

Direito Administrativo Sancionador: o princípio da retroatividade da norma mais benéfica e a posição da ANEEL

LALLO, Fábio Di; GUZZO, Laura. *“Direito Administrativo Sancionador: o princípio da retroatividade da norma mais benéfica e a posição da ANEEL”*. Agência CanalEnergia. Rio de Janeiro, 20 de maio de 2020.

A partir de dezembro de 2019, passou a vigor integralmente a Resolução Normativa nº 846/2019 da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (“RENANEEL nº 846/2019”), que trata das sanções aos agentes do setor elétrico, em substituição à anterior Resolução Normativa nº 63/2004, que tratava do tema.

A nova norma, que trouxe algumas sanções mais benevolentes em relação à anterior para uma mesma conduta, teve esse tema tratado no âmbito da Audiência Pública nº 77/2011. Diversos agentes setoriais, diante da minuta apresentada, contribuíram no âmbito dessa Audiência Pública no sentido de que deveria ser aplicada a norma mais benéfica em processos administrativos em curso. Sobre o tema, a Procuradoria Federal que atua no âmbito da ANEEL, apresentou o Parecer nº 00108/2017/PFANEEL/PGF/AGU.

No referido Parecer, a Procuradoria da ANEEL manifestou-se no sentido de que os processos administrativos que apurassem infrações cometidas à época da Resolução Normativa nº 63/2004 deveriam ser regidos por essa Resolução. Por outro lado, a Procuradoria ressaltou que os aspectos processuais teriam incidência imediata da nova Resolução a partir da sua vigência. Sobre o princípio da retroatividade da norma mais benéfica, o referido Parecer sustentou que não se aplica ao Direito Administrativo Sancionador, salvo se previsto expressamente na norma, uma vez que sua aplicação é garantida constitucionalmente ao Direito Penal e não ao Direito Administrativo.

Agora, em 2020, a ANEEL começou a enfrentar o tema nos julgamentos por sua Diretoria colegiada dos casos concretos levados à sua apreciação. Recentemente, a Diretoria colegiada da ANEEL entendeu que, no Direito Administrativo Sancionador, deve-se observar o brocardo jurídico *tempus regit actum*, previsto no art. 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, segundo o qual deve se aplicar a norma vigente ao tempo da ocorrência do fato. Assim, a Diretoria colegiada da ANEEL entendeu que RENANEEL nº 846/2019 não deveria ser aplicada a fatos realizados antes de sua edição.

No julgamento desse processo, a Procuradoria da ANEEL se manifestou oralmente, apontando que, apesar de haver semelhanças entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal, não há uma identidade total entre os dois, uma vez que o bem jurídico tutelado destes é distinto e, portanto, o princípio de um não alcançaria o outro. Nessa oportunidade, a Procuradoria fundamentou-se em parecer anterior (Parecer nº 000014/2020/PFANEEL/PGF/AG), em que se afirmava que “a regra geral é irretroatividade da norma, mesmo nos casos em que a nova norma de penalidades seja mais benéfica ao administrado”.

Como se sabe, o princípio da retroatividade da norma mais benéfica está previsto no art. 5º, inciso XL, o qual prevê que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Por esse princípio constitucional – que chamamos de princípio da retroatividade da norma mais benéfica -, uma nova norma tem o condão de alcançar fatos pretéritos à sua vigência, se esta for mais benéfica ao agente que está sendo ou será penalizado.

Alguns doutrinadores defendem que esse princípio constitucional não se aplicaria ao Direito Administrativo, uma vez que a norma diz respeito ao Direito Penal e que, portanto, não alcançaria o Direito Administrativo, que é regido pelo princípio da legalidade. Ou seja, pelo princípio da legalidade, a Administração Pública só poderia aplicar o instituto se autorizado em lei. Com o devido respeito a essa linha argumentativa, compartilhamos entendimento diverso, acompanhado por Regis Fernandes Oliveira e outros tantos, segundo o qual o princípio da retroatividade da norma mais benéfica se aplica perfeitamente ao Direito Administrativo Sancionador, sem que haja a necessidade de lei autorizativa para tanto, bastando a previsão constitucional nesse sentido.

Isso porque, a norma constitucional traz princípio da Teoria Geral do Direito, aplicável a todos os ramos do Direito onde haja leis que penalizam. A lei penal pode ser a lei penal administrativa, a lei penal tributária, lei penal civil etc. sem que haja qualquer comando limitando ao Direito Penal. A Lei de Improbidade Administrativa traz disposições penais inclusive com pena de detenção. Essas normas seriam de Direito Penal ou de Direito Administrativo? Quer seja de um ou de outro, encaixam-se no conceito de “lei penal” que deve permear todos os ramos do Direito.

As pessoas físicas e jurídicas estão sujeitas ao poder de polícia, tanto no Direito Penal quanto no âmbito do Direito Administrativo. Trata-se de prerrogativa da Administração Pública que está autorizada a restringir o uso e gozo de atividades em benefício do Estado ou da coletividade. O poder de polícia possui caráter preventivo, mas também pode ser repressivo após a atividade fiscalizatória do Estado e visa prevenir ou reprimir ilícitos praticados pelo administrado.

O princípio da retroatividade da norma mais benéfica deve abarcar as normas administrativas sancionadoras sem restrições especiais, uma vez que estas são ferramentas de atividade punitiva estatal, decorrente do poder de polícia.

O interesse público deve nortear a penalização do réu e, uma vez sobrevindo norma penal mais benéfica, é direito fundamental do administrado se beneficiar dessa nova norma que visou dar melhor tratamento ao fato em defesa do interesse público.

Além disso, não aplicar retroativamente normas mais benéficas no Direito Administrativo Sancionador, sendo mais severo que o Direito Penal nesse aspecto, pode causar situações que ferem a isonomia sobre uma mesma conduta.

Imagine-se que um cidadão é preso por importar medicamento proibido e multado pela Anvisa por essa mesma conduta. Mais tarde, ainda no decorrer dos processos penal e administrativo, o medicamento é liberado e a multa passa a não ser mais prevista no ordenamento administrativo. É justo conceder somente a liberdade e não afastar a multa, dado que o ordenamento jurídico entendeu que aquele medicamento estaria agora liberado? É sentir a dor alheia mais forte em um campo, sendo indiferente em outro, afrontando os princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana – aplicáveis a todos os ramos do Direito e este último aplicável, inclusive, às pessoas jurídicas (!).

Oras, se o ordenamento jurídico entende que determinado comportamento deveria ter uma sanção mais branda ou mesmo não lhe ser aplicada qualquer sanção, não há que se fazer qualquer juízo de valor entre um ou outro ordenamento e bem tutelado,

devendo a norma mais benéfica incidir retroativamente em favor do sujeito passivo (réu, penal ou administrado).

Quando a Constituição diz que “*nenhuma pena passará da pessoa do condenado*”, que consagra o princípio da responsabilidade pessoal, ninguém sustenta que esse princípio se circunscreve ao Direito Penal, sendo amplamente difundido no Direito Administrativo, principalmente em questões relativas a atos de improbidade. Trata-se, igualmente, de um princípio da Teoria Geral do Direito aplicável a todos os ramos indistintamente.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça, com julgados pela inaplicabilidade da retroação de norma mais benéfica no âmbito das multas de trânsito e no âmbito do direito administrativo disciplinar, vem, mais recentemente, se posicionando favoravelmente pela retroatividade da norma mais benéfica no Direito Administrativo Sancionador. Senão, vejamos:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. PODER DE POLÍCIA. SUNAB. MULTA ADMINISTRATIVA. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. POSSIBILIDADE. ART. 5º, XL, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRINCÍPIO DO DIREITO SANCIONATÓRIO. AFASTADA A APLICAÇÃO DA MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. I. O art. 5º, XL, da Constituição da República prevê a possibilidade de retroatividade da lei penal, sendo cabível extrair-se do dispositivo constitucional princípio implícito do Direito Sancionatório, segundo o qual a lei mais benéfica retroage. Precedente. (...)” (RESP 1153083, 2009.01.59636-0, Rel. Min. Sérgio Kukina Primeira Turma, DJ 19/11/2014)

“(...) II – As condutas atribuídas ao Recorrente, apuradas no PAD que culminou na imposição da pena de demissão, ocorreram entre 03.11.2000 e 29.04.2003, ainda sob a vigência da Lei Municipal n. 8.979/79. Por outro lado, a sanção foi aplicada em 04.03.2008 (fls. 40/41e), quando já vigente a Lei Municipal n. 13.530/03, a qual prevê causas atenuantes de pena, não observadas na punição. III – Tratando-se de diploma legal mais favorável ao acusado, de rigor a aplicação da Lei Municipal n. 13.530/03, porquanto o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República, alcança as leis que disciplinam o direito administrativo sancionador.” (RMS 3703, 2012.00.16741-5, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJ 20/02/2018; RESP 1153083, 2009.01.59636-0). Nesse sentido, recentemente, o TCU entendeu que deveria ser adotada retroativamente a Lei nº 13.303/2016, em detrimento de seu Regimento Interno e da Lei nº 8.666/93, por ser mais benéfica:

“É evidente que a Lei das Estatais é o dispositivo a ser aplicado na espécie, uma vez que se trata de empresa estatal a principal envolvida na questão (Petrobras) e que o regime da Lei 13.303/2016 é muito mais benéfico do que o Regimento Interno desse E. TCU e também do que a Lei 8.666/93. Em razão disso, deve ser aplicada a retroatividade da lei mais benéfica (que é a Lei 13.303/2016), que também é a Lei especial para tratar do assunto. Esses fatos não foram levados em consideração por essa E. Corte de Contas, motivo em razão do qual devem ser acolhidos os presentes embargos de declaração para saneamento desse ponto.”

A Comissão de Valores Mobiliários – CVM corrobora também esse entendimento, entendendo que se aplica perfeitamente ao Direito Administrativo Sancionador.

A própria Procuradoria ANEEL, adotando posicionamento diverso do atual, em 2011, por meio do Parecer nº 0034/2011-PGE/ANEEL manifestou-se no sentido de que “em que pese o princípio geral da retroatividade das leis ter sua aplicação restrita ao campo penal” seu “entendimento não emerge de ímpetus interpretativos, mas de expressa determinação legal, determinação esta que se estende à esfera administrativa punitiva, uma vez que se trata de princípio de sobre direito, aplicável a todo o ordenamento jurídico, mormente quando se estivesse a tratar de penalidade”.

Esse entendimento também foi adotado no Parecer nº 0436/2011-PGE/ANEEL, no qual a Procuradoria também se manifestou pela retroatividade de norma sancionadora mais benéfica, mas que “a retroatividade somente pode ser aplicada a normas benéficas posteriores que tratem de multas moratórias, mas não de juros de mora, dada a ausência de caráter penal”. Ou seja, para que essas normas tenham efeitos retroativos, precisam possuir “finalidade punitiva”.

Em 2012, por meio do Parecer 0427/2012/PHE-ANEEL-PGF/AGU, a Procuradoria manifestou-se no sentido de que “se a norma for de natureza punitiva, admite-se a retroatividade da lei mais benéfica ao infrator, salvo em casos de norma de caráter excepcional ou de vigência temporária”.

Esse posicionamento também foi adotado em 2013, por meio do Parecer nº 0609/2013-PGE-ANEEL/PGF/AGU, no qual entendeu-se que há aplicação da retroatividade de norma mais benéfica para normas administrativas sancionadoras, mas que “uma lei não pode retroagir para atingir situações já consolidadas no tempo”, ou seja “quando a penalidade em tela foi aplicada e quitada, inexistindo discussão em curso sobre o seu pagamento”.

Assim, entendemos que o colegiado da ANEEL, com o devido respeito, não andou bem ao não aplicar retroativamente RENANEEL nº 846/2019, quando em benefício do réu-administrado. Tais decisões, que impactam enormemente os administrados, certamente irão desaguar no Poder Judiciário, já assoberbado com outras tantas demandas do setor elétrico, trazendo custo adicional para ambos os lados, sendo que a própria Agência já aplicou o princípio da retroatividade da norma mais benéfica em outras ocasiões com base nos Pareceres acima citados.

Fabio Di Lallo é advogado, mestre e doutor em Direito pela USP.Sócio de Souto Correa Advogados.

Laura Guzzo é Advogada e sócia de Souto Correa Advogados