

IMPROBIDADE CULPOSA E A RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA – LÓGICA PENAL PARA O ILÍCITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

CULPABLE IMPROBITY AND THE RETROACTIVITY OF THE MOST BENEFICIAL NORM – PENAL LOGIC FOR THE ADMINISTRATIVE SANCTIONING ILLICIT

Claudia Cristina Barrilari

Doutora em Direito Penal pela USP. Mestra em Direito Penal pela PUC-SP. Advogada. Professora universitária.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0499705858210402>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3224-9818>

claudiabarrilari@gmail.com

Resumo: O artigo analisa a decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 843989, em que se debateu a possibilidade de dar efeito retroativo à modificação sofrida pela Lei de Improbidade Administrativa pela Lei 14.230/2021, que suprimiu a previsão da improbidade culposa. As deficiências do Direito Administrativo Sancionador no Brasil decorrem da ausência de uma adequada estrutura normativa, na qual os sistemas punitivos – penal ou administrativo – estejam sujeitos ao mesmo feixe de garantias. A ausência de previsão normativa poderia ser superada pela atividade hermenêutica judicial.

Palavras-chave: Direito Administrativo Sancionador – Improbidade culposa – Lei penal mais benéfica.

Abstract: The article analyzes the decision of the Federal Supreme Court, in the judgment of the ARE 843989, which discussed the possibility of giving retroactive effect to the modification under the Administrative Improbability Law by Law 14.230/2021, which suppressed the provision of culpable improbity. The deficiencies of the Administrative Sanctioning Law in Brazil arise from the absence of an adequate normative structure, in which punitive systems – criminal or administrative – are subject to the same set of guarantees. The absence of normative provision could be overcome by judicial hermeneutic activity.

Keywords: Sanctioning Administrative Law – Culpable improbity – More lenient penal law.

1. Introdução

Uma das contribuições da Constituição Federal de 1988 para a formação do macrossistema de combate à corrupção deu-se por intermédio do artigo 37, § 4º, que determinou que a lei prevísse sanções específicas para os atos de improbidade administrativa independentemente da ação penal cabível.

Esse dispositivo constitucional abriu as portas para a regulação da corrupção administrativa pela Lei 8.429/1992, com a previsão do controle jurisdicional dos atos de improbidade. Outros instrumentos normativos fazem parte desse macrossistema, como a lei de ação civil pública, a lei de ação popular e as ações de responsabilidade; entretanto é o Código Penal que contempla a dimensão sistêmica dos atos que ensejam a responsabilização civil do enriquecimento ilícito.

Não se quer com isso dizer que apenas os fatos tipificados como crime podem dar ensejo à responsabilização por improbidade. A lei trouxe em seus artigos 9º, 10 e 11 um rol de ilícitos administrativos configuradores da improbidade administrativa, separando-os em três aspectos principais: atos que levam ao enriquecimento ilícito; atos que causam prejuízo ao erário e atos que atentam contra os princípios da administração pública. Por outro lado, o artigo 12 previu penas específicas para cada uma dessas violações. O que transparece na *ratio* da lei é sua lógica penal, apontada por **Scaff e Silveira** (2014) ou, sua natureza de lei penal encoberta, segundo **Bottini e Tamasauskas** (2014, p. 126), de modo que as sanções nela previstas devem contar com a aplicação de regras de hermenêuticas próprias do Direito Penal.

A falta de balizas precisas acerca do Direito Administrativo Sancionador entre nós, gera, há muito, conflitos que decorrem das dificuldades em se construir um sistema independente e autônomo, com limites internos próprios.¹ Não são poucas as dúvidas colocadas quanto à

compreensão do macrossistema de combate à corrupção, principalmente em face do princípio da independência de instâncias e da permissão de que um mesmo fato seja objeto de tutela penal, civil e administrativa. **Helena Regina Lobo da Costa** observa que o paradigma da independência de instância, além de gerar resultados paradoxais e inconsistentes, vai de encontro à ideia de unidade da ordem jurídica (2013, p. 122). O direito punitivo estatal, compreendido à luz da unidade sistêmica da ordem jurídica, coloca em evidência a necessidade de se tutelar ilícito penal e administrativo sob um mesmo feixe de garantias. Assim, “por força da unidade do *ius puniendi* do Estado, consistindo o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal em manifestações de uma mesma singularidade.” (SABOYA, 2014, p. 154).

2. Ilícito administrativo e penal

Na Espanha, a original análise de **Mejía-Patiño** divide em três etapas distintas a evolução do Direito Administrativo Sancionador. Da aceitação e expansão dos poderes administrativos sancionadores, chega-se à terceira fase, de consolidação, marcada por um movimento de contenção à desmesurada expansão ocorrida na fase anterior. Por óbvio, não se despreza a divergência conceitual entre haver diferença quantitativa ou qualitativa entre ilícito administrativo e penal. Para o autor há identidade ontológica entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, de modo que o panorama histórico apresentado visa à legitimação do Direito Administrativo Sancionador a partir desse contexto. Nesse sentido, a evolução histórica e o movimento de consolidação do Direito Administrativo Sancionador culminaram com o reconhecimento de que sua legitimação se assenta no reconhecimento de garantias de proteção ao *ius puniendi* estatal (MEJÍA-PATIÑO, 2008). É preciso ressaltar que o foco da questão, menos do que definir se há diferença substancial entre os ilícitos, incide na estruturação dos princípios e garantias necessários para assegurar a plena proteção dos interesses individuais.²

Sistemas estrangeiros que regulam o Direito Administrativo Sancionador, a exemplo da Itália e da Alemanha, contam com uma regulação sistematizada a partir da proteção de garantias. Nesse sentido, as normas que distinguem o ilícito administrativo dos crimes, consagram como princípios orientadores o princípio da legalidade, da culpabilidade, da imputabilidade e da responsabilidade subjetiva, entre outros (OLIVARES; ROSELL, 2015; REBOLLO-PUIG *et al.*, 2010).

Os movimentos que hodiernamente procuram estabelecer uma distinção qualitativa entre ilícito penal e administrativo, têm, em sua maioria, o objetivo de conter a excessiva administrativização do Direito Penal. Caminham, por assim dizer, no sentido oposto ao que aqui se defende, como resposta ao fenômeno também presente no ordenamento brasileiro de expandir a tutela penal para o bem jurídico coletivo.³

Recentes democracias como a nossa carecem de uma consolidação sistemática do Direito Administrativo Sancionador. Um claro prejuízo dessa deficiente estruturação no Brasil é o que ocorre na Lei Anticorrupção e na adoção da responsabilidade objetiva para as empresas que praticarem qualquer dos atos nela previstos.

Não obstante vozes em sentido contrário (CARVALHOSA, 2015), a construção de um Direito Administrativo Sancionador coerente com os princípios estruturadores de um estado democrático compreende a adoção da responsabilidade subjetiva.⁴ Entretanto, o que parece ocorrer entre nós é a supressão de estruturas normativas e bases hermenêuticas consolidadas sob o império de um suposto rigor que encontra justificativa na necessidade de se estruturar um amplo sistema de combate à corrupção.

Com isso, e, o que é pior, com a complacência dos tribunais, promove-se uma excessiva politização das estratégias, sem um natural equilíbrio a que deveria corresponder as exigências do estado de direito da separação entre política e justiça, cuja melhor expressão se dá na garantia de imparcialidade do julgador.⁵ Separar o joio do trigo e não apequenar a interpretação do direito quando a lei, por omissão ou atecnia, ameaça as fronteiras da justiça faz parte da imparcialidade. O sistema de justiça, quando chamado a aclarar a aplicação da norma genérica ao caso concreto, não deveria aderir aos influxos políticos que transigem com os alicerces do sistema em nome da necessidade de se combater a corrupção.

Impedir o pleno exercício do direito de defesa ou afastar a aplicação de regras de hermenêuticas sensíveis do *jus puniendi* estatal sob o argumento justificante de um suposto permissivo do ilícito administrativo é macular a compreensão do sistema punitivo estatal em sua unidade geral, no qual as restrições de direito impostas como pena, pelo Direito Penal ou pelo Direito Administrativo Sancionador, devem se sujeitar ao imperativo de que as normas benéficas retroagem, ultrapassando inclusive a barreira da coisa julgada.

3. Supressão da improbidade culposa pela Lei 14.230/2021 e a retroatividade da lei benéfica

Essa questão não de toda nova adquire especial significado em face da grande alteração sofrida pela Lei de Improbidade pela Lei 14.230/2021 que, dentre outras modificações de relevo, afastou a possibilidade de responsabilidade culposa, prevista até então para os casos de atos de improbidade que causam prejuízo ao erário. Na redação original do artigo 10, constituía ato de improbidade que causasse lesão ao erário a ação ou omissão, dolosa ou culposa, que desse causa à perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas na lei. Com a nova redação foi suprimida a referência à ação ou omissão culposa, com isso passou-se a se questionar se aqueles que foram condenados a severas sanções impostas pela Lei de Improbidade poderiam se socorrer do princípio basilar da retroatividade da norma mais benéfica.

A retroatividade da norma mais benéfica encontra seu substrato no princípio da proporcionalidade, cuja afetação recai em toda intervenção limitadora de direito do Estado. Consentâneo com a natureza dinâmica do direito, quando o legislador observa um desajuste em determinada situação jurídica e o objeto da tutela, modificando a norma, é essa última norma que deve ser aplicada, ainda que eventual

situação esteja coberta pelo manto da coisa julgada.

Necessário lembrar que a redação original do Código Penal de 1940 observava a possibilidade de retroação dos casos ainda não julgados para qualquer *favor rei* que não a *abolitio criminis*. Conforme a redação original do artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal: "A lei posterior, que de outro modo favorece o agente, aplica-se ao fato não definitivamente julgado e, na parte em que comina pena menos rigorosa, ainda ao fato julgado por sentença condenatória irrecorrível." Segundo Hungria (1955, p. 107):

Com o advento da constituição de 46 (que repetiu, neste particular, preceito da Constituição de 34), foram elevadas à categoria de "garantias individuais" a irretroatividade *in pejus* e a incondicional retroatividade *in melius*. Segundo penso, deve entender-se, em face do preceito constitucional, cancelada a restrição que fazia o Código: toda vez que a lei nova beneficiar, de qualquer modo, o réu, fará marcha atrás, pouco importando a coisa julgada. Voltou-se, assim, ao critério do Código de 90, segundo a interpretação liberal que se lhe dava. [...] **Nos altares do direito penal, a coisa julgada é santa de prestígio muito relativo.** Nem o critério de módica restrição do Código de 40 à retroatividade *in mitius* decorrerá do respeito à *res judicata*, pois esta, evidentemente, não pode servir de tabu impeditivo do *favor libertatis*. Inspirou-o, exclusivamente, uma consideração de ordem prática, como aliás, salientou o ministro Campos, na sua *Exposição de motivos*: "Evita-se com êle uma extensa e complexa revisão ou *ajustamento* de processos já ultimados." (grifo nosso).

Com efeito, essa disposição do Código de 1940, criticada pela doutrina, acabou sendo superada em face do teor do texto constitucional que, à época, já assegurava a plena retroatividade da lei penal mais benéfica como garantia individual (Constituição de 1946, art. 141, § 29). O texto foi alterado pela reforma da parte geral do Código Penal de 1984, passando a dispor 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."

Tal orientação adquire especial relevância quando incidir no cumprimento de pena, imaginando-se que, apesar do trânsito em julgado, a lei mais benéfica tem imediata incidência para impedir a continuidade da sanção ou obstar seus efeitos. Assim ocorre para fazer prevalecer o valor justiça sobre a segurança ou praticidade.

Não foi esse, no entanto, o posicionamento adotado pelo Min. **Alexandre de Moraes**, quando se debateu no Supremo Tribunal Federal a receptividade da lei de alteração da Lei de Improbidade. O julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 843989 (Repercussão Geral Tema 1199) teve como pano de fundo estabelecer se a Lei de Improbidade está adstrita aos princípios do Direito Penal.

O Supremo Tribunal Federal decidiu que o novo texto da Lei de Improbidade Administrativa, com as alterações inseridas pela Lei 14.230/2021, não pode ser aplicado na hipótese de improbidade culposa quando já tenha ocorrido condenação com trânsito em julgado, ainda que em fase de execução de pena.

Prevaleceu o entendimento do relator, Ministro Alexandre de Moraes, de que a Lei de Improbidade está no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, e não do Direito Penal. A Ministra **Rosa Weber**, da mesma forma, entendeu que a lei não pode ser aplicada a atos ocorridos antes de sua vigência. Tanto o presidente do STF, Ministro **Luiz Fux**, quanto a Ministra **Cármem Lúcia** consideraram que a Lei de Improbidade Administrativa está no campo do Direito Civil o que impede sua retroatividade.

Segundo os Ministros **Gilmar Mendes** e **Ricardo Lewandowski**, deveria prevalecer a natureza penal da lei, sendo que a retroatividade da lei mais benéfica é direito do réu não podendo ser interpretada restritivamente, de modo que a lei mais benéfica deve retroagir para alcançar atos ocorridos antes de sua vigência, mesmo quando houver trânsito em julgado.

Em síntese, em relação ao tema foram fixadas as seguintes teses: a) todos os atos de improbidade administrativa exigem a presença do dolo; b) a modalidade culposa revogada pela Lei 14.230/2021 é irretroativa, prevalecendo a eficácia da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF),

ainda que o processo se encontre na fase de execução das penas; c) a nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior, porém sem condenação transitada em julgado.

Observa-se assim, que a opção – política – do Supremo Tribunal Federal guarda uma séria incoerência na medida em que reconhece que a lei integra o Direito Administrativo Sancionador, admite a incidência da nova lei para as situações em curso, e não para os fatos praticados após sua vigência, conferindo-lhe assim caráter retroativo, contudo obstando a retroação para situações já transitadas em julgado.

Em outra ocasião, o Ministro Alexandre de Moraes, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário ARE 1175650 RG/PR, tema 1043 do Supremo Tribunal Federal, que discutia a sujeição a sanções da Lei de Improbidade pela pessoa jurídica que tinha realizado acordo de leniência com base na Lei Anticorrupção (antes da alteração da Lei de Improbidade pela Lei 13.964/2019 que introduziu a possibilidade de Acordo de Não Persecução Cível), reconheceu a possibilidade de que o Direito Administrativo Ordenador admitisse regra excepcional prevista no âmbito do Direito Penal, principalmente quando a finalidade fosse assegurar a prevalência dos direitos fundamentais da Constituição (ARE 1175650 RG/PR, j. 12/04/19).

Por outro lado, sanção imposta em procedimento administrativo visando à suspensão do direito de dirigir em virtude de alteração imposta pela Lei 14.071/2020 ao artigo 261, do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), aumentou de 20 para 40 os pontos para ensejar a referida penalidade, o que motivou ações individuais buscando a retroação benigna da Lei 14.071/2020, a fim de afastar a imposição de pena de suspensão do direito de dirigir para os condutores que tiveram

seu direito de conduzir suspenso. Nesse contexto, de restrições muito menos severas do que as sanções impostas pela Lei de Improbidade, tem-se aplicado a possibilidade de retroação da norma mais benéfica em âmbito administrativo, conforme ilustra o voto do Desembargador **Ricardo Dipp** do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Embora não se reconheça, quanto à retroatividade extrapenal *in bonis*, a mesma evidência com que se regem os efeitos das leis penais pósteras agravantes que rematam ordinariamente em sólida vedação de retroatividade *in peius*, é de entender que as sanções extrapenais punitivas também atraem a retroatividade benigna da normativa, porque, em princípio, nenhum fundamento jurídico ou político parece apontar-se em favor de que o estado, diante de situações essencialmente similares, estatua novas punições abrandadas, mas continue a infligir ainda antigas e mais graves penalidades, afastando-se, desse modo, da igualdade prevista no âmbito constitucional. (Apelação Cível 1006756-14.2021.8.26.03440, Rel. Ricardo Dipp TJSP, j. 21/6/22).

4. Conclusão

Não são poucos os desafios que se colocam diante da incompletude do Direito Administrativo Sancionador brasileiro. Desde as críticas quanto ao risco de cumulação de sanções penais e administrativas, há algum tempo objeto de acuradas análises doutrinárias, a imprecisão gerada pela indefinição quanto às garantias que lhe são aplicadas, além do recorrente debate quanto à distinção ontológica com o ilícito penal, geram conflitos que poderiam ser superados na consolidação jurisprudencial da interpretação unitária do *jus puniendi* estatal. A decisão do Supremo Tribunal Federal, nesse caso, deixou mais uma vez em aberto, a possibilidade de se estender às sanções punitivas o mesmo feixe de garantias constitucionais das sanções penais.

Notas

- ¹ Em outra ocasião, já tivemos oportunidade de criticar a deficiente regulação do Direito Administrativo Sancionador que não observa garantias e princípios, ora sob a justificativa de que se está no campo administrativo e, portanto, sem dever de sujeição aos princípios norteadores do Direito Penal, ora por entender que convive com flexibilizações que lhe são inerentes (BARRILARI, 2021, p. 45). Netto (2020, p. 69) entende que no Brasil não há maior tradição ou cultura de um Direito Administrativo Sancionador. Para Greco Filho e Rassi (2015, p. 103), há uma insuficiente formulação teórica e prática do Direito Administrativo Sancionador no Brasil. Em sentido contrário, Osório (2005).
- ² Na Espanha, a retroatividade da lei sancionadora mais benéfica é prevista em lei. "Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyen infracción administrativa. Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor." Panorama del derecho administrativo sancionador en España. (REBOLLO-PUIG *et al.*, 2010, p. 37).
- ³ "Ante esta situación – que pone en cuestión todo el programa limitador de la idea de daño social como definición del delito – han surgido en la doctrina científica con fuerza voces (por ejemplo, Silva Sánchez), que reclaman volver a una diferenciación cualitativa, sustancial, entre sanciones administrativas y penas criminales e infracciones administrativas y delitos; no con la intención de despenalizar – es decir, privar de garantías – al Derecho administrativo sancionador, sino con la esperanza de construir un dique conceptual que permita diferenciar entre lo que puede ser delito y lo que debe permanecer en el ámbito de la sanción administrativa." (LASCURAIN-SÁNCHEZ, 2019, p. 82). A falta de limites precisos entre as diferentes tutelas também

gera o fenômeno da expansão desordenada do direito administrativo sancionador já apontado em outra oportunidade. Nesse sentido, Mejía-Patiño (2013, p. 119) faz alusão ao mesmo fenômeno na Espanha, o que levou Cerezo Mir a reclamar uma desadministrativização da atividade sancionadora ou então a sua sujeição a alguns dos princípios fundamentais do Direito Penal, como o princípio da legalidade, da retroatividade das leis mais favoráveis e da culpabilidade, com a aplicação do princípio *ne bis in idem* com relação às sanções penais e administrativas.

- ⁴ Em acurada crítica ao sistema sancionatório da Lei Anticorrupção, principalmente no que se refere às dificuldades impostas ao direito de defesa, Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 327) observam que "o modelo do Direito Administrativo Sancionador tampouco acompanha – como deveria – a mesma proteção de garantias do sistema jurídico penal. Sem mencionar-se a discussão sobre as finalidades da intervenção punitiva que diferencia o sistema administrativo do penal (que vai para muito além da mera reparação do dano), o perigo que representa a nova regulamentação remonta à delicada antecipação do juízo de punibilidade da conduta de que podem ser vítimas os acusados nos processos administrativos de responsabilização (PAR), em formação do conhecimento da matéria com uma série de restrições ao direito de defesa.
- ⁵ Para Calamandrei (1965, p. 574), a cegueira da Justiça representada com uma venda nos olhos tem o sentido de não ver os jurisdicionados de frente como forma de garantir a imparcialidade constituindo além disso uma expressão da necessidade, tantas vezes reafirmadas pelo estado de direito de separar a política e a justiça. Contudo, constatava Calamandrei no pós-Segunda Guerra, que essa exigência de imparcialidade política do juiz é um aspecto de dúvidas e angústia, principalmente nos períodos de aguda crise de legalidade.

Referências

BARRILARI, Claudia Cristina. *Crime empresarial, autorregulação e compliance*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters; Revista dos Tribunais, 2021.

BOTTINI, Pierpaolo; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. A controversa responsabilidade objetiva na Lei n. 12.846/13. *Revista do Advogado*, Associação dos Advogados de São Paulo, n. 125, p. 126-128, dez. 2014.

CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*. v. primo. Napoli: Morano editore, 1965.

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas*: Lei 12.846 de 2013. São Paulo: ed. RT, 2015.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese (livre-doutoramento) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas* (Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013). São Paulo: Saraiva, 2015.

HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. v. I, tomo 1º, 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

LASCURAIN-SÁNCHEZ, Juan A. *Manual de introducción al derecho penal*. Madrid: Boe Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019.

MEJÍA-PATIÑO, Omar. *Reseña histórica del derecho administrativo sancionador*. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, v. 2, n. 1, p. 259-284, 2008.

MEJÍA-PATIÑO, Omar. *Fundamentos de derecho administrativo sancionador*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2013.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters RT, 2020.

OLIVARES, Gonzalo Quintero; ROSELL, Nuria Torres. *Derecho penal constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: ed. RT, 2005.

REBOLLO-PUIG, Manuel; IZQUIERDO-CARRASCO, Manuel; ALARCÓN-SOTOMAYOR, Lucía; BUENO-ARMIJO, Antonio. Panorama del derecho administrativo sancionador en España. *Estudios Socio-Jurídicos*, v. 7, n. 1, p. 23-74, 2010.

SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Lei anticorrupção é substancialmente de caráter penal. *Consultor Jurídico – Conjur*, 5 fev. 2014.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal, corrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

Autora convidada