

E se o Direito Processual Penal importar técnicas processuais de uma improbidade administrativa mais garantista? Primeiros estudos sobre a comunicação de técnicas processuais da Lei nº.14.230/21 para ações penais sancionatórias regidas pelo CPP

What if criminal procedural law was to import procedural techniques from a more guaranteeing law of administrative improbity? First studies on the communication of procedural techniques by the law nº.14.230/21 transported to sanctioning criminal actions of Criminal Procedure Code

Pedro Pessoa Temer*

Resumo: O artigo avalia a possibilidade de transporte de técnicas processuais garantistas trazidas pela lei nº. 14.230/21 – nas muitas modificações feitas à lei nº. 8.429/92 – para o CPP, mais especificamente em ações processuais penais sancionatórias, em razão da semelhança punitivista de tais regimes normativos (sancionatório administrativo e sancionatório penal).

Palavras-chave: Improbidade Administrativa; Lei nº. 14.230/21; Direito sancionador; Criminologia crítica; Direito Processual Penal.

Abstract: This article evaluates the transporting possibility of guaranteeing procedural techniques brought by law number 14.230/21 – only in the many amendments made in the law number 8.429/92 – for the Criminal Procedure Code, more specifically to sanctioning criminal procedural actions, due to the punitive similarity of such normative regimes (administrative sanctioning and criminal sanctioning).

Keywords: administrative improbity, Law 14,230/21, sanctioning law, critical criminology, criminal procedural law.

Recebido em: 02/04/2023
Aprovado em: 19/06/2023

Como citar este artigo:
TEMER, Pedro Pessoa. E se o Direito Processual Penal importar técnicas processuais de uma improbidade administrativa mais garantista? Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal, Brasília, vol. 5, n. 1, 2023, p. 31- 49.

* Mestrando pelo PPGDIR da UFES com área de concentração em Justiça, Processo e Constituição. Defensor Público Estadual da Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo.

Introdução: Visão geral da doutrina sobre as modificações trazidas pela lei nº. 14.230/21. Objeto de estudo e metodologia. Características de uma legislação punitivista/garantista feita para determinado público-alvo: há diferença entre a abordagem normativa do réu pobre (no processo penal) e do réu político rico (na improbidade administrativa)? Recorte metodológico sobre os pontos de estudo deste texto. Atuação da Defensoria Pública.

As recentes modificações promovidas pela lei nº. 14.230, de 25 de outubro de 2021, à lei nº. 8.429, de 02 de junho de 1992 (conhecida como Lei da Improbidade Administrativa) alteraram substancialmente a tutela da probidade administrativa (a ponto de parte da doutrina sustentar que há uma nova lei e não alterações à lei antiga¹) e trouxeram à baila profundas reflexões de doutrinadores sobre o direito sancionador de uma maneira geral.

A disputa de narrativas pode ser assim dividida: parte dos estudiosos da matéria defende que as inovações trouxeram benefícios à aplicação do comando constitucional previsto no art. 37, §4º, enquanto outra parcela da doutrina critica de forma veemente as mudanças, considerando um retrocesso à determinação do art. 37, §4º, da CF/88.

O primeiro grupo – que alicerça a reforma legal – sustenta que a genérica abrangência hermenêutica de infrações da legislação anterior² autorizou o ajuizamento excessivo de ações de improbidade administrativa contra gestores, prejudicando a capacidade administrativa-política de organização dos chefes do setor público, especialmente nas pequenas cidades³, em

¹ Nesse sentido é a fala de **Fábio André Guaragni na live “Princípios Constitucionais do Direito Administrativo Sancionador” (já sobre a nova lei de improbidade administrativa), realizada em 10/11/21, disponível no site <https://www.youtube.com/watch?v=bc6zRh-9ff8&t=3157s>**, aos 24:00 minutos, aproximadamente, acesso em 02/04/2023.

² Segundo defendeu o Prof. Marçal Justen Filho, “o combate à corrupção exige definição legislativa mais exata e delimitada: a indeterminação e a incerteza no tocante as infrações diminui (sic) a eficácia das repressões”. A fala foi ministrada no debate da Comissão de Constituição e Justiça do Senado, aos 02:01:00, aproximadamente, do vídeo <https://www.youtube.com/watch?v=RT0Ierc5WAc>, acesso em 02/04/2023. Alguns minutos antes, o doutrinador vê como abjeta a “multiplicação dos processos por improbidade” em razão da “ausência de descrição precisa e exata das condutas reprováveis”. Em outra conferência virtual, para a Escola Nacional da Advocacia, em 04/11/2021 (<https://www.youtube.com/watch?v=7K52QtePt7Q>, acesso em 02/04/23), o mesmo doutrinador sustentou que “essa situação foi sendo agravada nos últimos 10 anos a partir especialmente de uma jurisprudência que foi surgindo no âmbito especialmente do STJ e se difundiu para o cenário geral do Poder Judiciário brasileiro que envolveu basicamente a presunção de culpa e a exacerbação das punições. Essa situação envolvia inclusive a violação a proporcionalidade porque a improbidade acabou surgindo como uma punição muito severa para condutas irrelevantes” (aos 21 minutos). Nesse mesmo vídeo, ainda reforça que “de modo genérico, todos os estudiosos, todos os doutrinadores, todos eles reconheciam que havia uma exacerbação que violava a proporcionalidade” (aos 22 minutos e 30 segundos).

³ Nesse sentido é a posição, por exemplo, do prof. Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas no Webinar “Nova lei de improbidade administrativa”, da EMERJ, realizada em 17/11/21 disponibilizado no site <https://www.youtube.com/watch?v=UK6DnPVcgY>, acesso em 02/04/2023. Ele cita como exemplo a contratação de Organizações Sociais por prefeitos na área de saúde, que foi tido como ato de improbidade pelo Ministério Público. Foram ajuizadas várias ações contra prefeitos em razão de tais contratações. O referido professor sustenta que esse

recrudescimento do que já era conhecido como “direito administrativo do medo” (SANTOS, 2021).

Alegam que autores de ações de improbidade administrativa, em “controle externo disfuncional”⁴, deturpavam o objetivo da norma constitucional insculpida no art. 37, §4º, da CF/88 já que, por exemplo, não descreviam os ilícitos de forma a permitir que o ordenador de despesa pudesse gerir sua atuação com um mínimo de segurança⁵.

Já o segundo grupo, de forma antagônica, vê a nova legislação como um retrocesso. Segundo essa linha de doutrinadores, há um excesso de garantismo na lei nº. 14.230/21 que inviabiliza o combate à corrupção e à improbidade⁶.

Esse ajuntamento doutrinário, composto especialmente por membros do Ministério Público e Judiciário, ainda alerta para uma possível situação de impunidade dos gestores ímprobos em razão dos novos prazos e disposições processuais inseridas, o que afrontaria tratados internacionais⁷ e condenações internacionais já impostas ao Brasil em relação ao dever de investigar e punir atos de corrupção.

modelo de contratação é polêmico, mas que não poderia ser considerado improbidade em razão da previsão legal de fazê-lo (aos 53 minutos do vídeo, aproximadamente).

⁴ Sobre o controle externo disfuncional, o mesmo prof. Rodrigo Valgas dos Santos leciona que “por mais que tenhamos receio de enfrentar o medo sob a perspectiva jurídica, não há como escapar dessa realidade. Quando nos propúnhamos a perguntar o porquê de o agente público adotar estratégias de fuga da responsabilização, buscando blindar-se do processo de tomada de decisão, não nos vinha outra resposta: medo das consequências decorrentes de um controle externo disfuncional. O controle externo disfuncional – justamente por exacerbar qualquer previsão racional – só pode fomentar o medo. Nessa acepção, o medo é produto do risco não controlado ou incontrolável. Suas consequências na gestão pública são expressivas. Além de ser velho conhecido do Direito, o medo, atualmente, revela novas facetas que requerem análise jurídica do fenômeno”. (SANTOS, 2021, p. 175 da versão do e-book).

⁵ “As preocupações quanto à banalização das ações de improbidade administrativa aumentam diante do fato de que a Lei n. 8.429/92 estabeleceu a possibilidade de aplicação das mesmas sanções, com pequenas variações de intensidade, para todos os tipos de atos de improbidade, que diferem bastante entre si quanto à lesividade e reprovabilidade das condutas” (DIPP, 2019, p. 300). Já no STF, em voto do ministro Dias Toffoli no RE nº 656.558, o referido Ministro reconheceu que “é fato que a expressão ato de improbidade traz em si um sentido amplo, genérico, o que dificulta a determinação, a priori, dessa espécie de ato”. A assertiva também vem lastreada em inúmeros textos, entre os quais cita-se: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-19/banalizacao-conceito-improbidade-prejudicial-todos>; <https://www.conjur.com.br/2019-mai-20/pesquisa-mostra-sancoes-improbidade-sao-amplas>; acesso em 02/04/23. Na doutrina, com várias críticas à legislação anterior, ver toda a fala do prof. Fabio Medina Osório no Webinar “Nova lei de improbidade administrativa”, da EMERJ, realizada em 17/11/21 disponibilizado no site <https://www.youtube.com/watch?v=UKe6DnPVcgY>, acesso em 02/04/2023

⁶ Nesse sentido é a posição do Prof. Emerson Garcia durante praticamente toda sua fala no Webinar da CONAMP “Reflexões sobre a Nova Lei de Improbidade Administrativa ante a Constituição Federal”, de 22/11/21, disponibilizado no site <https://www.youtube.com/watch?v=R1redb0QmC8&t=2-036s>, acesso em 02/04/2023.

⁷ Entre os tratados, destacam-se 03 (três): Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/de-creto/d3678.htm, acesso em 02/04/2023); Convenção Interamericana contra a Corrupção (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/-decreto/2002/d4410.htm, acesso em 02/04/2023); Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm, acesso em 02/04/2023).

Apesar de já ser possível catalogar essa divisão intelectual⁸, ainda há pouca literatura sobre o tema, de maneira que boa parte da pesquisa realizada nesse artigo se baseia em palestras, seminários e conferências disponibilizadas online. A investigação também se aprofunda em textos disponibilizados em sites jurídicos e obras doutrinárias.

O que já fica evidente é uma a diferença de tratamento legislativo conferido àqueles acusados da prática de improbidade administrativa e àqueles acusados de incidirem na prática de tipos penais.

Para o grupo passível de responsabilização político-administrativa (acusados e investigados em ações de improbidade), a lei nº. 14.230/21 veio recheada de inovações, desde prazos, limitações hermenêuticas, mecanismos processuais para persecução sancionatória, etc.

É como se (ignorando que a legislação originária do Código de Processo Penal data de um arcaico 1941) o legislador tivesse acordado para o fato de que uma pessoa acusada de prática de um ilícito não penal precisa de um sistema defensivo com garantias⁹, mas, extravasando os preceitos garantistas contidos na legislação criminal, tivesse conferido mais direitos a esses réus de processo cível-administrativo que aqueles conferidos aos réus no processo penal.

Porque então a lei nº. 14.230/21 (e não uma legislação penal), em um período político conservador – especialmente nos poderes legislativo e executivo no Brasil –, trouxe elementos mais garantistas ao ordenamento jurídico brasileiro? A pergunta, na verdade, é melhor proposta na redação feita pelo Professor Hermes Zaneti Jr., quando, tratando do tema, questiona “será que

⁸ Naturalmente, não há um maniqueísmo absoluto. As posições doutrinárias oscilam subjetivamente em relação a vários pontos específicos da lei nº. 14.230/21, sendo essa divisão geral feita apenas para melhor compreensão do ponto atual de debate do tema.

⁹ A necessidade de assegurar um mínimo de garantias em um processo acusatório não penal foi analisada pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Engel v. Netherlands* (casos 5100/71 e 5101/71), ainda na década de 70 (disponível, em inglês, em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57479%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57479%22]}), acesso em 02/04/23). No pedido de cancelamento da súmula vinculante nº. 5 do STF, o Min. Edson Fachin, além desse precedente, também trouxe a análise de outras jurisprudências internacionais sobre o tema, quando menciona que “a experiência comparada tem também estendido aos procedimentos disciplinares penitenciários as garantias processuais. Assim, a Suprema Corte do Canadá (*Winters v. Legal Services* 3R.C.S. 160.) e o Tribunal Constitucional da Espanha (SSTC 128 e 169/1996 e 14/1999), reconhecem aos presos submetidos a regime disciplinar sancionatório as mesmas garantias do processo penal. De um modo geral, a jurisprudência comparada revela uma tendência – também observável no Direito brasileiro – de aproximação entre o processo administrativo disciplinar e o processo penal. Sob essa perspectiva, é digno de nota a posição do Tribunal Constitucional Espanhol que, na Sentença 74/2004, assentou haver um dever de motivar a recusa ao direito de “assistência letrada”, por parte de militar que respondia a processo disciplinar. O caso dos militares é relevante para demonstrar que não raro as sanções de cunho administrativo assumem características muito próximas das sanções penais. É por essa razão que, em *Engel v. Netherlands* (casos 5100/71 e 5101/71), a Corte Europeia de Direitos Humanos definiu três critérios pelos quais as garantias penais devem ser estendidas aos acusados administrativos: a) a qualificação dada aos fatos pelo direito interno; b) a própria natureza da infração; e c) o grau de severidade da sanção aplicável ao acusado. No caso *Howard c. Établissement de Stony Mountain* (2 C.F. 1985, 647), a Corte Federal do Canadá estabeleceu critérios semelhantes” (<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=DJ&docID=13692294&pgI=86&pgF=90>, acesso em 02/04/23)

se trata de um garantismo completo ou garantismo apenas para os requeridos?” (ZANETI JR, 2021).

Um primeiro ponto: em razão de sua restrição temática, a legislação relativa à improbidade administrativa atingirá uma classe específica de réus, quais sejam, aqueles que estão, de alguma forma, ligados ao setor público¹⁰. É impossível desvincular a *mens legis* desse grupo, sendo ela pensada para e em relação a todos que se envolvem na administração e recebimento de dinheiro público.

Entre tais acusados estão agentes políticos com forte *lobby* legislativo, que certamente buscarão se beneficiar das mudanças restritivas ao poder punitivo da lei de improbidade (como, certamente as mais discutidas, a diminuição do prazo prescricional e revogação da culpa como elemento subjetivo passível de punição¹¹). Essa mesma influência política não é verificada pelo público majoritário da justiça criminal, pessoas de baixa renda de pele parda ou preta.

A análise criminológica da evolução legislativa no âmbito penal – especialmente em relação ao pobre –, por outro lado, tem revelado um misto de punitivismo populista e midiático, direito penal de exceção, além do horror medieval do sistema prisional, conforme declarado na ADPF nº. 347/DF, em que houve o reconhecimento de um “Estado de Coisas Inconstitucional do Sistema Prisional Brasileiro”¹².

Não seria ingenuidade supor, assim, que essa legislação sancionado-administrativa-política fora feita (politicamente) em causa própria, o que não afasta a necessidade de uma análise criminológica-garantista das inovações, que – ao menos em relação as técnicas processuais não inconstitucionais, objeto dessa pesquisa – podem representar um “tiro que saiu pela culatra” dos pseudo-garantistas e passar a funcionar como elementos benéficos também aos vulneráveis no

¹⁰ De acordo com pesquisa realizada pelo CNJ em 2015, apesar da pequena amostragem até então analisada, mais de 60% dos réus em ações de improbidade administrativa eram servidores públicos (incluídos aqui os agentes políticos), enquanto aproximadamente 40% não detinham tal vínculo com a administração. Disponível na biblioteca digital do CNJ em <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/320>, acesso 01/04/2023.

¹¹ Em razão da necessidade de um recorte metodológico, a presente pesquisa não abordará os temas da retroatividade prescricional ou da mudança de paradigma em relação ao elemento subjetivo da culpa na nova lei de improbidade. O foco da pesquisa será as inovações em relação as técnicas processuais.

¹² O mesmo movimento é visto, por reflexo, em âmbito processual penal, como ocorreu no pacote anticrime (lei nº. 13.964/19), com a ressalva das medidas cautelares diversas da prisão (trazidas, em grande parte, pela lei nº. 12.403/11). É impossível abordar toda a problemática trazida pela criminologia crítica sobre o sistema de justiça criminal brasileiro de forma sucinta. Os pilares para iniciar os estudos sobre o tema estão nas obras de SANTOS, 1979 e BARATTA, 1999, que visitam a necessidade de uma releitura de instituições e procedimentos punitivos penais em âmbito nacional. Já para uma visão crítica do sistema criminal em âmbito internacional, imprescindível a leitura de ZAFFARONI, 2001 e WACQUANT, 2007, textos que abordam a cruel seletividade penal e a escolha de bens jurídicos como instrumento do poder punitivo do Estado.

processo penal, especialmente na atuação do órgão vocacionado para proteção de tais hipossuficientes, a Defensoria Pública.

1. A aproximação e os influxos recíprocos entre direito sancionador administrativo com natureza pessoal e direito sancionador penal. A “administrativização do direito penal” e o movimento inverso. O direito administrativo sancionador pode ser mais garantista que o direito penal?

A doutrina faz a distinção entre dois tipos principais de ações essencialmente “processuais penais”: as sancionadoras e as não sancionadoras. Entre as ações não sancionadoras estão os *Habeas Corpus*, as revisões criminais, as ações cautelares próprias, etc. As ações punitivas são as que buscam a condenação do réu, como as queixas crimes e ações penais públicas.

Tal separação também ocorre em relação processos judiciais relacionados com o direito administrativo. Um mandado de segurança contra um ato administrativo, apesar de ser um processo que lida com direito administrativo, não tem caráter sancionador. Já um processo administrativo disciplinar é permeado por normas punitivas de natureza eminentemente pessoal. Mas qual é o grau de aproximação ou semelhança entre direito penal e direito administrativo sancionador que incide diretamente sobre a pessoa¹³?

Alice Voronoff sustenta que “as bases de justificação do exercício do poder em cada uma de suas expressões – penal e administrativa – são distintas” (VORONOFF, 2018, p. 119)¹⁴. De

¹³ Celso Antônio Bandeira de Mello vai além quando aproxima as sanções penais e administrativa. Segundo tal doutrina “reconhece-se a natureza administrativa de uma infração pela natureza da sanção que lhe corresponde, e se reconhece a natureza da sanção pela autoridade competente para impô-la. Não há, pois, cogitar de qualquer distinção substancial entre infrações e sanções administrativas e infrações e sanções penais. O que as aparta é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção, conforme correto e claríssimo ensinamento, que boamente sufragamos, de Heraldo Garcia Vitta (MELLO, 2015, p. 871).

¹⁴ Anteriormente, no mesmo capítulo, explicou que “é fato que o caráter sancionatório permite aproximações com o direito penal; mas desde que isso auxilie na elaboração de um fundamental próprio para o direito administrativo. A contribuição deve ser para integrar. E poderá sê-lo em graus distintos, de acordo como o ramo do direito administrativo sancionador a ser considerado. Nas infrações disciplinares, por exemplo, em que há referências mais evidentes a componentes ético-morais, - como sói acontecer no campo penal-, essa integração pode justificar-se de modo mais intenso. De qualquer forma, não para deslocar ou desnaturar o regime jurídico-administrativo, mas como inspiração para defini-lo. Em outras palavras, a sanção administrativa se justifica, prioritariamente, como ferramenta a serviço de finalidades públicas cometidas à Administração, que, em seu *modus operandi*, deve produzir incentivos adequados à conformação da conduta dos particulares em vista desses interesses, sob os menores custos. Trata-se de um instrumento que opera no marco do Estado Democrático de Direito e que, por isso, deve respeito aos princípios e valores dele extraídos e inscritos na Constituição. Tem uma dimensão moral inafastável. (...) De um lado, alude-se ao necessário respeito aos princípios e garantias dos particulares que orientam o exercício do poder punitivo pela Administração, tanto sob a ótica procedimental quanto de contenção do arbítrio. Não há dúvida de que a cláusula do devido processo legal, e.g., em suas dimensões formal e material, deva servir de barreira a resultados excessivos e

fato, não há dúvidas que “o direito administrativo sancionador não é igual ao direito penal (...), ambos são direitos punitivos sancionadores, mas com graus diferentes”¹⁵. Mas, se há um diálogo entre (as fontes de) direitos sancionadores, como ele deve se dar?

Parte da doutrina, reverberando os efeitos nefastos de uma expansão criminal (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 27) através da “administrativização do direito penal”¹⁶, vê um inegável movimento de recrudescimento sancionatório e de incorporação do *modus operandi* da legislação penal (tipificação, metodologia de sancionamento etc.) no direito administrativo sancionador, como sói ocorrer na lei de improbidade administrativa¹⁷ e até no próprio direito tributário. O STJ já apreciou alguns casos sobre aplicação de normas próprias do direito penal no direito

injustos, que poderiam ser defendidos de uma perspectiva estritamente econômica (baseada, como se viu, nas teorias dissuasórias ótima e absoluta). De outro lado, a ideia é da moralidade como princípio estruturante da ação administrativa, consagrado no caput do art. 37 da Constituição com uma acepção própria. Refere-se à gestão republicana dos interesses cometidos ao administrador público; às noções de probidade, transparência, responsabilidade e boa-fé objetiva. O sentido é de zelo e compromisso no trato da coisa pública perante os administrados. Seja como for, em ambas as vertentes, o fundamento para essa impregnação axiológica repousa na cláusula do Estado Democrático de Direito, expressada pela normatividade constitucional, e não primariamente em teorias retributivas.” Ao final, conclui que há “um fino equilíbrio a ser alcançado quanto ao direito administrativo sancionador, o que não implica reconhecer, ainda que eventualmente, sua submissão automática a lógicas e construções próprias do direito penal. O direito penal é útil e contribui para o esforço de construção de um regime direito administrativo sancionador. Mas as bases de justificação do exercício do poder em cada uma de suas expressões – penal e administrativa – são distintas. E disso não se pode descurar”

¹⁵ O Prof. Hermes Zaneti Jr. sustenta com razão essa conclusão na *live* “MP Debate - Nova Lei de Improbidade Administrativa - Parte 3 - Questões Institucionais”, realizada em 23/11/21, aos 01:58:00 aproximadamente, disponível no site <https://www.youtube.com/watch?v=qPgN2l291Vw>, acesso em 01/04/23.

¹⁶ A expressão não possui significado único. Para melhor compreensão dela, recomenda-se a leitura de “*Direito penal e direito administrativo sancionador: quando a aproximação se torna temerosa*”, de Marion Bach, em que ele explica o fenômeno e cita o célebre “Direito Penal Administrativo” de Goldschmidt, além de rica doutrina sobre o tema (disponível em <https://www.marionbach.com.br/wp-content/uploads/2018/08/direito-penal-e-direito-administrativo-sancionador-quando-a-aproximacao-se-torna-temerosa.pdf>, acesso em 01/04/23). Parece que a ausência de autoexecutoriedade das sanções – princípio clássico do direito administrativo – da improbidade administrativa, por exemplo (tornando imprescindível a participação do Poder Judiciário, como se dá no direito penal), demonstra como tais sistemas sancionadores estão imbricados. A profundidade e complexidade de tal temática, porém, exige um desdobramento teórico muito maior. Apesar de relevantíssimo debate, porém, ele foge ao escopo do presente artigo, sendo traçadas as presentes linhas apenas para compreensão geral da matéria.

¹⁷ A questão é visitada, por exemplo, pelo professor Fábio André Guaragni na *live* “Princípios Constitucionais do Direito Administrativo Sancionador” (já sobre a nova lei de improbidade administrativa), realizada em 10/11/21, disponível no site <https://www.youtube.com/watch?v=bc6zRh-9ff8&t=3157s>, aos 33 minutos, aproximadamente. O referido professor, citando doutrina alemã, explica que, nessa transição, surgem híbridos, “direitos quase penais” ou “direito de intervenção”, que ficam entre o direito penal e o direito administrativo (como a lei de improbidade administrativa). Outro exemplo dado pelo referido doutrinador é a lei anticorrupção, lei nº. 12.846/13, que seria um “ornitorrinco” com feição administrativa, penal e cível, no que é corroborado pela sua doutrina (GUARAGNI, Fábio André. CAMBI, Eduardo. *Lei Anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013*. 1. ed. São Paulo: Almedina, p. 29). É fato, porém, como menciona o referido professor, que os arts. 9º e 10º da nova lei mantém uma cláusula genérica de tipificação de, por exemplo “auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei” (art. 9, *caput*, da lei nº. 8.429/92).

administrativo aceitando a transição entre os ramos¹⁸, ou sendo contrária a essa comunicação em situações específicas, em que já consolidada a situação jurídica¹⁹.

Apartados dogmaticamente no âmbito sancionatório (penal ou administrativo), resta saber se dentre tantos ramos repressivos, pode algum deles sofrer uma maior gradação garantista/punitivista quando comparado ao outro? Ou seja, pode o direito administrativo sancionador de natureza pessoal, por exemplo, dar maiores garantias a um réu em uma ação de improbidade do que uma ação penal?

O prof. Herman Benjamin²⁰, ainda no debate do projeto na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, defendia a tese segundo a qual as normas não penais não podem ser “mais protetórias” que as normas penais.

¹⁸ Nos EDcl no AgRg no REsp: 1086994 SP 2008/0209361-0, de Relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques (Data de Julgamento: 10/12/2019, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 18/12/2020), registra o relator que “não deixo de considerar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, inclusive na esfera penal, vela pelo reconhecimento da tese de que o réu se defende dos fatos, e não de sua capitulação jurídica. Este entendimento ganhou terreno no Direito Administrativo Sancionador porque, onde permanecem as Mesmas razões, permanece a mesma compreensão”. Em outros julgados, por sua vez: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. (...) 2. O processo administrativo disciplinar é uma espécie de direito sancionador. Por essa razão, a Primeira Turma do STJ declarou que o princípio da retroatividade mais benéfica deve ser aplicado também no âmbito dos processos administrativos disciplinares. À luz desse entendimento da Primeira Turma, o recorrente defende a prescrição da pretensão punitiva administrativa. (AgInt no RMS 65.486/RO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2021, DJe 26/08/2021)”. Sob uma perspectiva finalística, não existe diferença entre um ilícito penal (crime e contravenção) ou um ilícito administrativo passível de punição por improbidade (nesse sentido OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: RT, 1995. p. 32).

¹⁹ ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRAZO PRESCRICIONAL. REMISSÕES GENÉRICAS. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE ESPECÍFICA. PRESCRIÇÃO. IRRETROATIVIDADE 1. O ora recorrente, Oficial de Justiça à época, foi investigado por exigir custas excessivas em processo judicial. O Conselho da Magistratura demitiu-o em 1986, após o regular processo administrativo, em decisão ratificada pelo Órgão Especial. Pleiteou-se a revisão do processo, em 1994, que, rejeitada por maioria de votos, ensejou a impetração de Mandado de Segurança, o qual foi denegado. (...) 6. A diferença ontológica entre a sanção administrativa e a penal permite a transpor com reservas o princípio da retroatividade. Conforme pondera Fábio Medina Osório, “se no Brasil não há dúvidas quanto à retroatividade das normas penais mais benéficas, parece-me prudente sustentar que o Direito Administrativo Sancionador, nesse ponto, não se equipara ao direito criminal, dado seu maior dinamismo”. 7. No âmbito administrativo, a sedimentação de decisão proferida em PAD que condena servidor faltoso (acusado de falta grave consistente na cobrança de custas em arrolamento em valor aproximadamente mil vezes maior) não pode estar sujeita aos sabores da superveniente legislação sobre prescrição administrativa sem termo *ad quem* que consolide a situação jurídica. Caso contrário, cria-se hipótese de instabilidade que afronta diretamente o interesse da administração pública em manter em seus quadros apenas os servidores que respeitem as normas constitucionais e infraconstitucionais no exercício de suas funções, respeitadas as garantias do *due process*. (RMS 33.484/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 01/08/2013)

²⁰ A posição do referido doutrinador pode ser encontrada no vídeo de debate da CCJ no Senado disponibilizado no site <https://www.youtube.com/watch?v=RT0Ierc5WAc>, aos 19 minutos, aproximadamente, de tal vídeo, acesso em 02/04/2023. Ainda antes da aprovação da lei nº. 14.230/21, o professor mencionou o caso do peculato culposo, da tortura, da “rachadinha”, como hipóteses de punição penal sem a respectiva possibilidade de responsabilização por improbidade administrativa. Nesse sentido, a legislação administrativa-sancionatória seria mais garantista que a legislação penal, já que puniria menos os envolvidos com tal tipo de improbidade (peculato culposo, tortura, etc).

Na mesma linha, o Prof. Hermes Zaneti Jr.²¹, no Webinar “Reflexões sobre a Nova Lei de Improbidade Administrativa ante a Constituição Federal”, de 22/11/2021, sustentou que tal situação o “lembrou também uma ideia forte de correlação que não corresponde mais a nenhuma das noções contemporâneas de direito processual visto do ponto de vista fundamental como acesso adequado ao sistema de justiça: nós não podemos ter um processo de improbidade mais garantista que o processo penal e portanto, aqui, deveriam ser interpretados esses artigos de maneira conforme a constituição e conforme nosso Código de Processo Penal”.

De fato, os vetores de interpretação e recebimento de qualquer norma não penal – e, portanto, não relacionado à possibilidade de privação de liberdade – não podem se balizar por premissas mais garantistas que as de normas que atingem bens jurídicos essencialmente mais importantes, como o direito fundamental à liberdade, em contraposição a bens jurídicos que deveriam ser menos priorizados, como o patrimônio e direito a uma vida pública proba²².

Como já salientado neste artigo, qualquer sistema punitivo deve obedecer um mínimo de preceitos para garantir o respeito a direitos fundamentais como o contraditório, reserva legal (no sentido de que a previsão da conduta deve estar tipificada em alguma norma), e individualização da pena, mas, dentro de uma suposta margem comparativa de discricionariedade do legislador (zona cinzenta) sobre quais preceitos adotar no sistema punitivo-criminal e no sistema sancionador-administrativo, parece incoerente dar ao segundo mais direitos e garantias que ao primeiro.

Tal contrassenso, porém, aflora sistematicamente na lei nº. 14.230/21, como fica mais evidente (a) na proibição da *emendatio e mutatio libeli* (art. 17, §10-C), (b) na diminuição pela metade do prazo prescricionais quando verificados alguns prazos interruptivos da prescrição (art. 23, §5º), (c) algumas inserções de balizas para a indisponibilidade de bens do acusado (art. 16 e todos os seus parágrafos)²³, (d) nulidade da sentença proferida sem a produção das provas tempestivamente especificadas pelo requerido (art. 17, §10-F, II), entre tantos outros.

²¹ O Webinar está disponível no link <https://www.youtube.com/watch?v=R1redb0QmC8&t=2036s>, acessado em 02/04/23. A fala do referido professor consta aos 01:14:35 do vídeo.

²² Sobre o “núcleo essencial” de uma ação de improbidade”, o prof. Marçal Justen Filho sustentou, no debate da Comissão de Constituição e Justiça do Senado (aos 01:53:35, aproximadamente, do vídeo <https://www.youtube.com/watch?v=RT0Ierc5WAc>, acesso em 02/04/2023) que “o conteúdo essencial da improbidade não é a repressão penal, não é a repressão administrativa propriamente dita e não é a repressão civil por indenização por perdas e danos... O núcleo essencial da improbidade é a execração pública a que é submetido um sujeito por ter cometido, como agente público, uma conduta infringente, violadora, reprovável. E isso acarreta uma sanção extremamente grave, que é a sua expulsão da vida pública”.

²³ Na live “MP Debate - Nova Lei de Improbidade Administrativa - Parte 2 - Questões Processuais” (disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=5mpZLmxCU0k&t=1022s>, de 17/11/21, aos 17 min, aproximadamente, acesso em 02/04/2023) o Prof. Fernando Garjardoni sustenta que “houve melhoras” em uma parte das normas relacionadas à indisponibilidade de bens. Segundo o referido doutrinador, no art. 20, §1º, da nova lei (afastamento cautelar do

Apesar disso, alguns institutos benéficos aos réus parecem adaptar-se com maior facilidade aos conclamos de parte da doutrina, como a retirada da modalidade culposa na punição da improbidade, que torna a lei mais “garantista”, mas se adequa à teoria doutrinária de que a malversação de recursos públicos por equívoco, erro, negligência, imprudência ou imperícia não deve ser sancionada com os rigores das punições previstas no art. 37, §4º, CF/88²⁴, mas sim através do ressarcimento ao erário e, eventualmente, pelas vias políticas da não reeleição do administrador²⁵.

A resposta definitiva à indagação comparativa entre qual área do direito pode conter normas mais benéficas ao réu, em todo caso, perpassa antes por pesquisa mais aprofundada do tema e pela cuidadosa análise de especificações pontuais de cada matéria, inclusive mediante um estudo individualizado de cada instituto comparado e sua função de modo a dar coerência racional a sistema como um todo.

A lei nº. 14.230/21, não obstante, parece ter revelado ao mundo técnicas processuais particularmente garantistas que parecem ser compatíveis com outras legislações punitivistas – especialmente a legislação processual penal –, razão pela qual passamos a realizar uma avaliação sobre a possibilidade de comunicação de tais técnicas entre os referidos sistemas.

agente do cargo), “no regime revogado, a gente só permitia o afastamento do cargo público, da função, se eventualmente ele estive a colheita de provas, no novo regime é possível o afastamento para preservar a ordem pública, quer dizer, aqueles casos gravíssimos de improbidade, o regime anterior não permitia o afastamento, agora permite. Veja que esse dispositivo é um dos poucos que tornou mais profícua a defesa da probidade administrativa”.

²⁴ No mesmo sentido “não se pode conceber a ideia de que alguém atue com desonestidade ou de maneira corrupta, com desvio de caráter, simplesmente por negligência, imprudência ou imperícia, que são modalidades culposas” (FIGUEIREDO, 2010. p. 127).

²⁵ Nesse sentido é o seguinte trecho da justificativa apresentada pelo Deputado Roberto de Lucena, para quem “de um atento exame do texto, par e passo da observação da realidade, conclui-se que não é dogmaticamente razoável compreender como ato de improbidade o equívoco, o erro ou a omissão decorrente de uma negligência, uma imprudência ou uma imperícia. Evidentemente tais situações não deixam de poder se caracterizar como ilícitos administrativos que se submetem a sanções daquela natureza e, acaso haja danos ao erário, às consequências da lei civil quanto ao ressarcimento. O que se compreende neste anteprojeto é que tais atos desbordam do conceito de improbidade administrativa e não devem ser fundamento de fato para sanções com base neste diploma e nem devem se submeter à simbologia da improbidade, atribuída exclusivamente a atos dolosamente praticados. Neste sentido, a estrutura e a abrangência dos artigos 9º e 10º da LIA permanecem em essência inalterados, subtraindo-se a possibilidade da ocorrência de improbidade administrativa por atos culposos.” ([https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1687121&filename=PL%202505/2021%20\(N%C2%BA%20Anterior:%20pl%2010887/2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1687121&filename=PL%202505/2021%20(N%C2%BA%20Anterior:%20pl%2010887/2018), acesso em 02/04/23). Nesse ponto, importante analisar a opinião de Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch e Guilherme Pupe da Nóbrega em textos de 2019 (<https://www.conjur.com.br/2019-mai-10/opiniao-brasil-lei-improbidade-pune-quem-honesto>) e de 2022, após a nova lei (<https://www.conjur.com.br/2022-jun-10/improbidade-debate-pec-102017>, ambos acessados em 02/04/2023).

2. Conceito de técnicas processuais. Possibilidade de comunicação de técnicas processuais trazidas pela lei nº. 14.230/21 para procedimentos processuais penais sancionadores

Antes de abordar quais técnicas processuais da lei nº. 14.230/21 poderiam eventualmente ser transportadas para o processo penal, necessário discorrer sobre as definições doutrinárias de tal tema.

A conceituação do termo “técnicas processuais especiais” é questão tormentosa na doutrina. A ideia por traz de sua especialização está na busca, em cada caso concreto, do melhor instrumento processual para efetivação do direito material. Nesse sentido é a visão de Aroldo Plínio Gonçalves para quem “a noção geral da técnica é do conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados, de procedimentos idôneos para a realização de finalidades” (GONÇALVES, 2012, p. 16). Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, por sua vez, entende que “a técnica jurídica visa ao conjunto dos meios e procedimentos para garantir a realização das finalidades gerais ou particulares do direito” (OLIVEIRA, 2008, p. 78).

Partindo dos estudos da década de 70 de Andrea Proto Pisani sobre procedimentos especiais²⁶, a doutrina evoluiu para aceitação de técnicas como mecanismos próprios e, hoje, já cita como exemplos clássicos de técnicas processuais especiais a tutela provisória de urgência (art. 300 do CPC), a tutela de evidência (art. 311 do CPC), a sentença parcial (art. 356 do CPC), a ampliação ou redução de prazos processuais (art. 139, VI, do CPC), a limitação de cognição (art. 357 do CPC), etc. Aliás, conforme estabelecem Rodrigo Reis Mazzei e Tiago Figueiredo Gonçalves, a própria técnica de adaptabilidade do procedimento (art. 139, I, art. 327, §1º, do CPC), que permite a importação de técnicas entre vários procedimentos, é uma técnica processual (MAZZEI; GONÇALVES, 2015, p. 111).

Dentro dessa abrangência conceitual, Luiz Guilherme Marinoni defende que “não há como confundir *técnica processual com procedimento*. O procedimento é *uma espécie* de técnica processual destinado a permitir a tutela dos direitos” (MARINONI, 2012, os destaques estão na versão original do texto).

As técnicas processuais ganharam maior relevância nos estudos do novo Código de Processo Civil de 2015 (em contraposição ao antigo Código de Processo Civil de 1973), quando

²⁶ A referência do trabalho feito no âmbito dos procedimentos especiais por Andre Proto Pisani é feita por Fredie Didier Jr., Antônio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha no livro “Por uma nova teoria dos Procedimentos Especiais. Dos procedimentos às técnicas” (*apud* DIDIER JR., CABRAL, CUNHA, 2018, p. 27).

houve a autorização expressa para transposição de técnicas (que estavam presas a fases de procedimentos do *Codex* anterior) como elementos que podem ser utilizadas em vários outros ritos, especialmente no procedimento comum, por esforço exegético do art. 327, §2º, do CPC.

Sobre esse transporte, lecionam Rodrigo Reis Mazzei e Tiago Figueiredo Gonçalves que as “técnicas processuais especiais podem estar moldadas a partir de determinados modelos advindos do direito material, fazendo com que a análise de seu transporte envolva mais complexidade do que o traslado das técnicas processuais de natureza geral” (MAZZEI; GONÇALVES, 2020. p. 27)²⁷. Quando houve um ambiente de transição neutro, assim, poderá ser realizada a utilização de técnica de outro diploma.

Seguindo tal lição, entendemos que há uma “vinculação íntima” entre o direito processual penal sancionador e o direito administrativo sancionador de natureza pessoal que permitirá, à luz do caso concreto, abrir as portas comunicantes para o transporte de algumas técnicas processuais trazidas pela recente lei nº. 14.230/21 para o CPP.

Essa confluência entre os sistemas sancionadores penal e administrativo, aliás, é vista no espírito da lei, na medida em que a própria justificativa do projeto de lei do Deputado Roberto de Lucena (que posteriormente se tornou a lei nº. 14.230/21) dispunha que “algum paralelo foi feito com o processo penal, na medida em que se optou por um modelo elástico e aberto, baseado em parâmetros mínimos e máximos a serem aplicados pelo magistrado mediante fundamentação e justificação tal e qual o processo de dosimetria estabelecido nos processos criminais”²⁸.

Portanto, o “sistema de responsabilização” (art. 1º da lei nº. 8.429/91) pela improbidade administrativa, assim como qualquer outro sistema punitivo, cria uma larga via de intercâmbio de técnicas processuais para o sistema processual penal – especialmente as que trouxeram previsões

²⁷ E, continuam explicando que “isto é, aquelas inseridas no procedimento padrão, cujo mote de compatibilidade estará voltado provavelmente apenas ao direito processual. As técnicas processuais gerais comumente permitirão transferências com embaraços menores, pois inseridas em procedimento padrão, ambiente em que há presunção de *direito material neutro*, justamente para permitir que o procedimento modelo possa servir a mais hipóteses, ao revés do procedimento especial em que o legislador faz limitações prévias, sendo que algumas das escolhas estarão guiadas pelo direito material”. Os autores voltam ao tema, com a mesma propriedade, na página 32, quando esclarecem que “à partir de exemplos de transportes de técnicas especiais, em que o exame de compatibilidade é mais complexo, ratifica-se a ideia já antecipada de que aquelas postadas no *procedimento padrão* terão mais facilidade no traslado, pois são figuras com desenho de baixa (senão nula) influência de direito material. Na verdade, as técnicas processuais de natureza padrão são *standards* criados abstratamente para aplicação genérica e, por isso, com proposital incompletude na legislação quanto ao seu campo de incidência. De modo diferente, as técnicas processuais presentes no ambiente dos procedimentos especiais poderão ter a sua arquitetura forjada pelo direito material, influenciando-as, inclusive com graus de intensidade. Isso significa que o transporte das técnicas processuais previstas no procedimento padrão é muito mais fluído do que ocorre com as técnicas processuais inseridas em procedimentos especiais, pois estas se sujeitam a graus de especificidade a partir do direito material”.

²⁸ [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codeor=1687121&filename=PL%202505/2021%20\(N%C2%BA%20Anterior:%20pl%2010887/2018\)](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codeor=1687121&filename=PL%202505/2021%20(N%C2%BA%20Anterior:%20pl%2010887/2018)), acesso em 02/04/23.

mais benéficas ao réu –, já que este último deve sempre ser, no mínimo, tão garantista quanto os demais.

3. Conclusão: Democracia e combate à improbidade. Uma “resposta darwinista do legislativo” inconstitucional? Algumas técnicas que podem ser importadas.

Existe uma relação umbilical entre probidade administrativa e Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF/88). Não foi por outra razão que a CF/88 determinou, através de seu art. 37, §4º, logo no início do texto constitucional, o combate a improbidade administrativa.

É um atestado de tentativa de cumprimento de tal comando constitucional a recente pesquisa do CNJ que apontou que “quase 8 mil pessoas foram condenadas por improbidade administrativa no País. Dados atualizados do Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa registraram 6.578 condenações em ações nos tribunais de Justiça e 1.253 nos Tribunais Regionais Federais (TRFs), desde o início da vigência da Lei n. 8.429/1992. As condenações incluem, além da suspensão dos direitos políticos e da perda da função pública, o pagamento de R\$ 2,11 bilhões entre ressarcimento do dano causado à administração pública, perda de bens e pagamento de multa civil”²⁹.

Ocorre que, beirando os 30 anos da promulgação da lei nº. 8.429/92, a luta pela probidade administrativa parece ter sofrido um “baque jurídico”. Encurralada por sanções principiológicas, a classe política decidiu fazer um contra-ataque hermenêutico: a – garantista – lei nº. 14.230/21, uma “resposta darwinista do legislativo”³⁰.

Sobram acusações de inconstitucionalidade contra o referido diploma. Só no ano passado, pelo menos três julgamentos do STF demonstraram a efervescência do tema:

- I. Em 18/08/2022, o plenário do STF, ao julgar o REExt 843.989/PR, tema 1199, fixou as seguintes teses de repercussão geral: 1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA a

²⁹ Trecho disponível na matéria jornalística do site <https://www.cnj.jus.br/condenacoes-por-improbidade-chegam-a-quase-8-mil-em-todo-o-pais/>, acesso em 02/04/23. Sobre o tema, mencionamos acima os tratados internacionais assinados pelo Brasil que também incluem medidas administrativas e cíveis no combate à corrupção.

³⁰ A expressão é de autoria do prof. Georges Abboud e foi mencionada no interessante “Ciclo de seminários sobre a reforma da Lei de Improbidade Administrativa”, em que o tema virtualmente foi debatido ao longo de vários dias, disponível no link <https://www.youtube.com/watch?v=HEZLf-e1w20&t=190s>, acesso em 02/04/2023. A fala do referido professor está disponível logo aos 03:00, aproximadamente, do vídeo.

presença do elemento subjetivo dolo; 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa, é irretroativa, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do tipo culposo, devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente. 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é irretroativo, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.

- II. Em 31/08/2022, o plenário do STF, no julgamento das ADIs 7042 e 7043 decidiu que entes públicos que tenham sofrido prejuízos em razão de atos de improbidade também estão autorizados a propor ação e celebrar acordos de não persecução civil em relação a esses atos.
- III. Em 27/12/2022, o Min. Alexandre de Moraes, em decisão monocrática na ADI nº. 7236/DF, suspendeu a eficácia dos arts. 1º, § 8º (afasta a possibilidade de caracterização de improbidade na hipótese de “divergência interpretativa da lei”); 12, § 1º (aplicação da sanção de perda da função pública atinge apenas o vínculo de mesma qualidade e natureza que o agente detinha com o poder público no momento da prática do ato de improbidade); 12, § 10 (redução do prazo legal de inelegibilidade em razão do período de incapacidade eleitoral decorrente de improbidade administrativa); 17-B, § 3º (“aparenta condicionar o exercício da atividade-fim do Ministério Público à atuação da Corte de Contas”); 21, § 4º (vinculação de instâncias da improbidade e criminal³¹), e concedeu interpretação conforme a constituição par o art. 23-C (atos que envolvam recursos públicos dos partidos políticos ou de suas fundações serão responsabilizados nos termos da Lei dos Partidos Políticos).

O tensionamento em relação ao tema tem se pautado especialmente em questão pragmáticas. A retroatividade das normas prescicionais e a supressão do elemento subjetivo da culpa, que poderia levar a extinção da pretensão punitiva de inúmeros acusados de improbidade, foram alvos de grande preocupação³². Obviamente, o direito não pode se distanciar da realidade, mas também tem por função a moldagem social da comunidade.

³¹ Na Ação Cível Originária nº. 3.485/DF, o Min. Gilmar Mendes, através de decisão monocrática, discorre longamente sobre a relação entre direito sancionatório e princípios constitucionais, mencionando a nova legislação sobre improbidade administrativa e quais devem ser seus parâmetros interpretativos.

³² Antes mesmo do jugado do STF, o Ministério Público Federal, por meio da Orientação nº 12, da 5ª Câmara de Combate à Corrupção, defendeu que o art. 37, § 4º, da Constituição, veda o retrocesso no combate à corrupção e impede a retroatividade das normas mais benéficas da Lei de Improbidade Administrativa para beneficiar os atuais réus. O Conselho Federal da OAB, voltando-se contra a edição desta Orientação do MPF, apresentou pedido de

Independente de tal importante discussão, o legislador parece ter esquecido (ou, por via transversa, aproveitado a oportunidade) de que, no mínimo, tão importante quanto a probidade é a liberdade. O direito penal é a última *ratio* e o direito administrativo sancionatório com natureza pessoal apenas usa, por extensão, alguns dos conceitos punitivos do direito penal, no que for cabível e adequado. Essa premissa é elementar para coerência dos sistemas punitivos.

Mas se o processo penal, que tutela a liberdade, dever ter tratamento garantista prioritário ao direito administrativo-sancionador – que tutela, por exemplo, a probidade – poderiam as novas técnicas processuais garantistas da lei nº. 14.230/21 (que pularam, em ordem de importância, o direito processual penal e, por um contexto político-legiferante próprio, caíram na lei de improbidade) serem aplicadas no processo penal?

Após a análise geral dos ambientes de atuação das duas normas (regimes sancionatórios), entendemos que o diálogo de tais técnicas garantistas do regime administrativista para o criminal encontra guarida dogmática na medida que segue os ditames doutrinários de prevalência do garantismo em âmbito penal (sem prejuízo de sua utilização em âmbito administrativo-sancionador) quando for o caso.

Enquanto muitas das técnicas já podiam ser importadas de outros diplomas em razão da neutralidade de ambiente de transposição³³, técnicas processuais relacionadas especificamente a ritualística punitivista/garantista menos incontroversas na doutrina parecem ser dignas desse transporte. Abaixo, analisamos algumas:

suspensão desta orientação no Conselho Nacional do Ministério Público ("CNMP"), arguindo, em síntese, que o Direito Sancionador - independente da esfera punitiva - deve nortear-se pelo postulado da retroatividade da norma mais favorável ao réu (princípio da *reformatio in melius*), previsto como garantia fundamental no art. 5º, XL, da CF/88 (<https://www.migalhas.com.br/depeso/356085/mudancas-na-lei-de-improbidade-administrativa-normas-beneficas>, acesso em 02/04/23). Sobre outro ponto, o fim da previsão do elemento subjetivo da culpa como responsabilizador por improbidade administrativa representa uma aproximação da improbidade com o próprio direito penal, já que a regra no âmbito penal é a responsabilização dolosa, sendo a grande maioria dos crimes punidos apenas quando há intenção de praticar a conduta.

³³ Podemos mencionar alguns exemplos que o CPP poderia importar diretamente da Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro (decreto-lei nº. 4.657/42, modificado substancialmente pela lei nº. 13.655/18): 1º) A previsão de que se deve “considerar as consequências práticas da decisão” quando se “decidir com base em valores jurídicos abstratos” (art. 17-C, II) já vinha contemplada no art. 20 da LINDB. 2º) A previsão de que se deve “considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados (art. 17-C, III)”, já estava prevista no art. 22 da LINDB. 3º) A previsão de que, na aplicação da sanção, deve se considerar “a gravidade e o impacto da infração cometida” (art. 17-C, IV, b) já estava prevista no art. 22, §2º, da LINDB. Além disso, a aplicação do art. 489 do CPC (mencionado como imprescindível para a sentenças da LIA) ao CPP (que, em seu art. XXXX, limita tal lógica às prisões cautelares....) já poderia ser realizada por previsão do próprio art. 3º do CPP. O mesmo se diga em relação ao importantíssimo art. 10 do CPC. Por fim, é necessária a aplicação do art. 927 e seguintes (todo o sistema de precedentes), com alguma adaptação, ao processo penal (ZANETI JR., 2021, p. 439/442)

- Importar a ausência de limitação temporal do ANPC (art. 17-B, §4º) e a ausência de necessidade de confissão para o ANPP (art. 28-A do CPP), permitindo tratamento igualitário entre os garantismos administrativo sancionador e processual penal;
- Importar a técnica hermenêutica de proibição de presunção do dano (art. 17-C, I), coibiria situações de inversão automática do ônus da prova no processo penal, como nas hipóteses em que réus de crimes patrimoniais são encontrados na posse da suposta *res furtiva*;
- Em relação a quantificação da pena, apesar de todas as previsões do art. 59 do CP, considerar (1) “a extensão do dano patrimonial” (art. 17-C, IV, c), (2) “o proveito patrimonial do agente” (art. 17-C, IV, d) e (3) “a atuação do agente em minorar os prejuízos e as consequências advindas de sua conduta omissiva ou comissiva” no momento de imposição da pena, certamente garantiriam uma sanção mais adequada, em oposição ao permissão genérica da atenuante do art. 66 do CP, que é limitada por valores em abstrato do preceito secundário da pena;
- Já em relação a metodologia de imposição da pena, importar a necessidade de indicação de “critérios objetivos que justifiquem a imposição da sanção” (art. 17-C, VII) evitaria o excesso discricionário hoje conferido no critério trifásico de aplicação da pena;
- Nas hipóteses de ficções jurídicas que substituem o cúmulo material da pena nos casos de múltiplas infrações com penas autônomas, a importação da previsão do art. 18-A, I, no ponto que menciona que deve ser utilizada o cálculo “mais benéfico ao réu”, evitaria incoerências em relação a continuidade delitiva (art. 71 do CP), quando a soma dos crimes for menor que a fração de aumento, por exemplo;
- A importação da possibilidade de compensação de sanções de igual natureza (especialmente as pecuniárias) prevista no art. 21, §5º, evitaria o *bis in idem*, cumprindo determinação da Corte Europeia de Direitos Humanos (SILVEIRA, 2014, p. 12-22);

Os exemplos trazidos não constituem um rol exaustivo das técnicas passíveis de transporte, mas apenas uma sugestão teórica, devendo o intérprete e aplicador de ambas as legislações (improbidade e processual penal), ponderar, dada as peculiaridades do caso concreto, a viabilidade da comunicação recíproca de normas³⁴.

O que parece saltar aos olhos, contudo, é a necessidade da doutrina ter que realizar quase um malabarismo jurídico para dar coerência ao sistema, já que as normas relacionadas à improbidade receberam técnicas e previsões normativas mais benéficas ao acusado que as do processo penal.

³⁴ Deliberadamente, optou-se nesse trabalho por não se analisar o transporte de normas de constitucionalidade duvidosa, que precisam de maior reflexão doutrinária e jurisprudencial, já que a inserção de tais medidas prejudicaria a visão maior do texto (de, independente das normas aqui analisadas, poder transportar técnicas de legislações cíveis-administrativas para o âmbito processual penal, em razão da necessidade de se dar máximo garantismo a essa última).

A necessidade dessa adaptação procedimental, assim, é fruto de um ambiente político-normativo que desprestigia a inserção de normas processuais penais garantistas no ordenamento jurídico, já que, na prática, o processo penal tem sido eficaz apenas na punição de pobres. Será que se a lei de improbidade administrativa estivesse condenando apenas pretos e pobres, ela também receberia tantas modificações garantistas?

Um projeto de lei que, ignorando sugestões doutrinárias (GARCIA, 2011, p. 983), nasceu com a finalidade de recrudescer a punição pela prática da improbidade e que foi desnaturado para inserção de um garantismo parcial, voltado especialmente para alguns (normalmente prefeitos e políticos).

Até podem questionar se uma lei pode ser considerada inconstitucional quando ela é feita em causa própria e viola princípios básicos de igualdade de tratamento em sistema jurídicos mais importantes, mas se é possível aproveitar avanços dessa legislação, talvez o melhor caminho seja exatamente esse diálogo normativo em relação aos pontos progressistas (em uma perspectiva civilizatória) da legislação.

Esses são, contudo, reflexões e questionamentos que a doutrina e os Tribunais terão que responder nos próximos anos.

Referências

ABBOUD, Georges. “Ciclo de seminários sobre a reforma da Lei de Improbidade Administrativa”, disponível no link <https://www.youtube.com/watch?v=HEZLf-e1w20&t=190s>, acesso em 04/01/2022.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática de tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BACH, Marion. “Direito penal e direito administrativo sancionador: quando a aproximação se torna temerosa”, disponível em <https://www.marionbach.com.br/wp-content/uploads/2018/08/direito-penal-e-direito-administrativo-sancionador-quando-a-aproximacao-se-torna-temerosa.pdf>, acesso em 05/01/22.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BENJAMIN, Herman. Debate da CCJ no Senado disponibilizado no site <https://www.youtube.com/watch?v=RT0Ierc5WAc>, de tal vídeo, acesso em 04/01/2022.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. 1ª. Ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIPP, Gilson. *Doutrina*. Edição Comemorativa dos 30 anos do STJ. Brasília, 2019.

FIGUEIREDO, Isabela Giglio, *Improbidade Administrativa - dolo e culpa*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GARCIA, Emerson. Webinar da CONAMP “Reflexões sobre a Nova Lei de Improbidade Administrativa ante a Constituição Federal”, de 22/11/21, disponibilizado no site <https://www.youtube.com/watch?v=R1redb0QmC8&t=2-036s>, acesso em 03/01/2022.

GARJARDONI, Fernando. *Live* “MP Debate - Nova Lei de Improbidade Administrativa - Parte 2 - Questões Processuais” (disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=5mpZLmxCU0k&t=1022s>), de 17/11/21.

GUARAGNI, Fábio André. CAMBI, Eduardo. *Lei Anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013*. 1. ed. São Paulo: Almedina.

GUARAGNI, Fábio André. *Live* “Princípios Constitucionais do Direito Administrativo Sancionador”, realizada em 10/11/21, disponível no site <https://www.youtube.com/watch?v=bc6zRh-9ff8&t=3157s>, acesso em 07/01/22.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. Debate da Comissão de Constituição e Justiça do Senado, aproximadamente, do vídeo <https://www.youtube.com/watch?v=RT0Ierc5WAc>, acesso em 04/01/2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conferência virtual, para a Escola Nacional da Advocacia, em 04/11/2021 (<https://www.youtube.com/watch?v=7K52QtePt7Q>, acesso em 07/01/22).

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Webinar “Nova lei de improbidade administrativa”, da EMERJ, realizada em 17/11/21 disponibilizado no site <https://www.youtube.com/watch?v=UKe6DnPVcgY>, acesso em 03/01/2021.

MARINONI, Luís Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva dos direitos fundamentais*. Tópico 8.1. Técnica processual e procedimento adequado. O artigo original está disponível gratuitamente no site <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/04/prof-marinoni-marinoni-o-direito-%c3%80-tutela-jurisdicio-nal-efetiva-na-perspectiva-da-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf>, acesso em 21/12/2021.

MAZZEI, Rodrigo Reis; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. *Visão Geral dos Procedimentos Especiais no Novo Código de Processo Civil*. In: BUENO, Cássio Scarpinella (org). PRODIREITO: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 1. Porto Alegre: Artmed Panamericana 2015.

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt, NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *No Brasil, a lei de improbidade pune até quem é honesto* (<https://www.conjur.com.br/2019-mai-10/opinioao-brasil-lei-improbidade-pune-quem-honesto>), acesso em 02/04/23.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: RT, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 32ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia da repressão*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo. Risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2021.

OSÓRIO, Fabio Medina. Webinar “Nova lei de improbidade administrativa”, da EMERJ, realizada em 17/11/21 disponibilizado no site <https://www.youtube.com/watch?v=UKe6DnPVcgY>, acesso em 03/01/2021.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión de Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001.

VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. (A onda punitiva)*. Trad.: Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5 ed. Trad. Vânia Romano e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZANETI Jr., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. *Ideias para bem interpretar a nova LIA: as alterações na lei de improbidade administrativa e o acordo de não persecução cível (I)*; disponível em https://emporiiododireito.com.br/leitura/ideias-para-bem-interpretar-a-nova-lia-as-alteracoes-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-o-acordo-de-nao-persecucao-civel-i#.YX6RVX4_IYc.twitter, acesso em 04/01/2021.

ZANETI Jr., Hermes. *Live “MP Debate - Nova Lei de Improbidade Administrativa - Parte 3 - Questões Institucionais”*, realizada em 23/11/21, disponível no site <https://www.youtube.com/watch?v=qPgN2I291Vw>, acesso em 05/01/21.

ZANETI JR., Hermes. Webinar “Reflexões sobre a Nova Lei de Improbidade Administrativa ante a Constituição Federal”, de 22/11/2021, disponível no link <https://www.youtube.com/watch?v=R1redb0QmC8&t=2036s>, acessado em 04/01/22.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.