

Retroatividade da lei mais benigna e a improbidade

Desde que o texto do PL nº 10.887/2018 [\[1\]](#) — que deu impulso ao processo de alteração da chamada Lei de Improbidade Administrativa (LIA) — começou a sofrer modificações e a incorporar um viés mais protetivo, já era possível antever que, se aprovado, traria à tona a discussão acerca da incidência do princípio da retroatividade da lei mais benéfica fora do clássico âmbito penal. A despeito de se tratar de um estatuto de teor cominatório, antes mesmo da promulgação da Lei nº 14.230/2021, o debate em torno do assunto já tinha começado, vindo a se intensificar depois que o Supremo Tribunal Federal (STF), no [Tema 1.199](#), deu a repercussão geral da matéria, consolidando o Tema de nº 1.199.



**Jacinto de Miranda
Coutinho**
Advogado e professor

O cerne da discussão está na dimensão que a expressão "lei penal",

contida no artigo 5º, XL, da CR ("*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*"), pode alcançar. Mais especificamente: se ela abarcaria as disposições da LIA.

É da índole democrática a inexistência de unanimidade na interpretação, notadamente, se se tem farta produção normativa [\[2\]](#). Todavia, como o ordenamento jurídico bloqueia certos caminhos à exegese, nem todas as direções são viáveis. Com um mínimo acordo de linguagem — em face da CR — a solução para esse impasse poderia ser definida sem tumulto nem delongas, solvendo-se dissidências pontuais. O problema é que o básico teria de vir descontado, aparecendo sempre como pressuposto; e a frequência com que se tem visto isso acontecer é menor do que o desejável [\[3\]](#). Em suma, tem coisas que se não deveria e nem precisaria explicar, embora, na prática, nem sempre seja assim.

A questão, portanto, é singela, mas parece escapar a alguns: no contexto de um Estado de Direito social e democrático, nenhuma norma se encerra na literalidade da lei e nenhum dispositivo tem vida própria. Por trás dos textos há um quadro axiológico que conforma uma racionalidade e constitui um específico vetor de significação. Todas as normas que emanam da Constituição de 1988 compõem um sistema, situado no *paradigma do Estado Constitucional*, cujo princípio reitor — elemento unificador de sentido — é a *centralidade da pessoa* [4]. Não por outra razão — estando superado o velho estágio do *Estado Legislativo* em que a Constituição não ultrapassava os limites do papel [5] —, aos direitos fundamentais incumbe funcionar como "*parâmetro de (des)legitimação dos Estados*" [6]; e ao princípio da proporcionalidade, como critério limitador da ingerência estatal sobre as esferas individuais, especialmente no que repercute como proibição de excesso.

Nada disso adquiriria consistência, fora dos limites da retórica, se se mantivesse o enfoque mais nos invólucros do que no conteúdo dos atos estatais interventivos.

Que a ação de improbidade tem caráter repressivo e não é — nem nunca foi — uma simples ação civil, nem seria preciso dizer. Mas até isso a Lei nº 14.230/2021 fez questão de explicitar, na forma do artigo 17-D [7], para não ficar dúvida. A prática de um ato de improbidade — como de qualquer outro ato ilícito — também pode gerar consequências civis-patrimoniais, mas no quadro de conflitos que reclamam a atuação do Estado, eles, os atos de improbidade, não se situam na mesma órbita das infrações repudiadas nas relações jurídicas tipicamente privadas [8]. As sanções pessoais que se lhes aplicam são graves e visam coibir violações a interesses — de dimensão supraindividual —, que autorizam, tal como se passa com as penas criminais, uma ingerência estatal restritiva de direitos mais incisiva. Um tipo de ingerência que se desenvolve num cenário processual pouco paritário — qual seja, aquele em que se expressa a potestade repressiva, prerrogativa mais invasiva detida pelo Estado —, onde o suposto infrator ocupa a posição mais vulnerável.

Essa potestade pode ser exercitada, basicamente, por duas vias: uma, penal judicial; e, outra, sancionadora administrativa ou judicial. Trata-se, no entanto, de um fracionamento de caráter político-normativo, cuja utilidade reside na pretensa capacidade de viabilizar o funcionamento coerente dos órgãos aos quais se delega a proteção dos diversificados interesses que lhe autorizam o manejo. Dentro de um sistema normativo escalonado, nada obstante, essas duas vias acabam reconduzidas a um núcleo comum — público-constitucional — que afeta, antes, o *ius puniendi*; e, assim, quaisquer atos que se submetam a ele.

O Direito Administrativo Sancionador — que tem raízes na doutrina do Direito Penal Administrativo [9] —, algumas vezes, dirige a força coercitiva do Estado ao atendimento de objetivos que escapam aos limites do Direito Penal. Outras vezes, porém, ocupa o mesmo espaço que lhe é próprio [10]. A maior parte dos ilícitos administrativos diz com condutas de mera desobediência a normas de organização e controle, não sendo aplicável, em regra, a ideia de ofensividade, nesse âmbito. Quando se aprofunda, porém, a análise acerca das fronteiras que separariam o ilícito administrativo do ilícito penal, "*em alguns casos, pode-se verificar a efetiva existência de bens jurídicos coletivos cuja tutela transita em ambos os subsistemas jurídicos*", tal como aponta Ana Elisa Bechara [11].

Disso decorre uma série de consequências, a começar pela necessidade de submissão a um regime próprio e rigoroso [12], o que é por demais relevante. Tanto que a nova LIA veio assegurar, também, textualmente: *"aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador"* (artigo 1º, § 4º).

Na prática, os princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador conformam o regime jurídico a que se submete, em sentido amplo, a intervenção repressiva; e, basicamente, decorrem dos dispositivos constitucionais e legais que resguardam direitos e garantias aos acusados em geral frente a qualquer investida punitiva, incluídos aqueles decorrentes de tratados e convenções internacionais incorporados ao ordenamento jurídico, com respeito ao disposto no artigo 5º, § 2º, da CR. Da mesma forma, não se trata de um regime forjado a partir de uma simples transposição de princípios e garantias do Direito Penal, mas de um regime — legatário, antes, do Estado de Direito [13] — que lhes cobra regência material e, por consentâneo lógico, desautoriza que técnicas de divisão metodológica das matérias por ramos de especialidade sejam aproveitadas para enclausurar a sua vigência, o que não significa que sejam incabíveis distinções e/ou gradações [14].

O ponto é que nem a fragmentação subjetiva da titularidade ativa, nem a outorga de diferentes graus de efeito aflitivo às medidas punitivas — com possível matização das garantias, a depender das circunstâncias — comprometem a unidade do regime jurídico a que se subordina a intervenção punitiva. Sobretudo, porque o próprio poder investido no Estado é uno e indivisível [15] e ele — que não é um fim em si mesmo — nunca fica desincumbido do ônus de priorizar a satisfação dos direitos individuais. Por isto é que os limites da legitimidade de sua atuação se definem pela substância dos seus atos; e não pelos nomes que lhes são dados.

Diante da impossibilidade de estabelecer diferenças ontológicas entre os ilícitos — visto que, em termos reais ou não normativos, não dá para dizer nem que os ilícitos são iguais, nem que são diferentes [16] — e da ampla margem de discricionariedade de configuração normativa detida pelo legislador, a importância disso é de primeira ordem. Ainda mais em se tratando de atos de improbidade, pela correlação que possuem com tipos penais e pela equivalência material que se verifica entre as sanções aplicáveis — tirando a pena privativa de liberdade —, as quais, não raras vezes, acabam dotadas até de maior severidade na esfera administrativo-sancionadora.

A previsão do artigo 5º, XL, da Constituição, reclama observância, nessa esfera, por conta disso, resumidamente. Do mesmo modo, o artigo 9º, da Convenção Americana de Direitos Humanos [17], à qual o Brasil aderiu através do Decreto nº 678/1992. E isso, tanto no que diz respeito aos processos em curso, quanto no que se refere aos casos decididos com base na LIA, com a redação que lhe foi dada em 1992. Por quê?

Primeiro, porque a própria racionalidade embutida no regime que se lhes aplica impõe que nenhum caso seja relegado, *prima facie*; e, depois, porque — o que, aliás, não deixa de ser condizente com esse regime — há um outro dispositivo em vigor, dirigido às leis produtoras de efeitos penais, que verticaliza e completa o preceito constitucional, afirmando que *"a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado"* (o artigo 2º, parágrafo único, do CP).

Não há dúvida de que, como regra, o princípio da retroatividade da lei mais benéfica vigora, em sua plenitude, na órbita penal. A (críticável) posição dominante ainda excetua disposições de conteúdo eminentemente processual, por conta da previsão do artigo 2º, do CPP. Nada obstante, no caso das denominadas *leis mistas, híbridas ou bifuncionais* (que possuem, ao mesmo tempo, conteúdo material e instrumental), deve-se ter como certo que, na falta de um critério de eficácia temporal específico, ela deve prevalecer, por seu *status* constitucional (vide [coluna](#)).

A exemplo da Lei nº 13.964/2019, no que regula o acordo de não persecução penal (ANPP), a Lei nº 14.230/2021 contém preceitos de direito instrumental (por alterar, em parte, o rito procedimental do respectivo processo e dispor acerca de medidas acautelatórias, por exemplo) e de direito material (operando, inclusive, com *abolitio criminis*), nada prevendo acerca de sua eficácia intertemporal. Logo, cumpre atribuir efeitos retroativos às disposições novas que confirmam maiores benefícios aos réus. Sempre, com aferição no plano concreto, já que essa benignidade pode decorrer de inúmeros fatores e variar de um caso para outro [\[18\]](#).

E isto vale tanto para os processos em fase de conhecimento, quanto em cumprimento da sentença porque, além do mais, os preceitos definidores de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, LXXIX, § 1º, da CR). Sem falar que a hipótese comporta interpretação ampliativa tão só pelo fato de estar em causa um dispositivo legal que concede direitos. Trata-se de um postulado (esse, de que as leis que conferem direitos comportam interpretação ampliativa) tão primário, que remonta ao *Codex Iuris Canonici* [\[19\]](#).

[\[1\]](#) Depois renumerado como PL nº 2.505/2021.

[\[2\]](#) Sobre o assunto: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. v. 2.

[\[3\]](#) Em meio a outros, nada obstante, há dois exemplos notáveis: MAIA FILHO, Napoleão. O princípio da retroatividade da lei sancionadora mais benigna. *Conjur*, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-04/napoleao-maia-filho-principio-retroatividade>. Acesso em 18/5/2022; e GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; LIMA, Diogo de Araujo; FAVRETO, Rogerio. O Direito Intertemporal e a nova Lei de Improbidade Administrativa. *ConJur*, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-18/opiniao-direito-intertemporal-lei-improbidade>. Acesso em 18/5/2022.

[\[4\]](#) SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 95).

[5] Sobre o tema: HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 99-103.

[6] ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 87.

[7] "Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos".

[8] JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada* : Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 19.

[9] NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed. Madri: Tecnos, 2012, p. 139-143.

[10] Esta constatação é tão verdadeira e antiga que o próprio precursor da teoria do direito penal administrativo, o autor alemão James Goldschmidt, dizia que ele (o direito penal administrativo) era um direito pseudopenal – apesar de lhe conceber como um instituto da administração –, designando como *parte penal do direito administrativo (strafrechtlicher Theil des Verwaltungsrechts)* o ramo do direito administrativo ao qual vinculava as prerrogativas estatais dignas de proteção penal. (GOLDSCHMIDT, James Paul. *Das Verwaltungsstrafrecht*. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1902, p. 556-558).

[11] BECHARA, Ana Elisa. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 246.

[12] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro* : volume 1: parte geral. São Paulo: RT, 2011, p. 137); COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 261 f. Tese (Livre Docência) — Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 178.

[13] Neste sentido, dentre outros: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La autotutela, los limites al poder sancionador de la administracion publica y los principios inspiradores del derecho penal. *RAP*, nº 126, p. 253-293, 1991; VITTA, Heraldo Garcia. A atividade administrativa sancionadora e o princípio da segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 667-680, p. 677-678.

[14] OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 99-101.

[15] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 216-217; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 31.

[16] BECHARA, Ana Elisa. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 245; AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho Penal Administrativo*. Buenos Aires: Arayú, 1955, p. 11-18; NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4ª ed. Madri: Tecnos, 2005, p. 154; BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. *Crimes e Contra-Ordenações: da cisão à convergência material*. 902 f. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, p. 519.

[17] "Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se".

[18] BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 255; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: volume 1: parte geral*. São Paulo: RT, 2011, p. 205.

[19] "*Leges quae poenam statuunt, aut liberum iurium exercitium coarctant, aut exceptionem a lege continent, strictae subsunt interpretationi*", nos termos do Can. 18.

Date Created

20/05/2022