberdade do criminoso (princípio do favor libertatis), fundamento inexistente no Direito administrativo sancionador; sendo, portanto, regra de exceção, que deve ser interpretada restritivamente, prestigiando-se a regra geral da irretroatividade da lei e a preservação dos atos jurídicos perfeitos; principalmente porque no âmbito da jurisdição civil, impera o princípio tempus regit actum. (Tema 1.199, p. 33)

Trata-se de uma posição que estabelece a privação da liberdade como notória marca do direito penal, a qual não encontraria correspondente no direito administrativo sancionador. Não se pode deixar de rememorar que também o DAS tem o potencial de aplicar sanções severamente gravosas e, muitas vezes, superiores àquelas vistas no âmbito penal (Dezan; Parente, 2023).

O Ministro Alexandre de Moraes, buscando não ensejar qualquer precedente à aplicabilidade do princípio da retroatividade benéfica no direito administrativo sancionador, ensaiou construir em seu voto tese intermediária para a retroatividade, empregando o conceito de ultratividade da norma. Ou seja, para o Relator do caso, as novas alterações da lei de improbabilidade são irretroativas, mas, dada a inexistência de ultratividade da norma revogada (art. 3º do Código Penal), aos processos ainda em curso deve-se aplicar a novel legislação.

Entende-se, assim, que apesar de empregar o conceito de ultratividade, o Relator se posiciona pela aplicabilidade da retroatividade média às alterações à Lei de Improbabilidade Administrativa (Ferraz, 2023). A norma deve retroagir, respeitada a coisa julgada.

4.2.2 Voto do Ministro Gilmar Mendes

O Ministro Gilmar Mendes inicia o voto traçando críticas à forma como vinha sendo manipulada a Lei de Improbidade Administrativa para fins políticos e de perseguição.

Do dissabor de uma ação de improbidade temerária não estiveram imunes, sublinho, políticos e gestores de todo e qualquer posicionamento político-partidário. Não são necessários maiores desenvolvimentos argumentativos para imaginar que ser acusado, numa ação de improbidade administrativa, de comandar uma “indústria da multa”, como o foi, por exemplo, Fernando Haddad, causa danos político-eleitorais irreparáveis (mesmo porque o arquivamento da ação, que se deu em 2021, nunca obtém a mesma publicidade) (Tema 1.199, p. 328)

Gilmar Mendes defende, invariavelmente, a natureza sancionadora da norma e a consequente proximidade desta para o âmbito do direito penal, exigindo-se do hermeneuta o reconhecimento da devida aplicação dos princípios constitucionais protetores contra o agir punitivo do Estado.

De forma a fundamentar o entendimento, menciona o Ministro que já a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos têm se posicionado pela similitude entre o DAS e o Direito Penal, o que acarreta o compartilhamento dos princípios protetivos.

Nessa linha, o Ministro votou pela aplicação total do princípio da retroatividade da norma benéfica quanto à alteração legislativa que exige a comprovação do dolo nas condutas ímporas.

Quanto aos prazos de prescrição geral e intercorrente, o Ilustre Julgador pontuou que, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a prescrição geral seria norma de direito material e, por consequência, ser-lhe-iam aplicáveis os princípios do direito intertemporal; ou seja, também a prescrição geral é retroativa, quando mais benéfica. Tratando da prescrição intercorrente, o Ministro pontua que se trata de norma de natureza processual, o que afastaria a incidência da norma mais benéfica. Contudo, o Ministro estabelece ressalva aos efeitos já exauridos da sentença transitada em julgado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como exposto durante a pesquisa, há ainda divergência doutrinária quanto à unicidade ou não do sistema punitivo estatal. Há correntes diversas em que se aponta ora a natureza comum do direito penal e do direito administrativo sancionador, ora a total distinção entre os ramos, ora a similitude.

Do plano legislativo, tem-se que as sanções penais e as sanções administrativas estão sujeitas à idêntica principiologia no que concerne à humanidade das penas; para além disso, a gravidade das sanções possíveis de serem impostas gera conflitos quando se pensa a unicidade do sistema. Parte da doutrina, e mesmo dos membros do Supremo Tribunal Federal, posicionam-se pela inaplicabilidade da retroatividade benéfica ao direito administrativo sancionador, sob o fundamento de que a razão de ser de tal princípio é o "favor libertatis", este que seria exclusivo do direito penal. Mas a pesquisa revelou que, não raras vezes, a punição administrativa pode superar, pelo critério da gravidade, o direito penal. Assim, conclui-se que o único elemento de distinção entre o direito penal e o direito administrativo sancionador é a opção legislativa, a autonomia de configuração normativa (Osório, 200, p. 115).

Cabe ao legislador positivo a incumbência de discernir a quais situações de sanção administrativa se aplicará a retroatividade mais benéfica, tendo-se como ponto de partida a autonomia legislativa. Nesse sentido, não havendo previsão expressa quanto à retroatividade benéfica na nova Lei de Improbidade Administrativa a conclusão assumida é de que não se poderá aplicar, tendo a nova legislação como ponto de partida exclusivo, o princípio da retroatividade da norma mais benéfica aos casos anteriores à legislação.

Adentrando o Tema 1.199, tem-se que também a Suprema Corte não se faz livre da controvérsia, pois, da análise colhida dos votos dos 11 (onze) Ministros, identificou-se posições as mais diversas possíveis. Prevaleceu majoritariamente a natureza civil da Lei de Improbidade Administrativa e, por consequência, a noção de irretroatividade acompanhada do princípio do *tempus regit actum*. A tese firmada parte do pressuposto de que o legislador não positivou expressamente na nova lei a aplicabilidade retroativa das normas mais benéficas, o que afastaria a possibilidade de retroação, na linha do que defendido por Fábio Medina Osório (2000).

Para o Supremo Tribunal Federal a nova lei não retroage sob a coisa julgada, em respeito à cláusula constitucional de segurança. Apesar disso, firmou-se a tese de que as novas disposições se aplicam aos processos em que inexiste o trajeto em julgado, sob o fundamento de que a lei anterior não é dotada de ultratividade, nos termos do Ministro Relator, ou no sentido

de que deverá prevalecer o princípio do *tempus regit actum*, como preferiram os demais Ministros.

De uma análise crítica e atenta ao voto de cada um dos Ministros, conclui-se que os membros da Suprema Corte, por unanimidade, compreendem a proximidade entre o direito administrativo sancionador e o direito penal. Divergem os Ministros quanto à aplicabilidade dos princípios do direito penal ao DAS. Restou como tese positivada a irretroatividade da Lei de Improbidade Administrativa, mas, em verdade, foi estabelecida uma retroatividade média à novel legislação, afetando-se apenas os processos em curso, tanto para a exigência de dolo quanto para os novos prazos de prescrição geral e intercorrente.

O Voto do Ministro Relator, Alexandre de Moraes, coloca-se em posição negativa à abertura de qualquer paradigma de aplicabilidade da retroatividade mais benéfica no âmbito do Direito Administrativo Sancionador. Conclui-se a mencionada interpretação do fato de que o Ministro trouxe à baila o conceito de ultratividade com o objetivo de afastar o emprego do termo “retroatividade”, ainda que média. Moraes votou pela retroatividade benéfica com respeito a coisa julgada, mas o argumento empregado foi de que a nova lei deve-se aplicar aos casos em que não há trânsito em julgado devido ao fato de que os artigos alterados não teriam ultratividade. Não parece adequada a utilização do conceito de ultratividade da norma, bastando ao Relator que se utilizasse do princípio do *tempus regit actum*, como fizeram os seus pares.

Em uma perspectiva totalmente divergente do Ministro Relator, o Gilmar Mendes defende a aplicabilidade total do princípio da retroatividade benéfica à Lei de Improbidade Administrativa, reconhecendo à norma o caráter sancionatório. Conectado às disposições de normativos internacionais, o voto do Ministro revela vasta gama de dispositivos legais, em âmbito de direito internacional, reconhecendo a aplicabilidade da retroatividade benéfica ao direito administrativo sancionador. Trata-se, portanto, de votos distintos dos Ministros da Suprema Corte, optando cada qual por teses opostas entre si.

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos foi incorporada ao direito brasileiro em 1992, adentrando o ordenamento na posição de norma suprallegal, ou seja, abaixo da constituição e acima das leis. O diploma, inclusive, pode ser utilizado como paradigma de controle de convencionalidade das normas jurídicas nacionais.

A incorporação do diploma desafia a interpretação restritiva do art. 5, inciso XL, uma vez que o poder normativo da Convenção Interamericana tensiona o posicionamento judicial no sentido de que a interpretação mais adequada do dispositivo constitucional deve ser ampliativa, albergando também as infrações administrativas.

Surge a necessidade de novas pesquisas que busquem compreender se a inclusão desse diploma como norma supralegal promoveu a mutação constitucional do art. 5º, XL, da Constituição Federal para ampliar a noção de "Lei Penal" nele exposta, alcançando também o Direito Administrativo Sancionador.

Conclui-se que não há distinção ontológica entre a sanção penal e a sanção administrativa, ambas representam o poder punitivo estatal e têm elevado teor afitivo aos sujeitos; a alocação de determinada conduta como sendo punida em âmbito administrativo sancionador ou em âmbito penal se resume à mera escolha político-legislativa.

Em âmbito internacional, países como a Espanha já positivaram a aplicabilidade do princípio para além das normas estritamente penais, albergando também a atuação sancionadora da administração; tais normativos estão de acordo com os mais recentes diplomas internacionais, como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a qual prevê expressamente a aplicabilidade do princípio debatido ao direito administrativo sancionador.

O Supremo Tribunal firmou tese no sentido de irretroatividade das disposições mais benéficas da nova Lei de Improbidade Administrativa, aplicando-se imediatamente aos processos sem trânsito em julgado; contudo, analisando-se minuciosamente o teor dos votos dos Ministros, nota-se ter firmado o Supremo a tese de aplicabilidade média da retroatividade benéfica, visto que a norma retroagirá para beneficiar os réus contra quem ainda não haja coisa julgada constituída.

O Tema 1.199 da Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal representa precedente nacional favorável à retroatividade média em âmbito de direito administrativo sancionador e, especificamente, à Lei de Improbidade Administrativa.

Finaliza-se apontando a necessidade de que sejam desenvolvidas novas pesquisas no intuito de que seja avaliada a convencionalidade do decisão do Supremo Tribunal Federal diante do art. 9º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, bem como a possibilidade de mutação do art. 5, inciso XL, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cleverson Cloreni; BOLDORI, Marcelo José. **A nova Lei de Improbidade Administrativa e sua aplicabilidade aos agentes públicos**. *Acad. Dir.*, v. 6, p. 2875-2889, 2024. ISSN: 2763-6976.

ALMEIDA, Rafael de Almeida. O direito administrativo sancionador no Brasil e a constitucionalização do processo administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 267, p. 87-105, 2017.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O princípio da interdependência das instâncias punitivas e seus reflexos no Direito Administrativo Sancionador. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 23, n. 131, p. 629-653, out. 2021/jan. 2022.

ARÊDES, Sirlene Nunes. *Ne bis in idem*: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 52, 2018. DOI: 10.17808/des.52.818.

BASTOS, Fabrício Rocha. A interface entre a seara penal e a improbidade administrativa. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 82, p. 123-145, out./dez. 2021.

BINENBOJM, Gustavo. O Direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal: possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro (edição especial): Administração Pública risco e segurança, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 1. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 28. São Paulo: Editora Saraiva Jur, 2022.

BORBOREMA, Bruno. O direito administrativo do medo na prática judicial: resultados das ações de improbidade administrativa julgadas pelo TJDF entre 2015 e 2020. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 12, 2022. DOI: 10.5102/rbpp.v12i1.7666.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 11 jan. 2002.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mar. 2025.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União: seção 1, Rio de Janeiro, p. 23941, 13 out. 1941.

BRASIL. **Lei nº 8.112**, de 11 de dezembro de 1990. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 24177, 12 dez. 1990.

BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 20 mar. 2025.

BRASIL. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784/compilado.htm. Acesso em: 20 mar. 2025.

BRASIL. **Lei nº 14.133**, de 1º de abril de 2021. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L14133.htm. Acesso em: 20 mar. 2025.

BRASIL. **Lei de 15 de outubro de 1827**. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-15-10-1827.htm. Acesso em: 20 mar. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 107.432/RS**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 26 abr. 2011. DJe 13 maio 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 851.108/SP** (Tema 150 RG). Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 26 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 843.989** (Tema 1.199). Julgado em 18 ago. 2022. DJe 12 dez. 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Imprevista administrativa**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO, Júnior. Volume de ações de improbidade despensa 46% com a reforma na legislação. **Consultor Jurídico**, 12 set. 2025.

CORNEAU, Astor. Compliance e o papel do direito administrativo sancionador no combate à criminalidade econômica: aspectos da Lei 14.133/2021. **Jornal Jurídico (J²)**, v. 6, n. 2, p. 49-57, 2023.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (arts. 1º ao 120). 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

DEZAN, S. L.; AGUIAR PARENTE, D. Estado constitucional de direito e coerção: a irretroatividade da lei no direito administrativo sancionador. **Revista da AGU**, v. 22, n. 01, 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FORTINI, Cristiana; HORTA, Bernardo Tinôco de. Eberhard Schmidt-Assmann e o ordenamento jurídico brasileiro [...]. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, v. 13, n. 3, p. 653-686, maio/ago. 2022.

GONÇALVES, Benedito; GRILLO, Renato César Guedes. Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador. **Revista Estudos Institucionais**, v. 7, n. 2, p. 467-478, mai./ago. 2021.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. **Revista DPU**, n. 60, nov./dez. 2014.

HUETE, Miguel Ángel Sánchez. Elementos para un análisis del sistema de infracciones de la Ley General Tributaria. **Crónica Tributaria**, n. 132, p. 165–194, 2009.

LIMA, Ludmila Lopes; OLIVEIRA, Luã Costa de; COSTA, Maine Rosa Passos. Lei de Improbidade Administrativa: impactos sociais [...]. **Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro**, v. 13, n. 1, 2023.

MEIRELES, Joelma Danniely Cavalcanti et al. Aplicabilidade da retroatividade benéfica nos ilícitos da Lei de Improbidade Administrativa. **Revista Contemporânea**, v. 3, n. 12, 2023.

MILANI, A. F. A (i)legalidade da prisão em flagrante [...]. **Contribuciones a las Ciencias Sociales**, v. 17, n. 10, e11970, 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro [...]. **Interesse Público**, v. 22, n. 120, mar./abr. 2020.

OLIVEIRA, Márcia de Freitas. **O princípio da humanidade das penas...** São Paulo: USP/FD, 2014.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa comentada**. São Paulo: Atlas, 2002.

PUNTEL, Lorenz B. **O conceito de categoria ontológica**: um novo enfoque. Kriterion, 2011.

REBOLLO-PUIG, M.. **Panorama del derecho administrativo sancionador en España**. Estudios Socio-Jurídicos, v. 7, n. 1, p. 23-74, 2005.

RODRIGUES, Fernando Martins; MÉRIDA, Carolina. Controle de Convencionalidade da Nova Lei de Improbidade Administrativa [...]. **Revista de Direito do CICURV**, 2023.

SANTOS, Fanuel Souza dos; JOSEPH, Felipe dos Santos; ARRUDA, Rejane Alves de. A constitucionalização do direito administrativo sancionador. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, v. 26, n. 54, p. 8-30, mar./jun. 2022.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho penal**. 2. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: RT, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari; KANAYAMA, Ricardo Alberto. Natureza da improbidade administrativa [...]. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 69, n. 2, p. 111-130, mai./ago. 2024.

TRIBUNAL SUPREMO (Espanha). **Sentencia de 17 de mayo de 1996**. Disponível em: <https://vlex.es/vid/53996196>. Acesso em: 8 nov. 2025.

VIEIRA, Ruan Kennedy et al. Aplicabilidade da retroatividade benéfica [...]. **Revista Contemporânea**, v. 3, n. 12, p. 32260–32285, 2023.