

RECEBIDO EM: 12/03/2021
APROVADO EM: 21/09/2021

ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E COERÇÃO: A IRRETROATIVIDADE DA LEI NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

*CONSTITUTIONAL STATE OF LAW AND COERCION: THE IRRETROACTIVITY
OF THE LAW IN THE SANCTIONING ADMINISTRATIVE LAW*

*Sandro Lúcio Dezan¹
Dante Aguiar Parente²*

SUMÁRIO: Introdução. 1. A Unidade do Direito Público Punitivo (Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador). 2. A Irretroatividade das Leis e a exceção de Aplicação da Lei Posterior mais Benéfica Existente no Direito Penal. 3. Aplicação do Princípio da Lei Posterior mais Benéfica no Direito Administrativo Sancionador. 3.1. Teses Favoráveis à

1. Doutor em Direito, pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB; Doutor em Ciências Jurídicas Públicas, pela Escola de Direito da Universidade do Minho - UMinho, Braga, Portugal; Doutor e mestre em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Professor Titular de Direito Administrativo da Graduação em Direito e do Mestrado e do Doutorado no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito e Políticas Públicas (PPGD), do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).
2. Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2021). Procurador Federal na Procuradoria Geral Federal, com atuação na área de Direito Administrativo e Regulatório.

retroatividade da lei mais benéfica em todo o Direito Administrativo Sancionador. 3.2. Tese intermediária à retroatividade da lei mais benéfica em todo o Direito Administrativo Sancionador. 3.3. Teses desfavoráveis à retroatividade da lei mais benéfica em todo o Direito Administrativo Sancionador. 4. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente artigo aborda a aplicação do princípio constitucional penal da aplicação retroativa da lei mais benéfica no direito administrativo sancionador. Busca-se avaliar se o referido princípio constitucional penal incide obrigatoriamente em todo o direito administrativo sancionador ou se há uma margem de liberdade para o legislador sobre o tema. Para tanto, por meio do método descritivo bibliográfico e a partir de uma metodologia hipotético-dedutiva aplicada à análise de direito comparado, avaliam-se as origens e fundamentos da unidade do poder punitivo estatal elaborada na Espanha, para considerar a aplicação dos princípios constitucionais penais no direito administrativo sancionador brasileiro. No âmbito do direito espanhol, defende-se que a aplicação dos princípios penais no direito administrativo sancionador deve ocorrer com matizes, ao empregar o princípio constitucional penal sensivelmente de modo diverso da concepção de direito penal. Concluir-se-á pela inaplicabilidade do princípio da retroatividade da norma mais benéfica, indiscriminadamente, em todos os sub-ramos do direito administrativo sancionador.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio de Direito Público Sancionador. Retroatividade Lei mais Benéfica. Direito penal. Direito Administrativo Sancionador. Regulação Espanha e Brasil.

ABSTRACT: this article addresses the application of the penal constitutional principle of retroactive application of the most beneficial law in sanctioning administrative law. It seeks to assess whether the aforementioned penal constitutional principle necessarily affects all administrative sanctioning law or whether there is a margin of freedom for the legislator on the subject. To do so, using the bibliographic descriptive method and using a hypothetical-deductive methodology applied to the analysis of comparative law, the origins and foundations of the unity of state punitive power elaborated in Spain are evaluated, in order to consider the application of the constitutional penal principles in Brazilian sanctioning administrative law. In the scope of Spanish law, it is argued that the application of criminal principles in administrative sanctioning law must occur with nuances, when employing the penal constitutional

principle in a way that differs significantly from the concept of criminal law. It will be concluded that the principle of retroactivity of the most beneficial rule is inapplicable, indiscriminately, in all sub-branches of the sanctioning administrative law.

KEYWORDS: Principle of Sanctioning Public Law. Retroactivity more Beneficial Law. Criminal Law. Administrative Sanctioning Law. Spain and Brazil regulation.

INTRODUÇÃO

Sob o vértice de ser a Constituição Federal o diploma normativo central do atual Estado Democrático de Direito, a modular com diversos matizes a incidência das normas de direito público sancionador nos diversos ramos epistemológicos do direito público, esta pesquisa busca investigar se o princípio³ da retroatividade da lei mais benéfica, constante no Direito Penal, aplica-se a todos os setores do Direito Administrativo Sancionador, ramo jurídico este cujo objetivo é regular a persecução de infrações administrativas e a aplicação de sanções administrativas⁴.

Infração será aqui tratada como um descumprimento voluntário à norma jurídica (MELLO, 2010, p. 847). Por sua vez, sanção é uma medida aplicada ao infrator com a finalidade de piorar ou rebaixar a situação jurídica do sancionado em razão da infração por ele cometida. Exclui-se do conceito de sanção aqui trabalhado a ideia de sanção premial, aquela em que se faculta uma benesse ao particular caso ele cumpra uma determinada ação (FREIRE, 2019, p. 72). Além disso, como assinala Mercado (2017, p. 4) sanção não se confunde com medidas de reestabelecimento da legalidade em que a Administração determina o desfazimento do ato

-
3. O verbete “princípio” será utilizado nesse trabalho não como uma espécie de norma em que sua aplicação se dá mediante o método de “maior medida possível” e o conflito entre ele e outro princípio se resolve pelo método da “ponderação”, defendidos por autores como Ronald Dworkin (2005) e Robert Alexy (2002). Ao contrário, o verbete será empregado como uma norma inicial que fundamenta uma ciência jurídica, nos exatos termos da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo” (MELLO, 2010, p. 958-959).
 4. No presente estudo, partimos da premissa de que o princípio da irretroatividade da norma sancionadora possui natureza estritamente penal e ao nos referirmos ao direito administrativo sancionador, reportamos ao seu sentido amplo, a envolver normas de natureza híbridas, notadamente de caráter não somente punitivo, mas, também, retributivo patrimonial.

infracional, ou seja, o retorno ao status anterior à prática da infração (e.g. recomposição de área degradada e interrupção de atividade iniciada sem a prévia autorização estatal).

A adjetivação de infrações e sanções em *administrativas* cumpre unicamente com o propósito de diferenciá-las das infrações e sanções penais. Para identificar as infrações e sanções em administrativas e, portanto, do Direito Administrativo Sancionador e separá-lo assim do Direito Penal, adota-se o critério formal, pautado na “natureza (administrativa ou judicial) da autoridade competente para confirmar a incursão de alguém em uma conduta proibida, e, por isso mesmo, impor a sanção de mesma natureza” (FERREIRA, 2019, p. 91). Aplicando o referido critério, não se incluirá no conceito aqui adotado de Direito Administrativo Sancionador as hipóteses de sanções impostas em processos de improbidade administrativa e sanções cominadas pela Justiça Eleitoral.

A motivação de pesquisa surge em razão da ausência de regramento expresso sobre a retroatividade da lei mais benéfica no Direito Administrativo Sancionador em inúmeros diplomas administrativos sancionadores, bem como inexistir um posicionamento pacífico sobre o tema na doutrina e, nomeadamente, na jurisprudência pátria⁵.

Diante desse possível delineamento de entendimento, quicá de natureza contraditória, acerca da aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benéfica no direito administrativo sancionador, impõem-se a necessidade do presente estudo. Para tanto, serão abordados os seguintes pontos nodais para o deslinde da questão: (i) a necessária compreensão de unidade do Direito Público Punitivo (Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador); (ii) o conteúdo jurídico do princípio da irretroatividade das leis; e (iii) a aplicação do princípio da retroatividade das leis mais benéficas no Direito Administrativo Sancionador, analisando as teses favoráveis e contrárias a sua aplicação, momento em que serão feitas considerações críticas sobre o sobre o tema.

Ao fim, serão apresentadas as conclusões desse estudo, em especial, a impossibilidade de extensão dos efeitos jurídicos da norma

5. A título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, em uma possível síntese de evolução de entendimento, possui julgado entendendo pela inaplicabilidade do princípio da retroatividade da lei mais benéfica (e.g. AgRg nos EDcl no REsp 1.281.027/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 18/12/2012), bem como possui julgado defendendo sua aplicação (e.g. RMS 37.031/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, julgado em 08/02/2018, DJe 20/02/2018).

em comento, indistintamente, para todo e qualquer setor punitivo do Direito Administrativo Sancionador.

1. A UNIDADE DO DIREITO PÚBLICO PUNITIVO (DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR)

Na Espanha (NIETO, 2012) há um profícuo e antigo debate sobre a origem comum entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, aqui nomeado de Direito Público Punitivo. Algumas teses surgiram com o objetivo de identificar uma qualidade diversa das infrações e sanções administrativas e penais. Ocorre que todas essas teses pautadas em uma diferença qualitativa falharam em decorrência da criatividade do legislante que poderia, diante de sua discricionariedade, estabelecer uma conduta como infração administrativa e posteriormente tipificá-la como crime, sendo o inverso também verdadeiro.

Para os adeptos da corrente da origem comum, não haveria uma diferença ontológica entre esses dois ramos jurídicos, existindo somente uma opção legislativa de identificar uma conduta como penalmente relevante ou não. Do ponto de vista jurisprudencial espanhol, Alejandro Nieto (2012, p. 125) lembra ser a Sentença do Tribunal Constitucional - STC de 9 de fevereiro de 1972 a primeira decisão a afirmar a existência de um supra conceito de ilícito que abrigaria os ilícitos penais e administrativos.

Inexistindo uma diferença ontológica entre Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, Llobregat (2012, p. 47) cita a proposta de Goldschmitt, Von Liszt e Von Lilienthal para o Código Penal da Prússia de criminalizar as infrações administrativas quando a conduta fora cometida com malícia, habitualidade e profissionalidade.

Uma razão para se buscar uma origem comum aos dois ramos é a possibilidade de se utilizar do Direito Penal como meio de integrar o Direito Administrativo Sancionador. Por ser um ramo jurídico mais maduro, possuindo ele uma construção teórica mais avançada, poderia se utilizar das lições e doutrinas ali desenvolvidas para solucionar questões presentes no Direito Administrativo Sancionador (NIETO, 2012, p. 131).

Com a alocação de inúmeros princípios e garantias penais dentro do texto constitucional, surge um outro propósito em se buscar um unificado direito público sancionador: a possibilidade de irradiar força normativa desses princípios e garantias penais constitucionalizados para todo o sistema punitivo estatal, seja ele de direito penal ou administrativo sancionador.

Seria assim a constitucionalização, nos moldes lecionados por Luís Roberto Barroso (2005), do Direito Público Punitivo.

No tocante à constitucionalização do Direito Público Punitivo espanhol, assim prevê a Constituição da Espanha de 1978 em seu artigo 25.1: “Ninguém pode ser condenado ou sancionado por ações ou omissões que no momento de produzir-se não constituam delito, falta ou infração administrativa, segundo a legislação vigente nesse momento” [ESPANHA. Constituição (1978)]⁶. O mencionado enunciado normativo alude expressamente aos princípios da legalidade e da irretroatividade das normas sancionadoras, sejam elas de natureza penais ou administrativas.

Outros princípios penais foram paulatinamente identificados na Constituição da Espanha, arrastando-os para o direito administrativo sancionador. Com efeito, a interpretação ofertada pela jurisprudência espanhola foi no sentido de extrair do artigo 25.1. da Constituição também o princípio do “ne bis in idem” (proibição de apenar mais de uma vez o agente por uma mesma conduta), identificando ainda o princípio da culpabilidade (a exigência do sistema jurídico de que o agente só possa ser punido caso tenha agido ao menos com culpa) como implícito ao texto constitucional. (PUIG et al, 2005, p. 37)

A tese da origem comum entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador possui respaldo doutrinário antigo no Brasil, como se pode ver do texto “Ilícito Administrativo e Ilícito Penal” de Nelson Hungria, datado de 1945. Nesse artigo, o autor debruça-se sobre a aplicação do princípio do “ne bis in idem” quando o mesmo fato é previsto como crime na órbita penal e infração na seara administrativa. Esse é o exemplo em abstrato de inúmeros tipos penais passíveis de serem cometidos *por funcionário público contra a administração que, em geral, também se revelam como infrações administrativas nos estatutos disciplinares dos servidores*. Com base na tese da origem comum, Nelson Hungria defendia ser juridicamente impossível o duplo apenamento:

(...) E apresenta-se, então, um debatido problema: em tais casos, tratando-se do mesmo agente, a aplicação cumulativa das duas penas -a administrativa e a criminal - importa, ou não, infração do non bis in idem? Ainda mais: absolvido no juízo penal, pode o acusado, pelo mesmo fato, ser condenado no processo disciplinar? Ou ainda:

6. No original: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento” [ESPANHA. Constituição (1978)].

condenado precedentemente no processo disciplinar, mas vindo a ser, pelo mesmo fato, absolvido no juízo penal, tem o acusado direito à *restitutio in pristinum*? Não obstante a diversidade das vias processuais (uma administrativa, outra judicial penal), a resposta, em nosso modo de entender, não pode deixar de ser afirmativa no primeiro e no terceiro caso, e negativa no segundo (HUNGRIA, 1945, p. 28).

De modo mais abrangente, Bandeira de Mello (2010, p. 847) utiliza-se da tese da origem comum para aplicar os princípios penais constitucionais ao Direito Administrativo Sancionador⁷.

O reconhecimento da origem comum do sistema punitivo público unificado com a consequente ampliação do emprego dos princípios penais ao direito administrativo sancionador, contudo, não foi isenta de dificuldades. Os mesmos tribunais espanhóis que cuidaram de aplicar os princípios penais no Direito Administrativo Sancionador, não tardaram a identificar problemas práticos em sua aplicação ampla e irrestrita. Para contornar tais problemas, os tribunais passaram a defender uma aplicação dos princípios do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador com nuances. Como exemplo, cita-se a STC n. 18/1981, de 8 de junho:

(...) deve-se lembrar que os princípios inspiradores da ordem criminal se aplicam, com certas nuances, à lei de sanção administrativa, uma vez que ambas são manifestações da ordem punitiva do Estado, conforme refletido na própria Constituição (artigo 25, princípio da legalidade) e uma jurisprudência muito reiterada de nossa Suprema Corte (acórdãos da Quarta Secção de 29 de setembro, 4 e 10 de novembro de 1980, entre os mais recentes), a ponto de um mesmo bem jurídico poder ser protegido por técnicas administrativas ou criminais, ainda que no primeiro caso com o limite estabelecido no artigo 25, em seu número 3, ao afirmar que a Administração Civil não poderá impor sanções que impliquem direta ou subsidiariamente a privação de liberdade. Deve-se acrescentar que, juntamente com as diferenças observadas na aplicação dos princípios inspiradores, existem outras de caráter formal para a qualificação (crime ou contravenção ou ofensa administrativa), competência e procedimento (criminal ou administrativo com recurso

7. “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, 2010, p. 847).

subsequente ao jurisdição administrativa-contenciosa); além do limite já indicado em relação ao conteúdo das sanções administrativas⁸.

No tocante ao princípio da legalidade, não é incomum as leis sancionatórias autorizarem normas de hierarquia inferior à lei completá-las, detalhá-las e desenvolvê-las. Na prática, nem sempre é fácil saber até que ponto os regulamentos podem ir, sendo comum existir regulamentos que desenvolvem as disposições das leis sancionatórias de maneira bastante ampla, sem que os tribunais as anulem, como as infrações cometidas por funcionários públicos, previstas em regulamento, e as infrações profissionais, constantes nos códigos de ética das corporações (PUIG et al, 2005, p. 34).

No tocante ao princípio da culpabilidade do agente, após o seu reconhecimento como implícito na constituição e decorrente dos direitos fundamentais, parece ter sido matizado pelas nuances do caso concreto, posto a dificuldade prática de aferir dolo ou culpa de pessoas jurídicas. Nesse sentido, a sentença de 30 de outubro de 2017 (Recurso 1788/2015) do Tribunal Audiencia Nacional entendeu ser devido o sancionamento do acusado quando haja o descuido ou a mera falta de diligência. O caso versava sobre o envio, de forma desautorizada, pela empresa de distribuição de gás de informações pessoais de um consumidor para uma outra pessoa. A acusada defendia que o fato decorreu de um erro

8. No original: “(...) há de recordarse que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (artículo 25, principio de legalidad), y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala Cuarta de 29 de septiembre, 4 y 10 de noviembre de 1980, entre las más recientes), hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales, si bien en el primer caso con el límite que establece el propio artículo 25, en su número 3º, al señalar que la Administración Civil no podrá imponer penas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad. Debe añadirse que junto a las diferencias apuntadas en la aplicación de los principios inspiradores existen otras de carácter formal en orden a la calificación (delito o falta, o infracción administrativa), la competencia, y el procedimiento (penal o administrativo con posterior recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa); ello, además, del límite ya señalado respecto al contenido de las sanciones administrativas” (ESPANHA. Tribunal Constitucional. STC n. 18/1981). Disponível em: <<https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/18>>. Acesso em: 06 ju. 200.

procedimental, inexistindo assim culpa em sua atuação.⁹ Nesse caso, a culpabilidade foi utilizada, não para configurar a infração, mas somente para graduar a sanção imposta.

Em um caso de sanção administrativa aplicada contra uma pessoa jurídica empresária prestadora de serviços financeiros, a STS de 17 de dezembro de 2013 (RJ 2013, 8205) negou a aplicação do erro de proibição (desconhecimento da ilicitude do fato infracional) como meio arguido para anular uma sanção administrativa. De acordo com o tribunal espanhol, por ser o infrator uma pessoa jurídica, não seria a ela aplicada a mesma culpabilidade de uma pessoa natural. Além disso, por seu porte e tamanho, deveria ela ser dotada de órgãos internos dotados de especialidade técnica para aferir se ela praticava ou não uma atitude lícita (PUIG, 2015, p. 162).

Dos relatos acima, constata-se algumas dificuldades práticas de aplicar os princípios e institutos tal e qual encontrados no Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador, o que ensejou à jurisprudência espanhola defender uma aplicação com *matizes*.

Essa inadequação parece ser fruto da intenção global de abarcar os mais variados temas regulados pelo Direito por alguns princípios jurídicos criados para um determinado ramo jurídico. No Brasil, o Direito Administrativo se espalhou para múltiplos setores, mormente após a criação das Agências Reguladoras, autarquias incumbidas de regular diversos setores da economia. Essa regulação, por óbvio, veio acompanhada de um poder punitivo estatal, como meio de obrigar a obediência àquela regulação estatal (VORONOFF, 2018, p. 29).

Antony Ogus (2004, p. 151), ao se referir ao Direito Regulatório britânico, argumenta que a regulação se propõe as mais diversas finalidades possíveis, desde a redução de falhas de mercado até finalidades redistributivas de riqueza da sociedade. Para tanto, abre-se a possibilidade do Estado se valer de diferentes níveis de intensidade regulatória para atingir os fins por ele propostos. Como exemplo, há regulações menos invasivas, como os (i) deveres de informação em que os produtores deverão informar certos fatos (*e.g.* obrigação expedidas pela Anvisa determinando

9. No original: “Pero, como reiteradamente hemos venido afirmando en esta materia, las sanciones no requieren intencionalidad o dolo sino que basta el mero descuido o falta de diligencia; en palabras de este Tribunal “basta la simple negligencia o incumplimiento de los deberes que la Ley impone a las personas responsables de ficheros o del tratamiento de datos de extremar la diligencia...”, y ello aunque no obtuviese provecho económico alguno” (ESPAÑA. Tribunal de Audiencia Nacional. Recurso 1788/2015). (Disponível em: <<https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/18>>. Acesso em: 06 ju. 200, Pág. 04).

especificar o conteúdo dos alimentos), poderão ainda (ii) serem exigidos aprovações estatais *a priori* para produzir determinado produto (e.g. outorga municipal para prestar serviços de viação urbana), (iii) padrões de performance em que são exigidos padrões de qualidade específicos, mas deixa o produtor livre sobre como operar e alcançar tais padrões (e.g. indicadores de qualidade no serviço de telefonia móvel) e (iv) padrões de especificação em que a Administração exige uma um certo método de produção ou um material específico (e.g. Padrão Brasileiro de Plugues e Tomadas formulado pelo INMETRO). Por óbvio, essas obrigações são acompanhadas de suas respectivas sanções, caso contrário a obrigação imposta careceria de *enforcement*, podendo ser ignorada pelos agentes do mercado.

Somente a visualização dos setores regulados por agências reguladoras já permite identificar uma imensidão de finalidades propostas e temas regulados, dotados de sanções administrativas mais diversas. Mas não é só isso. Se encaramos unicamente o tradicional Direito Administrativo Disciplinar, já se percebe a riqueza do tema. Isso porque há estatutos próprios para os servidores civis, existindo ainda normas específicas para os militares, cuja singularidade dos seus ofícios permite inclusive pena de reclusão (art. 5º, LXI e art. 142, §2º ambos da CF), algo impensável para os demais servidores civis.

Se há sanções administrativas para pessoas civis possuidoras de um vínculo jurídico especial com a Administração, como se percebe do Direito Administrativo Disciplinar, há ainda infrações previstas para pessoas naturais (ou jurídicas) destituídas de um vínculo especial com a Administração, como as infrações de trânsito e ambientais. Ao lado disso, há infrações específicas para pessoas jurídicas atuantes em determinados setores fortemente regulados (e.g. mercado financeiro, telecomunicações e energia elétrica), bem como para pessoas jurídicas que atuem em setores menos regulados (e.g. produção e comercialização de alimentos).

Essa multiplicidade de setores alcançados pelo Direito Administrativo importa em soluções jurídicas diversas que podem se mostrar inadequadas ao se utilizar os princípios constitucionais penais tal como imaginados para o Direito Penal. Por exemplo, o princípio da legalidade no Direito Penal esculpido no art. 5º, XXXIX da CF exige a previsão do crime e sua respectiva pena por lei. Mas não é só isso, a doutrina extrai do princípio da legalidade os subprincípios da reserva de lei e da taxatividade. Pelo subprincípio da reserva legal, somente a lei em sentido formal pode descrever condutas criminosas, restando vedado ao legislador criar tipos

penais mediante decretos ou outros instrumentos normativos¹⁰. Já pelo subprincípio da taxatividade, a lei incriminadora deverá ser certa, não contendo preceitos amplos a impedir a compreensão da conduta ilícita.

A forma como o legislador se valeu para criar sanções no Direito Administrativo Sancionador é bastante variável. Há exemplos em que o tipo infracional, bem como a respectiva sanção estão previstas diretamente em uma lei formal, como se percebe do Código de Trânsito Brasileiro – CTB¹¹. De outro modo, as infrações ambientais foram previstas no art. 70, Lei n. 9.605/98, porém o legislador o fez de modo extremamente lacônico, deixando o tipo infracional para um instrumento normativo de hierarquia inferior, *in casu*, o Decreto n. 6.514/2008¹².

Uma outra forma, ainda mais alargada da legalidade, consta no setor de telecomunicações, em que o legislador afirmou ser uma infração administrativa um ato contrário às disposições da Lei Geral de Telecomunicações, bem como outros diplomas normativos, como contratos de concessão e resoluções da Anatel¹³. Em sentido bastante similar, é a

10. Conforme o STF: “Em matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal, subsumem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento. (...) As convenções internacionais, como a Convenção de Palermo, não se qualificam, constitucionalmente, como fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação de crimes e à cominação de sanções penais.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 121.835 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 13-10-2015, 2ª T, DJE de 23-11-2015.)

11. Art. 208, Lei n. 9.503/97. Avançar o sinal vermelho do semáforo ou o de parada obrigatória: Infração - gravíssima; Penalidade - multa. Art. 258, Lei n. 9.503/97. As infrações punidas com multa classificam-se, de acordo com sua gravidade, em quatro categorias: I - infração de natureza gravíssima, punida com multa no valor de R\$ 293,47 (duzentos e noventa e três reais e quarenta e sete centavos) (BRASIL, Lei n. 9.503/97).

12. Art. 70, Lei n. 9.605/98. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente (BRASIL, Lei n. 9.605/98).

Art. 43, Decreto n. 6.514/2008. Destruir ou danificar florestas ou demais formas de vegetação natural ou utilizá-las com infringência das normas de proteção em área considerada de preservação permanente, sem autorização do órgão competente, quando exigível, ou em desacordo com a obtida: (Redação dada pelo Decreto nº 6.686, de 2008). Multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por hectare ou fração. (BRASIL, Decreto n. 6.514/2008).

13. Art. 173, Lei n. 9.472/97. A infração desta Lei ou das demais normas aplicáveis, bem como a inobservância dos deveres decorrentes dos contratos de concessão ou dos atos de permissão, autorização de serviço ou autorização de uso de radiofrequência, sujeitará os infratores às seguintes sanções, aplicáveis pela Agência, sem prejuízo das de natureza civil e penal: (Vide Lei nº 11.974, de 2009) I - advertência; II - multa; III - suspensão temporária; IV - caducidade; V - declaração de inidoneidade. (BRASIL, Lei n. 9.472/97).

previsão de infrações administrativas ao mercado de capitais¹⁴. Nesses dois setores, sequer existem tipos infracionais nos moldes daqueles enxergados no Direito Penal.

Desse relato normativo, percebe-se que a defesa do princípio da legalidade no Direito Administrativo Sancionador, tal como compreendido no Direito Penal, vai de encontro ao direito positivo pátrio em que se constata uma ampla possibilidade de estipulações de infrações administrativas. Isso porque a lei formal previu as infrações, mas deixou à cargo da Administração minudenciar a conduta infracional.

Vitor Schirato (2017, p. 180), concordando com a doutrina dos autores italianos Carlo Enrico Paliero e Aldo Travi, pontua que o princípio da legalidade do Direito Penal é avesso ao Direito Administrativo “pois a razão de existir do princípio em questão é própria do Direito Penal, não podendo ser transmitidas para o Direito Administrativo, sobretudo no que se refere às origens históricas, âmbito, condições de incidência e objetivos”.

Focando nessa diferença sobre o âmbito de atuação, pode-se cogitar que essa margem de atuação do legislador na formatação das infrações administrativas se dê justamente pela já constatada ampla atuação do Poder Público nos mais variados setores. Visando assim ofertar uma melhor resposta legislativa, tipifica-se infrações administrativas de modo similar ao Direito Penal quando se tratar de sanções passíveis de recair sobre pessoas naturais sem qualquer tipo de vínculo com a Administração. O objetivo seria dotar o particular de uma maior segurança jurídica, prevendo com maior exatidão a conduta proibida.

De outro lado, caso se esteja perante setores fortemente regulados, onde muitas vezes existem vínculos prévios – ou relações especiais de sujeição, nos dizeres de Fábio Osório (2019, p. 174) – entre a Administração e particulares, e esses entes regulados sejam pessoas jurídicas dotadas de ampla capacidade econômica, capazes de custear um corpo técnico para os auxiliar com as complexidades regulatórias do setor, nesses casos, a Administração parece se valer de infrações administrativas pelo mero descumprimento de resoluções das Agências Reguladoras. Parece existir,

14. Art. 11, Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976. A Comissão de Valores Mobiliários poderá impor aos infratores das normas desta Lei, da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei de Sociedades por Ações), de suas resoluções e de outras normas legais cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar as seguintes penalidades, isoladas ou cumulativamente: (Redação dada pela Lei nº 13.506, de 2017). (BRASIL, Lei n. 6.385/1976).

em verdade, uma flexibilização da segurança jurídica em prol de uma maior agilidade na elaboração das normas, visando acompanhar a dinamicidade do setor e a alta especialização da matéria regulada.

Dos exemplos acima, constata-se a existência de situações fáticas diversas e, portanto, merecedoras de respostas jurídicas diversas.

Não há dúvidas de que o Direito Administrativo Sancionador haure sua legitimidade do texto constitucional. Pode-se inclusive afirmar que o poder de polícia e o poder disciplinar fundamentam o Direito Administrativo Sancionador. Enquanto o primeiro é imprescindível para o Estado “arbitrar e conciliar o choque entre direitos e liberdades de indivíduos ou grupos de indivíduos”(MEDAUAR, 2018, p. 335), visando assegurar os direitos fundamentais de todos, o segundo se propõe “preservar, de modo imediato, a ordem interna do serviço, para que as atividades do órgão possam ser realizadas sem perturbação, dentro da legalidade e da lisura” (MEDAUAR, 2018, p. 112).

Fundamentando-se na ordem constitucional vigente, certo é que o princípio da legalidade opera no Direito Administrativo Sancionador, mas não o faz nos moldes do princípio da legalidade penal extraída do art. 5º, XXXIX da CF, sendo, ao contrário, haurida do princípio da legalidade do direito comum, prevista no art. 5º, II da CF.

Por tudo o que fora dito, não parece haver dúvida de que o poder punitivo estatal seja o mesmo, existindo apenas uma discricionariedade do legislador para configurar algumas condutas como crimes ou infrações administrativas, cabendo ainda a ele determinar as respectivas sanções. Além disso, dúvida também não existe de serem o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador fundamentados no texto constitucional. Dessas premissas, por outro lado, não é possível extrair a conclusão de estarem o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador submetidos aos mesmos princípios constitucionais, sendo tais princípios aplicados de modo idêntico nesses dois ramos jurídicos. Em igual sentido, é a conclusão de Fábio Medina Osório (2019, 154):

Em realidade, a unidade nada mais é do que a comum origem constitucional: Direito Penal e Direito Administrativo obedecem a comandos constitucionais e, nesse sentido, submetem-se a princípios constitucionais que norteiam o poder punitivo estatal. Isso não quer dizer, em absoluto, que esses princípios sejam idênticos ou que esse poder punitivo se submeta a idênticos regimes jurídicos.

A abordagem acima realizada para o princípio da legalidade teve o condão de demonstrar a criatividade do legislador ao estabelecer normas no Direito Administrativo Sancionador divergentes daquelas exigidas pela ordem constitucional para o Direito Penal. O objetivo foi de expor que o legislador não acata a tese de princípios constitucionais comuns para o Direito Público Punitivo. Isso não se revela pernicioso ao sistema jurídico ou aos particulares, sendo, ao contrário, fruto de exigências práticas do setor regulado. Essas necessidades já haviam sido percebidas pela jurisprudência espanhola, que, apesar de insistir na tese da principiologia constitucional unitária para todo o Direito Público Punitivo, contorna esses problemas fáticos encontrados ao defender a tese da aplicação dos princípios penais ao Direito Administrativo Sancionador com *matizes*.

Estabelecido esse ponto de impossibilidade jurídica da idêntica aplicação de princípios constitucionais penais ao Direito Administrativo Sancionador, cumpre agora analisar o princípio da irretroatividade das leis e a exceção prevista no Direito Penal de retroatividade mais benéfica.

2. A IRRETROATIVIDADE DAS LEIS E A EXCEÇÃO DE APLICAÇÃO DA LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA EXISTENTE NO DIREITO PENAL

O presente tópico busca demonstrar o contorno jurídico do princípio da legalidade e de seus corolários no âmbito do Direito Penal, para, em item seguinte, confrontá-lo com as suas nuances ao ser transposto para o Direito Administrativo Sancionador.

Rubens Limongi França lembra que a noção de irretroatividade das leis não é fruto da modernidade. Buscando sua fonte no Direito Romano, o autor foca na Primeira Regra Teodosiana, do ano de 393, segundo a qual “Todas as normas não fazem calúnia aos fatos passados, mas regulam apenas os futuros”, como um dos primeiros marcos formais da regra da irretroatividade das leis. Alguns anos mais tarde, datando de 440, a Segunda Regra Teodosiana (FRANÇA, 1974, p. 88) é mais explícita:

É norma assentada (*certum est*) a de que as leis e constituições dão forma aos negócios futuros (*futuris negotiis*) e de que não atingem fatos passados (*facta praeterita*), a não ser que tenham feito referência expressa (*nominatim cautum sit*), quer ao passado (*praeterito tempore*), quer aos negócios pendentes (*pendentibus negotiis*).

Por tem um nítido caráter de promoção da segurança jurídica, a regra da irretroatividade foi adota em Portugal e posteriormente no Brasil, constando já na Constituição Política do Império do Brasil, promulgada em 25 de Março de 1824, ordenava, em seu artigo 179, III que nenhuma lei poderia vir a ser estabelecida sem utilidade pública e que sua disposição não poderia ter efeito retroativo (MONTE, 2009).

No ordenamento jurídico então vigente, a regra da irretroatividade da lei consta no art. 5, inciso XXXVI da CF, segundo o qual a “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”. No plano infraconstitucional, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) dispõe no mesmo sentido, aduzindo que a “lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

No âmbito do Direito Penal, o texto constitucional cuidou de garantir expressamente a regra da irretroatividade das leis na primeira parte do inciso XL do art. 5.º (“a lei penal não retroagirá”). Na segunda parte do mesmo dispositivo normativo, o texto constitucional permite a criação de exceções à regra da irretroatividade das leis, limitando-as, porém, ao benefício do réu (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”).

O art. 2.º do Código Penal, por sua vez, detalha mais o dispositivo constitucional, esclarecendo que a lei penal mais benéfica, tenha esse benefício a natureza que for (*e.g.* extinção da punibilidade, diminuição da pena, diminuição de prazo prescricional), retroagirá para beneficiar o réu, ainda que já exista sentença condenatória transitada em julgado (SANDULLI, 1989).

Da leitura dos dispositivos normativos constitucionais e penais, extrai-se ser a regra geral a da prevalência da lei em vigor quando da prática do fato (*tempus regit actum*). Contudo, visando beneficiar exclusivamente o réu/condenado, admite-se a retroatividade de uma norma penal (BRANDÃO, 2014). Essa retroatividade pode ocorrer quando uma lei posterior extingue o crime (*abolitio criminis*) ou quando a lei posterior é benigna em relação à sanção penal ou à forma de seu cumprimento (*lex mitior*) (BRANDÃO, 2014).

A indagação que fica é se essa exceção ao princípio da irretroatividade das leis prevista constitucionalmente e legalmente para o Direito Penal possui obrigatória aplicação para o Direito Administrativo Sancionador. Esse é o tema do próximo tópico.

3. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Na Espanha, o artigo 25.1 da Constituição ao prever o princípio da legalidade, proíbe a retroatividade de normas penais e administrativo-sancionadoras para alcançar fatos ocorridos antes da entrada em vigor da lei, ou seja, veda-se a retroatividade em “*malam partem*”. Contudo, o texto constitucional espanhol nada menciona sobre a imperatividade da retroatividade da norma mais benéfica no campo do Direito Administrativo Sancionador. A aplicação da retroatividade mais benéfica para as sanções administrativas, lembra Rebollo Puig (2005, p. 37) foi promovida por obra do legislador, ao editar o art. 128 da Ley 30/1992, de 26 de noviembre (Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común):

Artigo 128. Irretroactividade.

1. São aplicáveis as disposições sancionatórias em vigor no momento dos fatos que constituam uma infração administrativa.
2. As disposições sancionatórias produzirão efeito retroativo assim que favorecerem o suposto infrator¹⁵.

No direito pátrio, vale lembrar que no sistema tributário o legislador acatou a regra da retroatividade da lei mais benéfica, prevendo-a no art. 106, II do Código Tributário Nacional - CTN¹⁶. Interpretando esse dispositivo normativo, o STJ possui precedentes afirmando que a locução “ato não definitivamente julgado” contida no referido enunciado normativo permite alcançar o âmbito administrativo e o judicial, isto é, mesmo após o término do processo administrativo fiscal, já na fase de embargos do devedor em

15. No original: Artículo 128. Irretroactividad. 1. Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa. 2. Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor. (ESPAÑA, Ley 30/1992).

16. Art. 106, Lei n. 5.172/66. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: (...) II - tratando-se de ato não definitivamente julgado: a) quando deixe de defini-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática. (BRASIL, Lei 5.172/66).

execução fiscal, ainda sim poderá o contribuinte ser beneficiado pela edição de uma norma sancionatória mais benéfica¹⁷.

Dessa feita, o CTN seria um exemplo de que a retroatividade da lei mais benéfica abarcaria todo o Direito Administrativo Sancionador ou seria um exemplo de discricionariedade do legislador para dotar um determinado sistema punitivo com essa regra?

3.1. TESES FAVORÁVEIS À RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA EM TODO O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Na doutrina nacional, a tese da retroatividade da norma mais benéfica aplicável a todo o Direito Administrativo Sancionador parece ser aquela que conta com mais adeptos, entre os quais, cita-se Régis Fernandes de Oliveira (1985, p. 44), Carlos Maximiliano (1996, p. 327), Lúcia Valle Figueiredo (2004, p. 430) e Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari (2001, p. 156).

Jurisprudencialmente, o STJ possui alguns acórdãos defendendo a retroatividade da norma mais benéfica ao direito administrativo sancionador: REsp 1.153.083/MT, Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 6/11/2014, DJe 19/11/2014; AR 1.304/RJ, Rel. p/ Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 14/05/2008, DJe 26/08/2008. Anote-se ainda, o teor do RMS 37.031-SP, em que assinala que “considerando os princípios do Direito Sancionador, a *novatio legis in mellius* deve retroagir para favorecer o apenado” (STJ. REsp 1.153.083/MT, rel. min. Sérgio Kukina. DJe 19/11/14).

Além daqueles autores, destaca-se a posição de Edilson Pereira Nobre Júnior (2000, p. 146) e Péricles Ferreira de Almeida (2019, p. 157), ambos defensores da aplicação do citado princípio no Direito Administrativo Sancionador. Essa menção específica é válida, pois esses autores abordam hipóteses de aplicação de excludentes do referido princípio previstas no Direito Penal também para a seara administrativa, como as leis excepcionais ou de vigência temporária (art. 3º do CP) e alteração normativa ocorrida no complemento da norma sancionadora.

17. Precedentes: EDREsp 181.878-RS, Rel. Min. Ari Pargendler, DJU de 22.03.99; REsp 437.632/PR, Rel. Ministro Castro Meira, dez/05; AgRg no Ag 1.026.499/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 31.8.2009; AgRg no AREsp. 185.324/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 27.8.2012; REsp. 1.121.230/SC, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 2.3.2010. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça).

Para Edilson Pereira Nobre Júnior (2000, p. 146), o problema fático da aplicação do princípio da retroatividade da norma mais benéfica em todo o Direito Administrativo Sancionador, abrangendo ainda as leis excepcionais ou de vigência temporária, seria a perda de todo o seu “atributo intimidativo, caso o agente, de antemão, já tivesse conhecimento de que, cessada a situação anormal, ou o intervalo de sua vigência, ficaria impune em face da injunção de retroatividade da nova norma retora da competência punitiva.”

No tocante às normas em branco contidas no Direito Administrativo Sancionador, Péricles Ferreira de Almeida (2019, p. 157) adota idêntico posicionamento àquele encontrado no Direito Penal. Isto é, caso a norma complementar do tipo infracional seja alterada, não será possível retroceder a nova regulamentação para alcançar o fato anteriormente praticado. Para melhorar elucidar a hipótese, cite-se o caso dos valores de dispensa de licitação para obras e serviços de engenharia fixados no art. 24, I c/c o art. 23, I ambos da Lei n. 8.666/93. Com a alteração do valor limite para a modalidade de licitação “convite” promovida pelo Decreto n. 9.412/2018 (de R\$ 150 mil para R\$ 330 mil), o preço-teto para a dispensa de licitação foi automaticamente majorado. Seguindo a linha de intelecção do autor, essa alteração normativa, contudo, não poderia ser utilizada para beneficiar qualquer acusado, pois o princípio da retroatividade da norma mais benéfica não seria aplicado em tal caso.

A doutrina e a jurisprudência estudadas defendem a aplicação do princípio da retroatividade da norma mais benéfica em todo o Direito Administrativo Sancionador com base no argumento da unicidade do direito punitivo estatal, ou seja, da ausência de diferença ontológica entre as infrações administrativas e os crimes.

Além desse principal argumento, outros também se revelam presentes, em menor ou maior medida, como a (i) a necessidade de apenar os infratores de modo semelhante (princípio da igualdade), logo, a Administração não poderia sancionar um particular por um ato e, posteriormente, afirmar ser aquela conduta legal, deixando de apenar outras pessoas, (ii) a lei mais benéfica ao acusado deveria ser aplicada, por ser ela mais atual, mais próxima do pensamento e anseios da sociedade, e, por fim, (iii) a noção jurídica de “quem pode mais, pode o menos”, isto é, se a lei penal de natureza mais severa deve retroagir para melhorar a situação do apenado, tal fato também deveria ocorrer para as leis de sanções mais brandas.

3.2. TESE INTERMEDIÁRIA À RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA EM TODO O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Fábio Medina Osório possui um entendimento intermediário acerca da aplicação da retroatividade mais benéfica no Direito Administrativo sancionador. O autor analisa o tema partindo do pressuposto de ser a retroatividade mais benéfica a regra geral no Direito Público Punitivo, incluso o Direito Administrativo Sancionador, pois quando o legislador a previsse, “estaria apenas registrando um valor imanente à ordem constitucional, contemplando instituto que abriga valores universais ligados ao Direito Punitivo” (OSÓRIO, 2019, p. 288). Em casos dessa natureza, sustenta o autor não haver qualquer dúvida acerca da constitucionalidade da previsão legal.

Lado outro, o legislador poderia impor expressamente restrições a essa retroatividade. Nessa hipótese, o intérprete deveria analisar se essa restrição possuiria algum fundamento no Estado Democrático de Direito, perquirindo acerca do direito fundamental impactado por essa restrição. Dessa feita, se a retroatividade mais benéfica fosse prevista legalmente, essa regra temporal poderia ser analisada no caso concreto pelo aplicador jurídico.

Problema ainda mais complexo ocorreria quando não houvesse menção expressa do legislador acerca do tema. Nesse caso, Fábio Osório (2019, p. 289) afirma que a retroatividade deveria operar quando os valores tutelados forem mais estáveis, “daqueles que demandam políticas públicas punitivas coerentes e centradas em escolhas racionais, dotadas de vocação à estabilidade, o que revelaria à priori, vocação à retroatividade” (OSÓRIO, 2019, p. 289).

3.3. TESES DESFAVORÁVEIS À RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA EM TODO O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Na doutrina, colaciona-se a posição de Rafael Munhoz Mello (2007, p. 153), enquanto Karla Virgínia Bezerra Caribé (2013) nega a retroatividade das normas mais benéficas para o Direito Ambiental. A Advocacia Geral da União – AGU¹⁸ tem posicionamento contrário à retroatividade das normas mais benéficas no Direito Administrativo Sancionador.

18. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (PARECER n. 00028/2015/DEPCONSU/PGF/AGU, constante no NUP: 00400.001077/2015-89).

Conforme pontuado em momento anterior desse trabalho, os princípios constitucionais penais não podem ser aplicados diretamente para o Direito Administrativo Sancionador, como se os dois ramos do direito estivessem submetidos ao mesmo regime jurídico principiológico. Do mesmo modo como laborado com o princípio da legalidade, quando se defendeu ser ele haurido do art. 5º, II da CF para o Direito Administrativo Sancionador, a aplicação da lei no tempo deve ser regida prioritariamente pelo art. 5, inciso XXXVI da CF, segundo o qual a “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Defendendo-se assim a aplicação, em regra, do princípio da irretroatividade das leis a ser aplicado no Direito Administrativo Sancionador.

No âmbito do STJ, é possível encontrar os seguintes acórdãos sustentando a irretroatividade da norma mais benéfica para o Direito Administrativo Sancionador: AgInt no REsp 1796106/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019; REsp 1.176.900/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20/4/2010, DJe 3/5/2010; AgRg no REsp 761.191/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 12/5/2009, DJe 27/5/2009.

A primeira razão para a impossibilidade de haurir do texto constitucional o princípio da retroatividade da norma mais benéfica em todo o Direito Administrativo Sancionador reside na literalidade do próprio texto constitucional. O enunciado normativo do inciso XL do art. 5º da CF, ao mencionar expressamente as locuções “lei penal” e “réu” não deixa dúvida que sua norma é destinada para o Direito Penal. Além disso, o seu enunciado normativo faz uso de uma regra geral em sua primeira parte (“a lei penal não retroagirá”), prevendo ainda uma exceção em sua segunda parte (“salvo para beneficiar o réu;”). Por se tratar de exceção, é lição comezinha do Direito que exceções devam ser interpretadas restritivamente, o que impõe a impossibilidade jurídica de ampliar a exceção constitucional para todos os ramos do Direito Público Punitivo.

O segundo fundamento para a recusa na aplicação ampla e irrestrita do princípio da retroatividade da norma mais benéfica em todo o Direito Administrativo Sancionador é o fundamento dessa retroatividade, como aponta Rafael Munhoz Mello (2007, p. 153):

A regra é a irretroatividade das normas jurídicas, sendo certo que as leis são editadas para regular situações futuras. O dispositivo constitucional que estabelece a retroatividade da lei penal mais benéfica

funda-se em peculiaridades únicas do direito penal, inexistentes no direito administrativo sancionador.

Com efeito, a retroatividade da lei penal mais benéfica tem por fundamento razões humanitárias, relacionadas diretamente à liberdade do criminoso, bem jurídico diretamente atingido pela pena criminal. [...]

Por tais fundamentos, não se pode transportar para o direito administrativo sancionador a norma penal da retroatividade da lei que extingue a infração ou torna mais amena a sanção punitiva. No direito administrativo sancionador aplica-se ao infrator a lei vigente à época da adoção do comportamento ilícito, ainda que mais grave que lei posteriormente editada. Diversamente do que ocorre no direito penal, assim, não há no direito administrativo sancionador o princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao infrator.

Não se ignora aqui a existência de sanções administrativas especialmente gravosas (e.g. extinção da pessoa jurídica), existindo ainda sanções penais bastante similares aquelas impostas na seara administrativa (e.g. multa). O fato é que, em regra, a sanção penal é mais gravosa do que aquela imposta na seara administrativa, atingindo a liberdade de locomoção do apenado. Deste modo, a retroatividade da lei mais benéfica em material penal tem um viés humanitário que não se repete no campo administrativo, não justificando igual retroatividade.

Em terceiro lugar, já fora pontuado que o Direito Administrativo Sancionador possui uma ampla presença nos mais variados setores da vida social. Essa sua característica impõe uma necessária compatibilização de suas normas com o setor a ser regulado, impedindo o uso de soluções-padrão, pretensamente hauridas do texto constitucional. Há setores que devido ao seu elevado dinamismo, soluções-padrão com base em normas despenalizadoras podem ter efeitos deletérios no sistema regulado.

Um exemplo pode ajudar a entender a inviabilidade do princípio em que haja forte regulação estatal, para isso se valerá do caso do setor de telecomunicações. As concessionárias de telecomunicações possuem o dever de universalizar a prestação do serviço de telefonia fixa (parágrafo único do art. 63 da LGT). Para densificar esse objetivo de universalização em metas mais concretas, passíveis de serem objetivamente mensuradas, periodicamente o Poder Executivo edita decretos contendo regras de “disponibilidade de instalações de uso coletivo ou individual,

ao atendimento de deficientes físicos, de instituições de caráter público ou social, bem como de áreas rurais ou de urbanização precária e de regiões remotas” (art. 80 da LGT).

Entre outras obrigações, determinou-se às concessionárias expandir a oferta de terminais de uso público - TUP, popularmente conhecidos como “orelhões”. Ocorre que o desenvolvimento tecnológico experimentado no setor tornou rapidamente os TUPs inúteis, ante a massificação da telefonia móvel. Ora, se se entender aplicável o princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao setor de telecomunicações, com a paulatina retirada das obrigações de expansão dos TUPs, os descumprimentos das normas de regulatórias de universalização mediante TUPs deixarão de serem caracterizados como infrações administrativas.

O problema dessa estratégia regulatória é o seu potencial prejuízo ao setor, na medida em que favorece riscos morais, isto é, quando a regulação induz a comportamentos arriscados dos regulados, incentivando-os a apostarem que, por algum motivo, não precisarão suportar (total ou parcialmente) os custos desse risco. *In casu*, incentiva-se as empresas prestadoras de serviço de telecomunicações a contestar as sanções administrativas no Poder Judiciário, visando unicamente protelar o seu dever de cumprimento da sanção administrativa, apostando na evolução tecnológica, na conseqüente alteração regulatória, e assim na extinção de sua punibilidade infracional.

O caso utilizado foi o dos TUPs, mas ele pode ser extrapolado para inúmeros outros casos no setor de telecomunicações (e.g. alterações em obrigações dos direitos dos consumidores, alterações de indicadores de qualidade do serviço).

Um outro setor pode ser utilizado como exemplo para comprovar a impossibilidade de aplicação automática do princípio da retroatividade da norma mais benéfica em todo o Direito Administrativo Sancionador, trata-se do Direito Ambiental. Nesse ramo jurídico, também não é conveniente a aplicação do referido princípio. Aqui, em que pese inexistir o dinamismo do setor de telecomunicações, os princípios constitucionais de proteção do meio ambiente devem imperar, de modo a desestimular toda e qualquer conduta infracional ao meio ambiente. Com a alteração legislativa imposta pelo novo Código Florestal (Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012), o STJ apreciou inúmeros casos em que se alegava a retroatividade de norma mais benéfica, entre os quais, cita-se: REsp 980.709/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 2.12.2008; PET no Recurso

Especial nº 1.240.122-PR, Rel. Min. Herman Benjamin. Julgado em 02/10/2012 e publicado em 19/11/2012;

No PET no Recurso Especial nº 1.240.122-PR, o Rel. Min. Herman Benjamin assim expressou seu entendimento desfavorável à aplicação da retroatividade de norma mais benéfica no Direito Ambiental:

Importa, finalmente, alertar que se deve ter cautela na pura e simples transposição para o âmbito florestal administrativo e civil da previsão constitucional de que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, inciso XL, grifei). Mesmo que se entenda, de maneira extensiva, que tal dispositivo aplica-se a toda e qualquer norma de imposição sancionatória (postulados extrapenais, isto é, os administrativos e civis), evidente que não se podem colocar sanções tributárias, de trânsito, de pesos e medidas, etc., em pé de igualdade com as de natureza ambiental. Primeiro, porque, na esfera ambiental, a relação jurídica básica não é apenas entre Estado e particular, mas entre as gerações futuras e o utilizador de recursos naturais. Aqui, o Estado nada mais é que mero administrador de peculiar e transcendental modalidade de bem de uso comum do povo - valor fundamental da sociedade contemporânea – a quem se atribui o officium de cumprir obrigação fiduciária intergeracional, baseada na confiança e nos deveres de lealdade e exercício razoável e proporcional do poder de gestão legislativa, executiva e judiciária. É a concepção do Estado Fiduciário Ambiental, sob o manto do qual, tomando de empréstimo o pensamento de Evan Fox-Decent (*Sovereignty’s Promise: The State as Fiduciary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 35 e 233), jamais se legitimará atuação estatal lastreada, aberta ou disfarçadamente, em discriminações arbitrárias, violadoras da dignidade e da igualdade entre os sujeitos-beneficiários, presentes e futuros, daí decorrendo, por outro ângulo, limites ao próprio conteúdo substantivo de legislação que, a ser diferente, seria válida¹⁹.

Os setores do Direito das Telecomunicações e do Direito Ambiental foram mencionados como exemplos da inadequação da aplicação da retroatividade de norma mais benéfica. Isso não quer dizer que o princípio deva ser afastado peremptoriamente do Direito Administrativo Sancionador. Ao contrário, significa dizer somente que cabe ao legislador apreciar em quais searas jurídicas ele deve ser aplicado, homenageando-se assim ao princípio da legalidade (art. 5º, II da CF). Caso não haja previsão legal

19. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.240.122-PR.

acerca do tema, resta implícito que o legislador adotou a regra geral, qual seja, a irretroatividade das normas jurídicas.

O Direito Administrativo Sancionador, antes de ser um meio de impor sanções ao particular, é uma sub-ramo de diversos outros sistemas jurídicos, como o Direito Administrativo, Direito Regulatório, Direito Ambiental, Direito Tributário, entre outros. Dessa feita, as normas jurídicas desses sistemas devem repercutir nas sanções nele intestinas, restando desarrazoado buscar o fundamento de todos esses micro-sistemas punitivos no Direito Penal. Como alerta Alejandro Nieto (2012, p. 144), o Direito Administrativo Sancionador é, antes de mais nada, Direito Administrativo, recaindo o adjetivo *Sancionador* como meio de dar a ele uma qualificação de punitivo, mas sem retirá-lo a natureza de *Administrativo*.

Em resumo, a tese favorável à aplicação do princípio da retroatividade da norma mais benéficas em todo o Direito Administrativo Sancionador com base no argumento da unicidade do direito punitivo estatal, não merece prosperar, pois (i) atenta contra a literalidade do texto constitucional, (ii) o fundamento da retroatividade benigna presente no Direito Penal não se revela presente no Direito Administrativo Sancionador e (iii) ainda uniformiza o tratamento de um tema que não comporta uma solução unitária.

Expostos os argumentos contrários à adoção do benefício da retroatividade benigna ampla e irrestrita ao Direito Administrativo Sancionador, cumpre ainda tecer alguns comentários acerca dos argumentos expostos pelas duas outras teses. Além desse principal argumento, mais acima elencou-se outros três que porventura são utilizados para referendar a tese da aplicação da retroatividade benigna. São eles: (i) a necessidade de apenar os infratores de modo semelhante (princípio da igualdade), logo, a Administração não poderia sancionar um particular por um ato e, posteriormente, afirmar ser aquela conduta legal, deixando de apenar outras pessoas, (ii) a lei mais benéfica ao acusado deveria ser aplicada, por ser ela mais atual, mais próxima do pensamento e anseios da sociedade, e, por fim, (iii) a noção jurídica de “quem pode mais, pode o menos”, isto é, se a lei penal de natureza mais severa deve retroagir para melhorar a situação do apenado, tal fato também deveria ocorrer para as leis de sanções mais brandas.

O primeiro argumento escora-se no princípio da igualdade, ao defender ser injusto sancionar pessoas de modo distinto quando tenham elas cometido o mesmo ato. Somente seria possível utilizar o critério temporal

(fato cometido antes ou depois da lei mais benéfica) como método para ofertar respostas sancionatórias diversas, caso ele venha acompanhado de outra razão para tanto (ALMEIDA, 2019, p. 155). 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.

Caso se empregue o princípio da retroatividade da norma mais benéfica no Direito Administrativo Sancionador, certamente deverá se estabelecer um ponto máximo de retroação. Utilizando-se o Direito Penal como norma integradora, seria o cumprimento da pena. Portanto, caso uma lei administrativa exclua a natureza infracional de uma conduta, aquele que pagou a multa administrativa um dia antes da entrada em vigor da lei não poderá ser agraciado por ela. Como se vê, essa tese não labora em favor do princípio da igualdade, apenas desloca no tempo o critério de distinção, migrando da entrada em vigor da lei para o cumprimento da sanção.

Utilizando-se a tese da retroatividade da norma mais benéfica no Direito Administrativo Sancionador e tendo como limite a data de cumprimento da sanção, poderia-se chegar a casos ainda mais flagrantemente violadores do princípio da igualdade. Suponha dois sujeitos apenados pela mesma sanção administrativa. Suponha ainda que um deles está em mora de sua dívida, enquanto o outro efetuou seu pagamento. Nesse caso, se o pagamento ocorreu um dia antes da entrada em vigor da nova lei mais benéfica, ele não poderá reaver o que pagou, enquanto o outro terá sua multa administrativa anulada, beneficiando-se de sua mora.

Quanto ao dever de aplicar a lei mais benéfica por ser posterior, esse argumento também não pode prosperar. Se o critério fosse unicamente a cronologia legal, *a contrario sensu* poder-se-ia aplicar também a lei retroativa mais prejudicial, por ser aquela mais ajustada aos anseios sociais.

Ademais, não convence o argumento de que se o benefício da retroatividade da norma é deferido para as sanções mais pesadas, também o deveria ser para as sanções mais leves (noção jurídica de “quem pode o mais, pode o menos”). Argumento dessa natureza é utilizado quando se busca extrair de um comando legal outorgante de algum dever/faculdade/ônus, um outro dever/faculdade/ônus não previsto expressamente em lei e inferior àquele efetivamente positivado. Não é esse o caso. Aqui, se busca aplicar por analogia um dispositivo jurídico criado para um ramo jurídico para um outro.

A tese intermediária defendida por Fábio Medida Osório possui a vantagem de deferir ao legislador a opção de se valer da irretroatividade da lei no campo do Direito Administrativo Sancionador. Todavia, discorda-se do referido entendimento quando é defendida a aplicação da retroatividade da norma mais benéfica como regra geral no Direito Administrativo Sancionador. O autor sugere a noção a ser aplicada pelo intérprete de que setores demandantes de políticas públicas punitivas mais perenes sejam agraciados com a retroatividade da lei mais benéfica. Todavia, esse não parece ser o único vetor de decisão, conforme se percebeu do Direito Ambiental, em que o STJ entendeu ser o bem jurídico em si o fator de necessário impedimento de retroação normativa mais benéfica.

Nessa senda, prefere-se outorgar unicamente ao legislador a função de definir quais seriam esses setores merecedores da retroatividade da lei mais benéfica. Na ausência de lei, aplicável será o princípio da irretroatividade das normas.

4. CONCLUSÃO

Ao longo desse trabalho pontuou-se inexistir um regime jurídico unificado para os princípios do Direito Público Punitivo, ramo jurídico que abarcaria todas as formas de sanções aplicadas pelo Poder Público.

Partiu-se do estudo do tema na Espanha, país em que houve uma forte evolução doutrinária e jurisprudencial sobre a origem comum do Direito Administrativo Sancionador e do Direito Penal. Nesse país, a unificação do regime principiológico comum do Direito Punitivo Público, tendo como base o Direito Penal, não tardou em apresentar dificuldades práticas ao Direito Administrativo Sancionador. Tais dificuldades foram contornadas pela jurisprudência espanhola ao defender que a aplicação dos princípios penais no Direito Administrativo Sancionador deveria ocorrer com matizes, isto é, aplicava-se o princípio constitucional penal, mas de modo diverso daquele aplicado no Direito Penal.

O Direito Administrativo Sancionador brasileiro convive com normas bastante variadas que não seguem os princípios do Direito Penal, como se demonstrou para o princípio da legalidade. Essa constatação é fruto da inadequação (ou adequação imperfeita) dos princípios penais ao Direito Administrativo Sancionador como um todo. Isso porque o Direito Penal possui pressupostos teóricos (punição da pessoa natural, culpabilidade, sanções de restrição do direito de locomoção e *etc*) diferentes

do Direito Administrativo Sancionador. Além disso, as finalidades do Direito Administrativo Sancionador são bastante variadas, posto o Direito se espalhar por todos os ramos da vida social.

Dessa feita, apesar de se constatar inexistir uma diferença ontológica entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal, e ainda se compreender que esses dois ramos do Direito buscam seu fundamento no texto constitucional, não é possível concluir que os princípios constitucionais penais possam produzir efeitos no Direito Administrativo Sancionador tal e qual o fazem no Direito Penal.

Se não é possível fazer esse transplante de princípios penais ao Direito Administrativo Sancionador de modo irrestrito, restou necessário aferir se seria possível empregar o princípio da retroatividade da norma mais benéfica contida no Direito Penal para todo o Direito Administrativo Sancionador. Por variados motivos expostos ao longo do trabalho, concluiu-se não ser possível (nem benéfico) aos mais variados sistemas jurídicos aplicar o princípio da retroatividade da norma mais benéfica indiscriminadamente em todo o Direito Administrativo Sancionador. Ao contrário, deve-se aguardar o posicionamento favorável do legislador em expressamente prever sua aplicação. Caso não o faça, entende-se que deva vigorar o princípio da irretroatividade das leis.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002,

ALMEIDA, Péricles Ferreira de. O princípio da retroatividade da norma mais benéfica no *Direito Administrativo Sancionador*. In: *Direito administrativo sancionador*. Coord. José Roberto Pimenta Oliveira. São Paulo: Malheiros. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 20 Mai. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>.

BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

CARIBÉ, Karla Virgínia Bezerra. Da aplicação do novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012) à projeto de reparação ambiental por dano praticado na vigência da legislação anterior um estudo sobre a aplicação da lei ambiental no tempo. *Revista da AGU*. v. 12, n. 35. 2013.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Espanha [*Constituição (1978)*].

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adílson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros. 2001.

FERREIRA, Daniel. Vinte anos de reflexões acerca das sanções e das infrações administrativas: revolvendo alguns temas polêmicos, complexos e atuais. In: *Direito administrativo sancionador*. Coord. José Roberto Pimenta Oliveira. São Paulo: Malheiros. 2019.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 430.

FRANÇA, Rubens Limongi. Da Irretroatividade das Leis no Direito Romano. *Revista Da Faculdade De Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo. v. 69 n. 1, 125-147. 1974. Recuperado de <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66717>.

FREIRE, André Luiz. Direito Público Sancionador. In: *Direito administrativo sancionador*. Coor. José Roberto Pimenta Oliveira. São Paulo: Malheiros. 2019. p. 72.

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

LLOBREGAT, José Garberí. *Derecho administrativo sancionador práctico: cometários, jurisprudencia y normativa reguladora*. Prática del procedimiento administrativo sancionador común. Vol. II. Barcelona: Editorial Boch, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1996.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira De. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

MELLO, Rafael Munhoz de. In *Temas de Direito Administrativo*, vol. 17, “Princípios Constitucionais do Direito Sancionador”. Editora Malheiros, 2007.

MERCADO, Francisco García Gómez de. *Sanciones administrativas*. 4. ed. Granada: Comares Editorial. 2017.

MONTE, Mário Ferreira. *O direito penal europeu: de “Roma” a “Lisboa” – subsídios para a sua legitimação*. Lisboa: Quid Juris, 2009.

NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2012.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 219, p. 127-151, jan. 2000. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47499/45245>>. Acesso em: 23 Mai. 2020.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1985.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019.

OGUS, Anthony. *Regulation legal form and economic theory*. Oregon: Oxford and Portland. 2004.

PUIG, Manuel Rebollo et al. Derecho administrativo sancionador. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Madrid, n. 173, p. 155-179, noviembre 2015.

PUIG, Manuel Rebollo et al. *Panorama del derecho administrativo sancionador em España - los derechos y las garantías de los ciudadanos*. Estud. Socio-Jurídico, Bogotá (Colombia), 7(1): 23-74, enero-junio de 2005.

SANDULLI, Aldo M. *Diritto amministrativo*. Vol. I, 15. ed. Napoli: Jovene Editore, 1989.

SCHIRATO, Vitor Rhein, Legalidade e tipicidade no exercício da função sancionadora pela Administração Pública. In: Vitor Rhein Schirato. (Org.).

Estudos atuais sobre ato e processo administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 169-190.

VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação.* Belo Horizonte: Fórum. 2018.