

# **DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA AO SERVIDOR PÚBLICO ACUSADO EM SEDE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

*Marcio Felipe Lacombe da Cunha*

*Advogado da União*

*Pós-Graduando em Direito Público pela Universidade de Brasília - UnB*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Do Princípio Constitucional da Retroatividade da Lei Penal Mais Benéfica; 2 Do Escopo do Processo Administrativo Disciplinar; 3 Do Princípio da Razoabilidade ou da Proporcionalidade e Sua Aplicação no Processo Administrativo Disciplinar; 4 Da Incidência do Princípio da Retroatividade da Lei Penal Mais Benéfica no Âmbito do Processo Administrativo Disciplinar; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo tem por finalidade uma análise sucinta do princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica e sua conseqüente aplicação no âmbito do processo administrativo disciplinar, que é o instrumento formal pelo qual o Estado apura às infrações funcionais cometidas por servidores públicos.

Não há dúvidas, pois, que na contemporaneidade assistimos ao fenômeno da constitucionalização do Direito, denominado por alguns autores de *filtragem constitucional*, pelo qual toda a legislação infra-constitucional deve ser lida e interpretada à luz do filtro axiológico da Constituição.

Nesse sentido, o princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica deve ser interpretado extensivamente, no sentido de abranger toda e qualquer atividade sancionatória a cargo do Estado, seja de natureza penal ou administrativa, levando-se em consideração, ainda, sua íntima ligação com o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, derivado da cláusula do devido processo legal substantivo.

Por derradeiro, faz-se necessário registrar que o tema ora abordado é pouco debatido na doutrina, razão pela qual a nossa idéia precípua é tão-somente traçar linhas gerais sobre o tema, de modo a estimular um futuro debate mais profundo por parte dos operadores do Direito Administrativo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lei Penal Mais Benéfica. Servidor Público. Processo Administrativo Disciplinar. Possibilidade de Aplicação Retroativa. Princípio da Razoabilidade ou da Proporcionalidade.

**ABSTRACT:** This paper aims at a brief analysis of the constitutional principle of retroactivity in criminal law most beneficial and its application in the administrative disciplinary process, which is the formal instrument by which the State determines the functional offenses committed by public servants. There is no doubt therefore that in contemporary times have witnessed the phenomenon of constitutionalization of the law, termed by some authors *filtering Constitution*, whereby all the infra-constitutional legislation must be read and interpreted the filter axiological Constitution. In this sense, the constitutional principle of retroactivity in criminal law most beneficial must to be interpreted extensively in order to cover any activity sanction by the State, whether criminal or administrative action, taking into account also its close ties with the principle of reasonableness or proportionality derived from the substantive due process of law. For last, it is necessary to note that the issue addressed herein is not so discussed in the doctrine, which is why our idea major duty is merely to draw outlines on the subject, in order to stimulate a deeper debate future by operators Administrative Law.

**KEYWORDS:** Criminal Law More Beneficial. Public Servant. Administrative disciplinary proceedings. Possibility of retroactive application. Principle of Reasonableness and proportionality.

## INTRODUÇÃO

A Constituição do Brasil de 1988 consagrou em seu texto o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica (artigo 5º, XL), que, por sua vez, já havia constado de Constituições anteriores. O referido princípio constitucional – de índole nitidamente garantista – estabelece que a *lex mitior* deve sempre retroagir aos fatos anteriores à sua vigência, quando em benefício do réu, desconstituindo até mesmo a coisa julgada.

Com efeito, *processo administrativo disciplinar* é o instrumento formal pelo qual o Estado apura o cometimento de infrações disciplinares por parte dos servidores públicos, relativas às suas atribuições funcionais, porquanto a Administração Pública tem o poder-dever de proceder à correção de atos ilegítimos e ilegais, à vista de sua prerrogativa de autotutela, bem como de punir os infratores, em razão da hierarquia administrativa.

Em princípio, observa-se que não existe norma no ordenamento jurídico que expressamente autorize à aplicação retroativa de uma lei mais benéfica ao servidor público acusado em sede de processo administrativo disciplinar. De outra banda, também não seria possível relacionar, nesse ponto, Direito Penal e Direito Administrativo, diante da autonomia científica e dos objetos distintos desses ramos do Direito.

Entretanto, assistimos atualmente ao fenômeno da constitucionalização do Direito, denominado por alguns autores de *filtragem constitucional*, pelo qual todas as normas infra-constitucionais devem ser necessariamente lidas e interpretadas à luz do filtro axiológico da Constituição, a fim de que os princípios e regras constitucionais, sobretudo aqueles concernentes aos direitos fundamentais dos cidadãos, alcancem sua máxima concretização.

É bem de ver, portanto, que o processo administrativo disciplinar – e, em verdade, toda a ciência do Direito Administrativo – deve ser analisado sob o enfoque da nova hermenêutica constitucional, inspirada pelos valores pós-positivistas.

### 1 DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA

Consoante acima assinalado, a Carta Política de 1988, em seu artigo 5º, XL, dispôs que: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar

o réu”, isto é, consagrou a idéia da irretroatividade da lei penal, como um verdadeiro corolário do valor: *segurança jurídica*. Não obstante, previu a possibilidade de aplicação retroativa da lei penal mais benéfica, na hipótese de favorecer ao réu.

Portanto, é de se notar que a retroatividade da lei penal pode operar em duas situações distintas, quais sejam:

- a) quando a lei nova deixa de considerar o fato praticado como crime, hipótese em que cessará a execução e os efeitos penais da sentença condenatória, nos termos do artigo 2º, do Código Penal (*abolitio criminis*); e
- b) quando a lei nova favorece, de qualquer modo, o agente, hipótese em que também será aplicada aos fatos anteriores à sua vigência, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado, na forma do artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal.

Por oportuno, transcrevemos o escólio do professor Uadi Lammêgo Bulos<sup>1</sup> sobre as duas hipóteses de retroatividade da lei penal mais benéfica acima descritas, confira-se:

Extraem-se do princípio constitucional penal da retroatividade as seguintes previsões: 1ª) a irretroatividade aplica-se tão-somente à lei penal mais severa; 2ª) tratando-se da lei penal mais branda, a lei plus douce dos juristas franceses, o parâmetro a ser seguido é o da retroatividade da lei mais favorável. Isso pode ocorrer de duas formas: o fato não mais é considerado crime pela nova lei (*abolitio criminis*) e a lei nova, de algum modo, beneficia o agente (*lex mitior*). Logo, em caso de lei mais doce, existe retroatividade, quando ele for posterior ao fato, ou ocorre ultra-atividade, se for anterior ao fato.

## 2 DO ESCOPO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Embora alguns autores conceituem o processo como um instituto exclusivo do Direito Processual, vale dizer, inerente à função jurisdicional do Estado, prevalece o entendimento de que também há processo em outras funções estatais, tal como ocorre nos processos: administrativo e legislativo. Assim sendo, o processo jurisdicional se

<sup>1</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 210-211.

distingue das demais modalidades processuais, notadamente por ser uma relação jurídica que se desenvolve entre as partes e o Estado-juiz, que exerce a função jurisdicional em substituição à atividade das partes, de maneira imparcial e eqüidistante<sup>2</sup>.

O *processo administrativo disciplinar* tem por escopo a apuração pelo Estado de infrações funcionais cometidas por servidores públicos, considerando-se, para tanto, que a Administração Pública tem o poder-dever de corrigir *ex officio* os atos ilegítimos e ilegais praticados por seus agentes, aplicando, se for o caso, as penalidades disciplinares cabíveis. No plano federal, o processo administrativo disciplinar encontra-se regulamentado na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990<sup>3</sup>.

É de bom alvitre ressaltar que o ilícito administrativo – que constitui o objeto de apuração do processo administrativo disciplinar – não se confunde com o ilícito penal, muito embora uma mesma conduta de um servidor público possa configurar, a um só tempo, ilícitos: disciplinar e penal. Nesse particular, trazemos à colação o ensinamento do mestre José Cretella Júnior<sup>4</sup> sobre o tema, senão vejamos:

o ilícito administrativo ou ilícito disciplinar tem como pressuposto a falta administrativa cometida pelo funcionário, mas esta falta não é obrigatoriamente ilícito penal ou infração penal: é falta que leva em conta a violação dos deveres funcionais e que, por isso, implica sanção que atinge o funcionário em seu status funcional, que lhe será arrebatoado ou que será atingido, em seu grau maior ou menor de algum modo.

Ademais, o artigo 125, da aludida Lei nº 8.112/1990, estabelece um regime de independência entre as diversas instâncias de responsabilização dos servidores públicos, a saber: a civil, a penal e a administrativa, entendimento este já consagrado na doutrina<sup>5</sup> e na jurisprudência<sup>6</sup>.

---

2 Nesse sentido, é a posição de Alexandre Freitas Câmara, *Lições de Direito Processual Civil*, vol. I, 14. ed., Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006. p. 145.

3 Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

4 CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do Processo Administrativo*. 11ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 111.

5 Vide, por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 326.

6 Vide, por exemplo: STF. Mandado de Segurança nº 25.880/DF. Plenário. Rel. Min. Eros Grau. Unânime. DJ: 16/03/2007. p. 22.

### 3 DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE OU DA PROPORCIONALIDADE E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

No Direito Constitucional contemporâneo – inspirado pelos valores do chamado pós-positivismo<sup>7</sup> – já está consolidada a idéia de que o gênero: normas jurídicas se subdivide em duas espécies, quais sejam: os princípios e as regras. O jurista estadunidense Ronald Dworkin ensina que os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Além disso, defende a prevalência dos argumentos de princípio sobre os argumentos de política (“policy”)<sup>8</sup>.

Feita esta digressão, passamos a analisar o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, que a par de suas origens distintas – pois o primeiro tem sua origem e desenvolvimento associado ao direito anglo-saxão, especialmente a doutrina do “substantive due process of law”, do direito estadunidense, enquanto o segundo remonta ao direito alemão – assumem, no direito brasileiro, o mesmo significado, qual seja, de um importante instrumento que permite ao Poder Judiciário controlar a discricionariedade administrativa e legislativa. Nesse diapasão, é a precisa lição do professor Luís Roberto Barroso<sup>9</sup>, confira-se:

Sem embargo da origem e do desenvolvimento diversos, um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis, não havendo maior proveito metodológico ou prático na distinção. Essa visão, todavia, não é pacífica.

Com efeito, a doutrina alemã subdividiu o princípio da proporcionalidade em três subprincípios: adequação entre os meios e os fins perseguidos, necessidade ou vedação do excesso e a proporcionalidade

7 Não há, ainda, um consenso doutrinário sobre o que vem a ser o chamado *pós-positivismo*, contudo, é possível destacar duas de suas principais características: o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos, em superação ao pensamento positivista que reduzia o Direito a um mero sistema de regras, e a reaproximação entre o Direito e a Moral.

8 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*; tradução Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Especialmente o capítulo 4. p. 127-203.

9 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 258.

em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus a ser suportado pelo cidadão e o seu respectivo benefício, isto é, a relação de custo/benefício da medida imposta pelo Estado.

Não há dúvidas, pois, que o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade incide sobre toda a atividade administrativa sancionadora a cargo do Estado, estando, ainda, expressamente previsto, no plano infra-constitucional, no artigo 2º, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999<sup>10</sup>. Nesse sentido, transcrevemos valiosa doutrina do professor José dos Santos Carvalho Filho<sup>11</sup> sobre a incidência do princípio da proporcionalidade no âmbito do processo administrativo disciplinar, senão vejamos:

outro ponto importante a ser observado reside na necessária obediência da Administração ao *princípio da proporcionalidade* (ou da *adequação* punitiva), atualmente inegável garantia do administrado ou servidor contra abusos de autoridade. Havendo o reconhecimento de que as condutas têm gradação diversa quanto à gravidade, não podem seus autores, como regra, receber idêntica sanção, a menos que o aplicador mencione expressamente os *motivos adicionais* que conduziram à punição. Aplicar sanções idênticas para comportamentos de gravidade diversa ofende o princípio da proporcionalidade, porque de duas uma: ou um dos punidos mereceu sanção menos grave do que devia, ou o outro recebeu sanção mais grave do que merecia. Claro que tal sistema punitivo vulnera a equidade e qualquer regra lógica de direito. Grifos no original.

#### **4 DA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

A despeito da reconhecida independência entre as diversas instâncias de responsabilização dos servidores públicos, a saber: a civil, a penal e a administrativa, entendemos que, no âmbito do processo administrativo disciplinar, tal como ocorre no Direito Penal, nos termos do artigo 5º, XL, da Constituição do Brasil, a lei mais benéfica deve retroagir para beneficiar o servidor público acusado, ainda que inexistente norma infra-legal expressa nesse sentido.

10 Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

11 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15. ed. *Lumen Juris*: Rio de Janeiro, 2006. p. 819.

A incidência retroativa da norma mais benéfica ao servidor público acusado em sede de processo administrativo disciplinar deve ocorrer, em consequência do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, derivado da cláusula do devido processo legal substantivo (artigo 5º, LIV, da Constituição do Brasil), também previsto no artigo 2º, da citada Lei nº 9.784/1999.

Com efeito, apesar de a Constituição do Brasil ter disposto que: “*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*”, este dispositivo constitucional, a nosso juízo, deve ser interpretado extensivamente, de sorte a abranger toda e qualquer atividade sancionatória a cargo do Estado, seja de natureza penal ou administrativa, sempre que tal atividade incidir sobre a liberdade e a propriedade dos cidadãos, ou ainda, sobre o *status* funcional dos servidores públicos.

Nessa linha, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça<sup>12</sup>, no sentido da possibilidade de a norma administrativa mais benéfica retroagir em benefício de militares do Estado de Pernambuco, confira-se:

RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - MILITARES DO ESTADO DE PERNAMBUCO - APLICAÇÃO DA PENALIDADE DELICENCIAMENTO A BEM DO SERVIÇO NA VIGÊNCIA DO DECRETO Nº 20.910/32 - POSSIBILIDADE DE REVISÃO NA VIA ADMINISTRATIVA - ART. 40, §§ 1º E 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 11.817/2000 - *APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DA NORMA MAIS FAVORÁVEL AO CIDADÃO - POSSIBILIDADE DE RETROATIVIDADE DA NORMA ADMINISTRATIVA PARA BENEFICIAR O SERVIDOR - RECURSO PROVIDO.*

1 A despeito de as sanções disciplinares terem sido aplicadas na vigência do Decreto nº 20.910/32, cujo art. 1º previa o prazo prescricional de cinco anos para revisão, *com fundamento no princípio da prevalência da norma mais favorável ao cidadão, os Recorrentes possuem direito líquido e certo de terem o mérito do seu pedido de revisão apreciado, na via administrativa, com base no art. 40, § 1º e 2º, I, da Lei Estadual nº 11.817/2000.* 2. Recurso provido para reconhecer o direito líquido e certo dos Recorrentes quanto à apreciação do mérito de seu pedido

---

12 STJ. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 19.942. Sexta Turma. Rel. Min. Paulo Medina. Unânime. DJ: 21/11/2005, p. 301.

de revisão, na via administrativa, com base no art. 40, § 1º e 2º, I, da Lei Estadual nº 11.817/2000. (Grifo nosso).

A título de argumento *obter dictum*, faz-se necessário ressaltar que, no âmbito do Direito Tributário, existe previsão legal de retroatividade da *lex mitior*, razão pela qual é lícito concluir que o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica (artigo 5º, XL, da Constituição do Brasil) não é um instituto exclusivo do Direito Penal.

De fato, as alíneas “a” e “c” do inciso II do artigo 106 do Código Tributário Nacional, prevêem a retroatividade da lei tributária a alcançar fato gerador pretérito, respectivamente, quando deixe de defini-lo como infração e quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, o que pode ser perfeitamente aplicado, por analogia, ao processo administrativo disciplinar, *ex vi* do artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, ante a inexistência, na referida Lei nº 8.112/1990, de norma expressa dispondo nesse sentido.

## 5 CONCLUSÃO

Sem embargo da reconhecida independência entre as diversas instâncias de responsabilização do servidor público, bem como das características próprias do processo administrativo disciplinar, onde inegavelmente o administrador possui uma maior margem de discricionariedade na coibição da falta funcional e na aplicação da respectiva penalidade, entendemos que a lei mais benéfica deve sempre retroagir para beneficiar o servidor público acusado, seja ao desconsiderar o fato praticado como infração administrativa, seja ao atribuir ao fato uma penalidade menos gravosa.

Nessa ordem de idéias, a aplicação retroativa da lei mais benéfica ao servidor público acusado deve ser levada em consideração tanto durante o julgamento do acusado, quanto em sede de revisão do processo administrativo disciplinar, a pedido do próprio servidor ou *ex officio* pela autoridade competente. A edição de uma norma mais favorável ao servidor público acusado é, a nosso juízo, circunstância suscetível de justificar a revisão do processo administrativo disciplinar, nos termos do artigo 174, da indigitada Lei nº 8.112/1990.

À guisa de conclusão, entendemos que a tese aqui exposta encontra respaldo no fenômeno da constitucionalização do Direito,

pelo qual toda a legislação infra-constitucional deve ser lida e interpretada à luz do filtro axiológico da Constituição. Cabe, portanto, ao administrador levar em consideração, na correta interpretação do estatuto disciplinar, os princípios constitucionais da retroatividade da lei penal mais benéfica e da razoabilidade ou proporcionalidade, que, em última análise, possuem estreita ligação com o valor: *justiça*, fundamento de nosso Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, vol. I. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do Processo Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. tradução Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Lei nº 8.112/90 interpretada e comentada*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.