



**ICPD – INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

WENDEL BENEVIDES MATOS

**SISTEMA DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: uma
proposta à luz da teoria do serviço público de Léon Duguit**

**BRASÍLIA
2022**

WENDEL BENEVIDES MATOS

SISTEMA DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: uma proposta à luz da teoria do serviço público de Léon Duguit

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito – Área 1 (Políticas Públicas, Estado e Desenvolvimento), Linha de Pesquisa I (Políticas Públicas, Constituição e Organização do Estado) do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Prof. Dr. Sandro Lúcio Dezan

BRASÍLIA

2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

MATOS, Wendel Benevides.

SISTEMA DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: uma
proposta à luz da teoria do serviço público de Léon Duguit

Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília
(UnICEUB), 2022

1. Sanção Administrativa.

Orientador: Prof. Dr. Sandro Lúcio Dezan

WENDEL BENEVIDES MATOS

SISTEMA DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: uma proposta à luz da teoria do serviço público de Léon Duguit

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito – Área 1 (Políticas Públicas, Estado e Desenvolvimento), Linha de Pesquisa I (Políticas Públicas, Constituição e Organização do Estado) do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Prof. Dr. Sandro Lúcio Dezan

Brasília, 15 de agosto de 2022.

Banca Examinadora:

Professor Dr. Sandro Lúcio Dezan
Orientador

Professor Dr. Bruno Tadeu Palmieri Buonicore
Membro Interno

Professor Dr. Eliomar da Silva Pereira
Membro Externo

Professor Dr. Cláudio Madureira
Membro Externo

O cavalo prepara-se para o dia da batalha, mas do Senhor, vem a vitória
(Provérbios 21:31).

AGRADECIMENTOS

Para mim, não é nada difícil agradecer, pois conheço com precisão todos aqueles responsáveis por essa conquista.

Agradeço ao meu pai, Monteval Souza Matos, homem simples, trabalhador, com quem aprendi o valor do esforço e do trabalho.

À minha mãe, Odete Benevides, mulher forte, sendo a primeira a entender e ensinar a mim e às minhas irmãs, o valor do estudo e onde poderia nos levar. Que mesmo diante de todas as dificuldades, nunca deixou de nos propiciar o saber.

Meus amados, esposa Irlane e filhos (Wendel, Lara e Dante), pela paciência em dividir as horas de convivência e lazer com os estudos, apoio irrestrito e amor dedicado.

Ao professor, amigo e orientador Sandro Lúcio Dezan, que mostrou o caminho da academia, incentivando e apoiando o início, meio e fim deste árduo, mas gratificante empreendimento.

À Deus, pela vida, saúde, família e amigos.

RESUMO

A presente pesquisa propõe uma investigação sobre a existência de um sistema de sanções administrativas, regido por um regime próprio a partir de princípios e normas somente a ele aplicáveis ou quando divididos com outros ramos epistemológicos, tomado por suas próprias nuances. O fundamento da proposição está na teoria do serviço público de Leon Duguit e o desenvolvimento se referencia no pensamento liberal, teoria do risco e ponderação de princípios. Utilizou-se o método dedutivo e pautando-se na revisão bibliográfica dos autores selecionados e pesquisa documental, discutiu-se o tema proposto. A pergunta de pesquisa consiste na seguinte indagação: Quais os contornos epistemológico-dogmáticos, principiológicos e axiomáticos decorrentes do conceito de serviço público levam a inferir uma independência sistêmica da sanção administrativa, ainda que ontologicamente baseada no mesmo *jus puniendi* estatal que outros sistemas sancionatórios? Em resposta apresenta-se o conceito de serviço público e interesse público, como regentes do atuar administrativo, que dispõe do instrumental da sanção administrativa para a consecução de seu objetivo. São abordadas as seguintes temáticas: discussão acerca de um regime jurídico próprio de direito administrativo sancionar que tem como base elementos construtores da atuação administrativa ligada ao interesse público e execução de seus serviços; observância de comportamentos distintos de princípios constitucionais, quando inseridos no sistema de sanções administrativas, tendo em vista uma aplicação própria dos conceitos de culpabilidade e tipicidade que influenciam os demais princípios ligados à formação da culpa. Conclui-se pela existência de uma identidade própria da sanção administrativa, entretanto, somente possível no seio de um regime jurídico administrativo e como instrumento da Administração Pública. Nesse contexto, princípios gerais garantidores de direitos e ou advindos de outros sistemas sancionatórios somente serão aplicáveis com matizes.

Palavras-chave: 1. Sanção administrativa. 2. *Jus Puniendi*. 3. Serviço Público. 4. Interesse Público. 5. Direito administrativo sancionador. 6 Imputação da Sanção Administrativa. 7. Regime Jurídico Administrativo

ABSTRACT

This research proposes an investigation into the existence of a system of administrative sanctions, governed by its own regime from principles and rules applicable only to it or when divided with other epistemological branches, taken by its own nuances. The foundation of the proposition is in Leon Duguit theory of public service and the development is based on liberal thought, risk theory, and the weighting of principles. The deductive method was used and, based on the bibliographical review of the selected authors and documentary research, the proposed theme was discussed. The research question consists of the following inquiry: Which epistemological-dogmatic, principled and axiomatic contours arising from the concept of public service lead to the inference of a systemic independence of the administrative sanction, even if ontologically based on the same state *jus puniendi* as other sanctioning systems? In response, the concept of public service and public interest is presented, as governing administrative action, which makes use of the instruments of administrative sanctioning to achieve its objective. The following topics are addressed: discussion about a legal regime of administrative sanctioning law that has as its basis constructive elements of administrative action linked to public interest and execution of its services; observance of distinct behaviors of constitutional principles, when inserted in the system of administrative sanctions, in view of a proper application of the concepts of guilt and typicality that influence the other principles linked to the formation of guilt. The conclusion is that administrative sanctions have their own identity, but this identity is only possible within an administrative legal system and as an instrument of the Public Administration. In this context, general principles that guarantee rights and/or come from other sanctioning systems will only be applicable with nuances.

Keywords: 1. administrative penalty. 2. *jus puniendi*. 3. public service. 4. Public Interest. 5 Administrative Sanctioning Law. 6 Imputation of Administrative Penalty. 7. Administrative Legal Regime.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
PARTE I: ESTADO, SANÇÃO E SOCIEDADE	19
CAPÍTULO 1. DA SANÇÃO ESTATAL	19
1.1 O direito penal e sua influência na ordem normativa sancionadora geral.....	22
1.2 A pena e sua característica retributiva e aflitiva	34
CAPÍTULO 2. O liberalismo berço da teoria do serviço público, inserido no contexto de uma sociedade do risco. Valores que conduzem a uma teoria do interesse público de proteção e organização da sociedade, tendo como ferramenta a sanção administrativa	37
2.1 Liberalismo e serviço público. O conceito de justiça aplicado ao direito administrativo sancionador.....	37
2.2 Liberalismo e organização do Estado para a prestação do serviço público	42
2.3 A sociedade, o risco e o papel do serviço público na gestão social.....	45
2.4 Princípios garantidores de direitos individuais e sua ponderação frente ao interesse público	49
CAPÍTULO 3. O SERVIÇO PÚBLICO E SEU CONSECTÁRIO, INTERESSE PÚBLICO, SEGUNDO A LÓGICA DE LEON DUGUIT	52
3.1 Apontamento sobre serviço público.....	52
3.2 Apontamento sobre interesse público	53
CAPÍTULO 4. INTERESSE PÚBLICO COMO FUNDAMENTO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA	57
4.1 Sanção administrativa, alter ego do indivíduo e sua distinção a partir de uma visão a priori	61
4.2 Critérios que diferenciam o Direito Administrativo Sancionador do Direito Penal	65
4.2.1 Critério qualitativo	65
4.2.2 Critério do valor	67

4.2.3 Critério quantitativo.....	68
4.2.4 Critério formal.....	68
CONCLUSÃO DA PRIMEIRA PARTE	71
PARTE II - REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: Essência epistemológica, dogmática, principiológica e axiológica	74
CAPÍTULO 5. UMA TEORIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR A PARTIR DE UMA EPISTEMOLOGIA COM RAÍZES NO DIREITO PÚBLICO ESTATAL E FUNDAMENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	74
5.1 Função fisiológica essencial do Estado, Interesse público e Sanção Administrativa	74
5.2 - A questão da unidade do poder punitivo do Estado	82
5.3 A Sanção Administrativa e a Divisão de Funções do Estado	86
5.4 A questão da hermenêutica própria dos princípios aplicáveis ao direito administrativo sancionador (continuação).	89
CAPÍTULO 6. REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO E SANÇÃO ADMINISTRATIVA.....	92
6.1 Supremacia do interesse público, autoexecutoriedade e presunção de legitimidade como expressões da sanção administrativa	95
6.1.1 Supremacia do interesse público	95
6.1.2 Presunção de legitimidade	95
6.1.3 Autoexecutoriedade (exigibilidade e imperatividade).....	97
6.2 Axiologia e Axiomática Básicas Formadoras da Identidade da Sanção Administrativa	99
CAPÍTULO 7. PRINCÍPIOS DE DIREITO E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	103
7.1 Princípio da legalidade.....	106
7.2 Princípio da tipicidade	115
7.3 Princípio da Intranscendência da Sanção	122
7.4 Princípio do devido processo legal	126
7.5 Princípio da Presunção de inocência	128
7.6 Princípio do Juiz Natural	130

CAPÍTULO 8. CULPABILIDADE E SANÇÃO ADMINISTRATIVA. APLICABILIDADE DIVERSA. INFLUÊNCIA NA PRINCIPIOLOGIA DE DIREITO ADMINISTRATIVO	
SANCIONADOR.....	132
8.1 Breves notas acerca da culpabilidade penal e aplicação em sede de direito administrativo sancionador.....	134
8.2 A culpabilidade (Elemento subjetivo) e sua aplicabilidade diversa em termos de direito administrativo sancionador.....	135
8.3. O interesse público e o regime jurídico administrativo. Sua influência na tradução de uma culpabilidade diversa.....	139
8.4 Não Cabimento de Análise da Imputação Subjetiva com Aferição de Dolo ou Culpa – Culpabilidade Diversa – Imputação objetiva possível.....	143
8.5 Responsabilização da pessoa jurídica.....	144
CONCLUSÃO DA SEGUNDA PARTE.....	148
CONSIDERAÇÕES FINAIS	150
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	156

INTRODUÇÃO

A unidade do Direito enquanto ciência das regras é inquestionável. Não há Direito fora do Direito. Trata-se então de um sistema fechado, ainda que opere com outros sistemas¹. No entanto, do tronco matriz, conceito primeiro, exsurtem ramos, caminhos, sendas eivadas de nuances que conduzem de modo próprio os passos dos caminantes interessados no aprofundamento daquele específico modo de ver e aplicar o Direito e a Justiça².

A observação do fenômeno de aplicação de sanções por parte da Administração Pública nos mostrou a necessidade de cotejar este com outros sistemas sancionatórios e tentar entender se entre eles existem mais similitudes ou diferenças. É nesse contexto que se persegue a possível epistemologia própria de um Direito Administrativo Sancionador que possua característica singular e não completamente comparável a outros ramos.

Em qualquer relação jurídica em que se observe pretensões resistidas, como por exemplo, a punitiva, tem-se marcadas tensões decorrentes da inevitável irritabilidade daquela parte alcançada pelo poder estatal sancionador. A busca notável é por garantias mínimas de que qualquer punição eventualmente aplicada, a seja, sob o primado da justiça inserida no universo de um Estado Constitucional de Direito³.

Sem sombra de dúvidas que o movimento jurídico no interior da Administração Pública não é exatamente o mesmo verificável nas relações civis ou mesmo na aplicação da lei penal. A necessidade de direcionar a sociedade em suas relações de convívio, exigem um regramento mais próximo do cidadão, com aplicabilidade imediata, maleável, executável e exigível. Não com o tempo

¹CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistêmico e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p. 12-13

² In **Administração Pública & Políticas de Meio Ambiente**. Curitiba: Juruã. 2012, Sandro Lúcio Dezan aborda a questão da Juridicidade e a forma como o legislador da Lei. 9.784/99 distingue Direito de Justiça. p. 71.

³ Crf. Barroso, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6.a ed. São Paulo: Saraiva, 2004

dos tribunais e seu necessário aprofundamento do contraditório e solidez da coisa julgada, que tornaria simplesmente inadministrável a dinâmica social.

É que no âmbito da necessária prestação e concretização de direitos, não há uma tensão entre particulares na disputa de seus interesses, tampouco a espada do Estado aplicador da pena. Há, a Administração Pública pretendente da prestação de um serviço público, que visa a melhoria de vida da população e que se utiliza da sanção administrativa como reguladora, parte do sistema que visa a melhoria, inclusive, objetivamente para o próprio sancionado.

Por isso se observou o eventual prejuízo para o administrado quando se lhe oferece um sistema de garantias, tal qual o judiciário em processos sancionatórios penais, por exemplo. Temos nesse aspecto a possibilidade de maiores malefícios, que benefícios. Senão vejamos: Observadas de forma pura, as garantias de intranscendência da pena e do necessário ônus da prova para quem acusa (no caso, o Estado), seria praticamente impossível a aplicação de multas de trânsito por meio de sistemas eletrônicos de radar. Excessos de velocidade, invasão de sinais vermelhos, cruzamentos irregulares etc, poderiam ficar impunes. Tais autuações somente são possíveis na medida em que será presumida a condução do veículo por seu proprietário e não é exigível que a Administração prove quem seja o verdadeiro autor da infração. Passado o prazo de apresentação do real infrator (caso seja outro), o condutor será responsabilizado com a multa, perda de pontos e até suspensão do direito de dirigir.

Segue-se então que seria impossível para a Administração a prova do autor da infração em cada uma das milhões ocorrentes a cada dia, concluindo-se por inviável o atuar para a organização do trânsito.

Os extintores de incêndio devem ser instalados nas empresas, em condição de uso e permanecer no local determinado pelo responsável técnico do Corpo de Bombeiros local, sob pena de multa. Sendo a empresa um ente jurídico, seria impossível a determinação de culpa subjetiva pela infração de não manter o extintor em pleno funcionamento ou buscar o real responsável por tirá-lo do local onde deveria estar. Assim, a responsabilidade sempre será da empresa, pessoa jurídica que pode ser sancionada.

O diretor de uma escola, afixa um cartaz na porta da sala de aula, que diz: a partir de amanhã é proibido o acesso à escola, de quem não estiver devidamente uniformizado com a roupa fornecida.

No caso, o próprio diretor da escola criou uma infração e aplicará a sanção ao aluno que descumprir o normatizado. Inclusive menores serão penalizados com a possibilidade de não assistirem aulas. Noutra escola pode-se exigir um calçado específico, em outras o estabelecimento de horário para o lanche, o fato é que não seria razoável exigir que o poder legislativo criasse uma lei para cada necessidade de regramento da vida em sociedade, por parte da Administração Pública.

Como dito, a exigência e aplicação de garantias como a tipicidade, legalidade, intranscendência, etc antes de facilitar, atrapalhariam a vida de todos os indivíduos. Trata-se, portanto, de uma aplicação com matizes.

Neste trabalho temos a pretensão de discutir o direito administrativo sancionador sob a perspectiva de institutos, princípios e valores que fundamentam sua existência e norteiam sua atuação. Apresentar nossa visão sobre uma epistemologia forte e própria, nascente no seio da Administração e com o objetivo de sustentar sua necessidade de atuação.

O intuito é demonstrar que o Direito Administrativo Sancionador, apesar de decorrer do chamado *jus puniendi* (doutrina defendida por muitos), assim considerado o poder punitivo do Estado, não divide institutos com o direito penal ou civil de forma acrítica ou desnecessária.

Nesta defesa, afastamo-nos de modelos que pretendam justificar a existência de um poder punitivo geral e único, que exija as mesmas garantias e tenha a mesma finalidade para todos os seus ramos (sancionadores). Partimos então da premissa de que o direito administrativo sancionar não é ramo independente, que se baste. Pelo contrário, ele somente existe por existir o direito administrativo, a Administração Pública e o serviço público.

Não abordaremos, neste momento, a discussão sobre a unidade ontológica da sanção estatal, vez que não é o objetivo do presente trabalho. Partimos então do pressuposto de que, como já mencionou Hungria, a ilicitude

é uma só, pois o ilícito compõe a norma⁴. No entanto, compreendemos o Direito Administrativo Sancionador como ramo epistemológico sustentado em principiologia e regramento próprio, decorrente da própria Administração Pública, sendo essa nossa defesa.

A tese central da dissertação proposta é a de que o Direito Administrativo Sancionador não constitui um ramo propriamente independente de direito, no entanto é nascente da necessidade de organização social por parte do Estado/Administração, permeado por valores, institutos e normas aplicáveis nesse contexto. Somente é possível entender o direito administrativo sancionar no contexto do serviço público.

O desenvolvimento do trabalho implicará na discussão acerca da existência de um direito público estatal próprio e de sua aplicação independente de outros ramos do direito, mas que encontra limites na reserva legal, garantia de defesa e controle jurisdicional.

Busca-se demonstrar a autonomia axiológica, epistemológica e dogmática desse ramo do direito. Por consequência, pretende-se expor que o eventual acoplamento desses microsistemas com outros subsistemas de direito, como por exemplo o de Direito Penal, pode levar à colonização ou sua corrupção sistêmica. Entre tais ramos não haveria, portanto, um acoplamento, mas uma comunicação⁵.

Ainda abordaremos as questões da doutrina divergente e como ela influencia o entendimento, para nós equivocado, segundo o qual não se admite a possibilidade de um sistema punitivo ordenado pelo Estado e que não esteja ligado ao direito penal enquanto fonte irradiadora de garantias.

Nos furtaremos ao debate da sanção administrativa disciplinar, por entender a necessidade de um aprofundamento teórico do tema específico.

⁴ HUNGRIA, Nelson. **Ilícito administrativo e ilícito penal**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 24-31, jan. 1945. ISSN 2238-5177.

⁵ Pretendeu-se parafrasear Luhmann em suas discussões acerca dos sistemas sociais, usando suas expressões no contexto do que pretendemos defender. LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução: Javier Torres Nafarrete. México: Universidad Iberoamericana, 2003.

Estando diante de uma relação especial de sujeição⁶ que torna ainda mais complexo o estudo das garantias em direito disciplinar, passa ainda, necessariamente, por uma visão acerca da verificação da conduta do servidor acusado a partir dos conceitos de voluntariedade e resultado para a Administração Pública, sob uma ótica essencialmente administrativa.

Passaremos ainda pela análise dos valores na construção da teoria do Direito Administrativo Sancionador e sua forma como geradora de normatividade e por fim, uma breve digressão pela legislação de direito administrativo punitivo, com o intuito de comparar a dogmática posta frente à axiologia.

Concluiremos, portanto, demonstrando que o Direito Administrativo Sancionador é um sub-ramo do Direito Administrativo e existe como instrumento da Administração Pública para a organização da vida em sociedade, prestação do serviço público. Que no contexto deste sub-ramo temos então um vetor indicativo de uma epistemologia própria que influencia e molda a aplicação dos diversos princípios e regras do direito geral e do direito sancionador, no particular.

Admitindo a existência de um único *jus puniendi*, defendemos que a aplicação do Direito Administrativo Sancionador com regras e garantias de Direito Penal, nos levaria a uma tautologia, qual seja, a de que a aplicação do direito tal qual defende parte da doutrina, redundaria no desequilíbrio e na desorganização social.

É nesse sentido que, utilizando o método dedutivo, procuramos em autores selecionados a pesquisa bibliográfica e documentos necessária à fundamentação teórica de nossa proposta que visa a uma investigação sobre a existência de um sistema de sanções administrativas, regido por um regime jurídico administrativo, influenciada por princípios e normas somente a ele aplicáveis ou quando divididos com outros ramos epistemológicos, tomado por suas próprias nuances.

Para início da pesquisa, indagou-se: Quais os contornos epistemológicos-dogmáticos, principiológicos e axiomáticos decorrentes do conceito de serviço público, desenvolvido por Leon Duguit levam a inferir uma independência

⁶ Expressão utilizada por Garcia de Enterría para se referir à relação entre servidores públicos e o Estado.

sistêmica da sanção administrativa, ainda que ontologicamente baseada no mesmo *jus puniendi* estatal que outros sistemas sancionatórios?

Respondemos apresentando o conceito de serviço público e interesse público, como regentes do atuar administrativo, inclusive no que se refere à sua sanção como processo adjetivo.

A construção do caminho que permitiu o entendimento quanto a esse sistema específico, passou por uma necessária (1) digressão acerca da sanção estatal em sua amplitude, passando pela influência do direito penal na ordem sancionadora geral. Discutiu-se, inclusive a característica aflagante da pena e nesse sentido sua diferença da sanção administrativa.

Demonstramos que a teoria do serviço público tem fundamento no liberalismo (2) e se desenvolveu junto com o desenvolvimento da sociedade, inclusive quanto a participação de sua vertente comunitarista. Ainda, que o comportamento preventivo da Administração, está intimamente ligado à noção de risco. Nos aliamos à teoria da ponderação de princípios, considerando que nenhum princípio ou garantia decorrente é absoluto, sendo esse nosso referencial teórico.

Abordamos o (3) Serviço Público como fundamento do atuar administrativo e em seu interior o interesse público, utilizadores da sanção administrativa como instrumento da organização social. No tópico, apresentamos critérios utilizados para diferenciar a sanção administrativa da sanção penal, discutindo as fragilidades e forças de tais critérios.

Ainda numa abordagem preparatória, apresentamos o (4) interesse público como fundamento da sanção administrativa. Desenvolvemos uma ideia de que o Estado possui função fisiológica de organização da vida em sociedade e possui, no interesse público, fundamento para um agir, com base em um contrato social, partir das regras ditadas pelo direito.

Ao adentrar diretamente ao tema, apresentamos (5) uma teoria do direito administrativo sancionador a partir de uma epistemologia com raízes no direito público estatal e fundamento na Constituição Federal. Abarcamos então o conceito de serviço público a partir do referencial de Duiguit, discorreremos sobre interesse público, a partir de seu introdutor no Brasil, Celso Antônio Bandeira de Mello e chegamos à sanção administrativa tal qual entendida por Alejandro Nieto.

Discorreremos sobre o (6) Regime Jurídico Administrativo e sua relação com a sanção administrativa. A defesa de que os princípios que influenciam a sanção administrativa, passam necessariamente por um regime jurídico que a envolve e por esse regime são influenciados.

Apresentamos os vários (7) princípios de ordem constitucional ou penal que de uma forma ou de outra, são utilizados ou que se pretende utilizar em sede de sanção administrativa e seu comportamento quando deparados com um resultado prático e teórico. Foram selecionados exemplos marcantes, em uma lista não exaustiva.

Entendemos vital tratar da (8) culpabilidade em seu aspecto de direito administrativo sancionador, tentando demonstrar que há uma aplicação muito própria e diversa daquela verificada em sede de direito penal. Nesse contexto introduzimos a discussão, por muitos afastada, acerca da responsabilidade da pessoa jurídica em infrações administrativas, em relação as mesmas infrações praticadas por pessoas físicas, e seu tratamento.

Ao concluir constatamos a existência de uma identidade própria da sanção administrativa, entretanto, somente possível no seio de um regime jurídico administrativo e como instrumento da Administração Pública, com o objetivo da organização da sociedade. Nesse contexto, princípios gerais garantidores de direitos e ou advindos de outros sistemas sancionatórios somente serão aplicáveis com matizes.

PARTE I: ESTADO, SANÇÃO E SOCIEDADE

CAPÍTULO 1. DA SANÇÃO ESTATAL

Já nas primeiras lições de Kelsen somos levados a entender que Direito é um conjunto de normas, componentes de um sistema⁷. Tal ordem, ou conjunto de normas, regulam a vida em sociedade, disciplinando a conduta de seus membros. A organização social, de modo a convivência segura entre homens, somente é possível, pois regulada por essa denominada ordem normativa.

Ocorre que num Estado Democrático de Direito, a validade das normas que compõe esse sistema está diretamente ligada a disciplina com a qual são produzidas. Vale dizer, que para compor o ordenamento jurídico pátrio, a norma deve ser construída sob as regras preestabelecidas por esse próprio ordenamento. O direito, entre outras coisas, regula sua própria criação, o que para alguns revelaria sua artificialidade⁸. Bobbio mencionou o fato de que o direito disciplina a elaboração de suas próprias normas, regula a si mesmo⁹.

Destarte, a norma produzida sob tal égide e tendo sido observado o rito estabelecido, ingressa no sistema jurídico da organização social. É norma jurídica portanto, aquela que disciplina a vida em sociedade, desde quando ingressa no ordenamento normativo por meio dos critérios preestabelecidos. Nesse sentido, com a pretensão de regular a vida social, estabelece padrões normativos que devem ser seguidos.

Como conteúdo, as normas tentam refletir o padrão ético/moral de uma sociedade, descrevem condutas desejáveis, um “dever ser”. Ao disciplinarem comportamentos, as normas adotam padrões deônticos (proibido, permitido, obrigatório). O objetivo é, portanto, conformar o comportamento humano, que sendo livre, tem a possibilidade de não agir conforme o permitido ou obrigatório. A possibilidade de descumprimento é uma característica das ordens jurídicas¹⁰.

⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direitos**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 48.

⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p 30-31. Em sua obra o autor trata do conceito de autopoiese.

⁹ BOOBIO, Norberto. **Teoria General Del Derecho**, 2ª ed. Bogotá: Temis. 1997. p. 159. Nas palavras de Norberto Bobbio: “el ordenamento jurídico regula la própria producción normativa.”

¹⁰ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 2015, Malheiros, são Paulo. p. 37.

O sistema jurídico é organizado numa divisão direito/não direito (lícito/ilícito) e já em suas primeiras páginas do “Conceito de Direito”, Hart traz à discussão uma definição de Kelsen para quem “o Direito é a norma primária que institui a sanção”¹¹.

Como já salientado o dever-ser estabelecido pela ordem jurídica, pode ou não ser cumprido e o descumprimento é um comportamento possível, indesejável, mais possível. O descumprimento da norma configura o ilícito e sua consequência é a sanção¹². Portanto, sanção é a consequência direta do ilícito. Não há sanção sem ilícito.

Ocorre que a sanção não é uma característica apenas dos sistemas jurídicos, tal como observa Rafael Munhoz de Mello¹³. Para ele, outros sistemas também estabelecem sanções, como por exemplo as sanções de um grupo à desvios da moral de uma comunidade, ou o sentimento de culpa, sendo este interno, frente a um desvio praticado pelo indivíduo.

O que torna a sanção jurídica distinta de todas as outras é sua institucionalidade¹⁴. O fato de ser externada numa ordem jurídica, por uma instituição estatal a torna eficaz.

De tudo que se disse, podemos concluir que a sanção provém de um ilícito em qualquer ordem social, mas que será eficaz quando institucionalizada, fazendo parte, portanto, do sistema jurídico estatal.

Nesse sentido, não é difícil perceber como é desnecessária a discussão acerca da existência de um poder único sancionador pertencente ao Estado ou se seria dividido entre vetores axiológicos. Isso porque, qualquer das soluções partirá necessariamente da assertiva segundo qual, a sanção provém do ilícito e este conceito está acima da ideia de *jus puniendi*, não sendo o Estado, sequer o único detentor do direito de punir, mas que o é devido a institucionalização normativa de sua ordem social.

¹¹ HART. Herbert L. A, **O conceito de Direito**. 2ª ed. Lisboa: Gulbenkian. 1994. p 6.

¹² Hans Kelsen, **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1974. p. 49. Para Kelsen “uma determinada conduta apenas pode ser considerada como prescrita na medida em que uma na medida em que uma conduta oposta é pressuposto de uma sanção.”

¹³ MELLO. Rafael Munhoz, **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 39.

¹⁴ BOBBIO, Noberto. **Teoria General Del Derecho**, 2ª ed. Bogotá: Temis. 1997. p. 112. Bobbio: “Tan es así que las normas estatales se consideran como las normas jurídicas por excelência, para distinguir las de todas las otras normas reguladoras de nuestra vida, porque tienen la máxima eficacia”.

Sendo o direito uma ordem normativa e a sanção uma descrição da consequência de um ilícito estabelecido na norma, temos que será ilícito o que for previsto pela norma e sancionada, por conseguinte, a consequência desse ilícito. Será, portanto, ilícito o que a norma estabelecer. A liberdade de legislar encontra balizas em valores sociais que impedem o avanço da legislação contra estes mesmos valores. Trata-se de uma visão calcada no convencionalismo, doutrina segundo a qual é delito o que a lei define como tal, que contrasta com teorias objetivistas que defendem a existência de ações más em si. Ferrajoli, abordou o tema nominalista, em que o desvio punível somente poderia ter referência na lei¹⁵.

Portanto, a existência de ilícitos penais, civis, administrativos, trabalhistas etc, todos decorrem de uma mesma fonte, qual seja a norma constante de um sistema jurídico. Neste caso, a norma institucionalizada. Não sendo esta contra o valor fundante da ordem social, será aceita.

Ocorre que os valores, objetivos e a necessidade de tutela de determinados bens criam ambientes próprios para normas com a mesma finalidade, à tais ambientes denominam-se regimes jurídicos. Vale dizer que ao ser direcionada ao ambiente penal, a norma é contaminada por valores, objetivos e passa a tutelar bens jurídicos sob a perspectiva do regime jurídico penal. O regime jurídico penal define o modo de aplicação de suas normas.

Ainda que entendêssemos possível a ideia da existência de valores gerais que permeassem todo sistema punitivo, ainda assim, tais valores não teriam uma aplicação uniforme em cada um deles. Não há dúvidas de que o princípio da legalidade pode ser considerado geral para todos os sistemas punitivos brasileiros. No entanto, como se verá a seguir, sua aplicação é própria quando inserida no regime jurídico penal, no regime jurídico administrativo, ou no regime jurídico civil sancionador (Improbidade Administrativa).

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Pág. 31: o que confere relevância penal a um fenômeno não é a verdade, a justiça, a moral, nem a natureza, mas somente o que, com autoridade, diz a lei. E a lei não pode qualificar como penalmente relevante qualquer hipótese indeterminada de desvio, mas somente comportamentos empíricos determinados, identificados exatamente como tais e, por sua vez, aditados à culpabilidade de um sujeito

1.1 O direito penal e sua influência na ordem normativa sancionadora geral

A necessidade de proteção e organização social obrigou os homens a ceder parte de sua liberdade para a construção de uma cidade segura, um bem comum, sendo essa uma das teorias que fundamentam a ideia do poder estatal¹⁶.

A prevalência de uma ordem social implicou a construção normativa (ordem jurídica) e que pressupõe, por sua vez, a existência de sanções¹⁷. No caso, no contexto de um Estado Democrático de Direito, é este o único legitimado a, legalmente, infligir penas aos homens livres. O Estado Democrático pune, pois, sendo de Direito, a todos submete¹⁸.

O desenvolvimento do Direito Penal a partir do século XVIII, no contexto das revoluções liberais, tem como fundamento a proteção do cidadão e garantia de liberdade frente ao poder do governante, até então absoluto¹⁹. Trata-se, portanto, de um limitador da atuação estatal. Nesse sentido, o poder punitivo da forma como conhecemos hoje foi construído e fundamentado num sistema de garantias ao cidadão, o qual não deveria ser punido de forma injusta ou não prevista em lei²⁰.

O *jus puniendi* em sua característica criminal foi idealizado e fundamentado na possibilidade de o poder estatal aplicar uma pena, de caráter eminentemente retributivo, ao violador das regras sociais²¹. A característica da pena é justamente a de retribuir o mal com o mal, infligir castigo. É muito natural

¹⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. 11ª ed. São Paulo: Hemus, 1995, p. 15.

¹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direitos**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 26. Kelsen foi claro na apresentação da ideia e que permeia o estudo do direito até os dias atuais: Como ordem coativa, o Direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento coação, isto é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e – em caso de resistência – mediante o emprego da força física, é o critério decisivo.

¹⁸ Cfr. LOCKE, Jonh. **Dois tratados sobre o Governo**. Vozes, pág. 381, quando afirma: “Considero, portanto, que o poder político é o direito de editar leis com pena de morte e, conseqüentemente, todas as penas menores, com vistas a regular e a preservar a propriedade, e de empregar a força do Estado na execução de tais leis e na defesa da sociedade política contra os danos externos, observando tão-somente o bem público”.)

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2013

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 29.

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 99.

que seja assim, pois nos primeiros tempos, a aplicação de sanções por parte do Estado eram aquelas decorrentes da infração à normas penais.

Portanto, a instituição do direito penal com seus tipos formais foi uma conquista social/exigência da época das revoluções. O sentido claro de garantir a aplicação de penas justas e anteriormente previstas por parte do poder judiciário, motivou o implemento e desenvolvimento do direito penal, garante da legalidade. Por evidente que esse ramo do direito assimilou o conceito de ilícito e de pena, que são a ele anteriores²².

A existência de um direito de punir exercível por uma entidade em nome e substituição ao cidadão, parte da mencionada construção, segundo a qual existiria uma unidade de poder, consubstanciada no termo *jus puniendi* e que traduziria, portando, a emanção de uma sanção por parte do poder estatal, tendo em vista a infração à norma²³.

Luigi Ferrajoli²⁴ assim como a maior parte dos pensadores clássicos tendem a fazer referência à existência de uma teoria geral da sanção penal. Neste sentido, toda construção do *jus puniendi* está vinculada à sanção penal e às suas características.

Os conceitos de tipo, dolo, culpa etc, foram desenvolvidos para abrigar soluções necessárias ao controle social, com vistas à proteção de bens jurídicos tutelados pelo Estado, sem se afastar da garantia de uma punição certa, justa e adequada²⁵. Ao longo do tempo e com o desenvolvimento do Direito Penal, criou-se a impressão de que talvez não fosse possível punir sem considerar aqueles institutos que assegurem à pessoa a análise do crime cometido sob a perspectiva de um Estado garantidor de seus direitos básicos²⁶.

²² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus p. 126.

²³ NETO, Inacio de Carvalho. **Aplicação da Pena**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 20.

²⁴ Ver FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

²⁵ Ver DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas Básicos da Doutrina Penal**.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 74: “Cada uma das implicações deonticas – ou princípios – de que se compõe todo modelo de direito penal enuncia, portando, uma condição *sine qua non*, isto é, uma garantia jurídica para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena. Tenha-se em conta de que aqui não se trata de uma condição suficiente, na presença da qual esteja permitido ou obrigatório punir, mas sim de uma condição necessária, na ausência da qual não está permitido ou está proibido punir.

Ocorre que na segunda metade do século XVIII, vários países da Europa conviveram com uma rápida expansão do Direito Administrativo Sancionador, desafiando-os a construção de uma disciplina que recepcionasse este modo diverso de punição por parte do Estado. Em maior ou menor grau, a doutrina e jurisprudências de países como Itália, Alemanha, Portugal e Espanha, buscaram no Direito Penal, elementos de suporte ao novo direito sancionador estatal²⁷, até porque muitas de tais infrações “administrativadas” advinham da “desclassificação” de ilícitos penais.

A tese da unidade do poder punitivo do Estado (*jus puniendi*) é o fundamento de justificação para a transposição de elementos próprios do Direito Penal Clássico, mais antigo, para ramos mais modernos da teoria do direito sancionatório estatal²⁸, tal qual o Direito Administrativo Sancionador ou do processo judicial punitivo não penal²⁹.

É nesse contexto que surgem as teorias acerca de um poder punitivo único, de direito público e detido pelo Estado. Sandro Dezan³⁰ a denomina de “*teoria ontológica do ilícito*” e que envolveria tanto o direito penal quanto o ilícito público-administrativo e outros, como se fossem de mesma origem, mesma natureza e finalidade. Em sua doutrina, Dezan evoca a unidade ontológica para defender a inconstitucionalidade de tipos vagos, ou tipicidade inexistente, como é comum em regimentos disciplinares, notadamente no regime estatutário federal do Brasil. Trata-se de entendimento próximo ao de Néelson Hungria para quem a ilicitude é uma só³¹.

²⁷ Xavier, Marília Barros. **Processo Sancionatório em Brasil, Portugal e Espanha: Primeiros signos para um estado no Direito administrativo do ne bis in idem em sua vertente processual**. Coleção de Direito Administrativo Sancionar: **Direito Administrativo Sancionador Comparado**. Rio de Janeiro. CEEJ, 2021. p. 121.

²⁸ HUERGO LORA, Alejandro. **Las sanciones administrativas**. Madri: lustel, 2007. p. 22.

²⁹ Cfr: Merçon-Vargas, Sarah. **Teoria do Processo Judicial Punitivo Não Penal**. Jus Pundivm, Salvador: 2018

³⁰ DEZAN, Sandro Lúcio. **Ilícito administrativo disciplinar em espécie: comentários às infrações previstas no estatuto dos servidores públicos federais -Lei 8.112/1990**. 3.ed.Curitiba:Juruá, 2020. Pág. 29. Nas exatas palavras do autor: assim, ao amparo do vértice de que “a ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico”, a investigação cinge-se à necessidade de descrição da teoria do ilícito como unidade ontológica a permear os diversos regimes jurídicos do direito público e à sustentação, ao menos reflexa, na ilegalidade constitucional, inconstitucionalidade, dos tipos vagos, existentes no regime estatutário federal, declinando que a atipicidade, assente por autorizada doutrina nacional e estrangeira como regente do sistema jurídico-sancionador público-administrativo, não recebe fundamento de validade dos princípios constitucionais de garantia.

³¹ HUNGRIA, Nelson. **Ilícito administrativo e ilícito penal**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 24-31, jan. 1945. ISSN 2238-5177.

No artigo intitulado “Contributo da Teoria do Delito para Imputação Jurídica no Direito Público Sancionador”³², os professores Eliomar da Silva Pereira e Sandro Lúcio Dezan, apresentam fundamentada defesa da aplicação de elementos da teoria do delito, como irradiadora de princípios fundamentais e que permeariam todos os ramos do direito público sancionador, sob a justificativa de uma necessária garantia de direitos fundamentais, ante a égide de um Estado democrático constitucional.

Os professores se referem à imputação, ao juízo de ilicitude, tipicidade e culpabilidade como componente teóricos de um sistema sancionador público geral e que não poderiam ser afastados ou mitigados quando inseridos no contexto de um direito de defesa amplo e garantido. Apesar de posicionar esse sistema de *direito público sancionador* como superior e anterior à divisão do direito em ramos, acabam por admitir que tais valores decorrem e repercutem primeiro em sede de direito penal.

Vale a pena a transcrição da sedimentação do entendimento:

É nesse sentido que podemos entender os diversos modelos analítico-doutrinários do crime como teses axiológicas em função de uma visão político-criminal que pretendem não apenas justificar o direito penal, mas também racionalizá-lo segundo certos valores considerados anteriores ao direito penal, que se encontram em teorias sociais, teorias políticas e em última análise em antropologias e estendê-las aos demais ramos do direito público sancionador de um Estado Constitucional e Democrático de Direito³³.

Há uma percepção clara. Apesar de considerados anteriores e superiores, os valores mencionados (teses axiológicas), sempre partem de uma visão de direito penal. É como se a posição superior decorresse da posição inferior e não o contrário.

Após muita reflexão, não obstante reconhecer o invulgar raciocínio desenvolvido pelos autores, ousamos discordar da posição defendida pelos professores e apontar, com presunção, que ela parte de uma premissa falsa ao

³² DEZAN, Sandro Lúcio. PEREIRA, Eliomar da Silva. **Contributo da Teoria do Delito para Imputação Jurídica no Direito Público Sancionador**. Revista Estudos Institucionais, v. 8, n.1, p. 88-104.

³³ DEZAN, Sandro Lúcio. PEREIRA, Eliomar da Silva. **Contributo da Teoria do Delito para Imputação Jurídica no Direito Público Sancionador**. Revista Estudos Institucionais, v. 8, n.1, p. 88-104.

deixar de perceber que diferentemente do direito penal, o direito administrativo sancionador não é independente, pelo contrário, somente existe no âmbito e proveniente do direito administrativo, com o objetivo de instrumentalizá-lo. Que o fundamento da sanção administrativa está no interesse público, tudo para a consecução do serviço público de regulação social e defesa do próprio cidadão.

Um cuidado necessário quanto a análise da aplicação de teorias de filosofia políticas no campo prático de concretização de direitos é o de se evitar excessos retóricos que levem à inutilidade da própria visão teórica frente à impossibilidade de tradução do teorizado em ações concretas viáveis³⁴.

Portando, as teorias gerais de índole penal, da imputação, tipificação, ilicitudes, etc como digressões teóricas do amplo direito público sancionador, são desapegadas da real função do direito administrativo e da consecutória sanção administrativa. Não se trata de uma defesa consequencialista do direito. Trata-se da noção própria da aplicação da norma para organização social, sendo esse o objetivo primeiro da norma jurídica, em aspecto funcionalista, que serve à interpretação desse ramo do direito.

Na realidade, os princípios gerais garantidores de penalidades justas são aplicáveis ao direito administrativo sancionador, entretanto não aqueles advindos diretamente do direito penal, ou marcados por seu regime jurídico. As balizas estão no próprio regime jurídico administrativo, regente da normatividade administrativa. Assim, a interpretação e aplicação do direito não pode ser apartada da sociedade e de seus objetivos, sob pena de tautologias e ou um desarranjo social, quando a lei desorganiza a sociedade que deveria reger.

Raul Letelier, nos alerta para o fato de que aqueles que entendem uma aplicação direta de garantias penais em sede de direito administrativo sancionador, supõem que de tal aplicação somente haveria efeitos positivos, pois brindaria o sistema com conquistas da sociedade, sendo, portanto, uma segurança para o cidadão, assim como seriam todas as derivações garantistas

³⁴ Ferrajoli já alertou acerca da artificialidade do direito e de suas formulações, sendo um problema do garantismo penal a elaboração de técnicas no plano teórico, tornando-as vinculantes no plano normativo e com efetividade assegurada no plano prático. Luige Ferrajoli, *Derecho y razón – Teoría del garantismo penal*. Madrid: Ed. Trotta. 1995. p. 57.

do direito penal. No entanto, essa percepção é falsa, e na realidade somente nos mostra, um simples “sentido visceral de justiça”³⁵. Continua Raul: Ese sentido se opone necesariamente a uno más “racional” y “funcional” con el cual mirar los efectos específicos que esas garantías producen para así comprender que lo que hace distintas a ambas sanciones son precisamente esas garantías. Lo decisivo de la diferenciación entre sanciones administrativas y penales(...) ³⁶.

Nem mesmo os preceitos da imputação são semelhantes, sendo que em sede de direito administrativo sancionador os aspectos subjetivos da imputação estão contidos no próprio dever de conhecimento dos pressupostos próprios da conduta administrativa de que se deve realizar e não no conhecimento do “tipo” proibitivo, deslocando-se, portanto a questão subjetiva³⁷.

Conquanto muito difundida e aceita a tese do poder punitivo uno e, portanto, máxima influência dos preceitos (garantias, processualística e principiologia) de direito penal sobre outros ramos do direito sancionador, encontramos na divergência, fundamentada doutrina que, se não discute a fonte comum do *jus puniendi*, defende a independência epistemológica do direito administrativo sancionador. Doutrina com a qual ombreamos³⁸.

Necessário mencionar o posicionamento de Alejandro Nieto para quem, ainda que se conceba um *jus puniendi* único, haveria inequívoca diferença entre a potestade administrativa sancionadora e o poder punitivo penal. Tratar-se-iam de figuradas distintas, entretanto aproximadas por uma manobra hermenêutica³⁹.

³⁵ Aqui o professor Raul Letelier faz referência à Richard Posner: POSNER, Richard, “**An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration**”, Journal of Legal Studies, vol. 2 (1973), p. 401.

³⁶ LETELIER, Raúl. “**Garantías penales y sanciones administrativas**”. Polít. crim. Vol. 12, Nº 24 (Diciembre 2017), Art. 1, pp. 622-689. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A1.pdf]

³⁷ VAN WEEZEL, Alex “Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo”. Polít. crim. Vol. 12, Nº 24 (Diciembre 2017), Art. 9, pp. 997-1043. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A9.pdf]

³⁸ Fábio Antônio Medina; Alice Voronoff; Alejandro Nieto Garcia.

³⁹ GARCÍA. ALEJANDRO NIETO, **Derecho Administrativo Sancionador**. 5º Ed. Madrid: Tcnos, 2012. p. 149. Para Nieto: “*La idea del ius puniendi único del Estado, que ne el capítulo anterior se ha examinado críticamente, tiene su origen y alcanza su última justificación en una maniobra teórica que en Derecho se utiliza con cierta frecuencia: cuando la Doctrina o la Jurisprudencia quieren asimilar dos figuras aparentemente distintas, forman con ellas un concepto superior único – un supraconcepto – en el que ambas están integradas, garantizándose con la pretendida identidad ontológica la unidad de régimen.*”

Portanto, a distinção dos sistemas de sanções administrativas, penais, ou judiciais não penais, implicam tanto sua finalidade, objeto, regime jurídico ao qual se filiam, quanto o bem jurídico que protegem. Nesta mesma senda argumentativa, o sistema de sanções define sua posição epistemológica.

Destarte, o posicionamento da norma sanção na seara do direito administrativo sancionador, implica a escolha por um sistema jurídico específico e completamente influenciado por axiologia própria. Vale notar que todo o arranjo do Direito Administrativo Sancionador nasce no seio do Direito Administrativo enquanto ciência⁴⁰.

No âmbito do Estado desenvolveu-se uma pessoa jurídica com existência independente e que tem como função prestar serviços à população⁴¹ com fins colimados pela ordem jurídica⁴². A Administração Pública detém sua própria característica jurídica direcionada para ordenação da sociedade e contínuos serviços à população⁴³.

Para a manutenção da complexa organização social, cumprimento da promessa de uma sociedade protegida pelo Estado, fez-se necessário que normas fossem editadas e com o objetivo de intervenção na convivência intersubjetiva, com finalidade de evitar a ocorrência de fatos que desorganizem a vida prática cotidiana. Tais normas, derivam do mencionado regime jurídico administrativo, para a proteção do interesse público⁴⁴. É o que temos defendido.

Objetivando então concretizar os serviços públicos e fazer valer os fins indicados pela própria sociedade é que a Administração Pública passou a desenvolver-se. Como já mencionado, a Administração tem finalidade de organização social e para atingi-la, dita regras que repercutem em toda a

⁴⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. Pag. 60. Fábio Medina Osório afirma que historicamente o Direito Administrativo aparece na Europa, “como um conjunto de regras especiais que excepcionam as normas do Direito Civil para as relações em que a Administração Pública está presente, dentro de um processo de racionalização do poder político, cuja intensificação ocorre a partir do século XVIII, notadamente a partir das grandes revoluções daquele período.”

⁴¹ JÈZE, Gaston. **Les principes généraux du droit administratif**, 1926, p. 88-106.

⁴² Cfr. CRETELLA JUNIOR. José. **Direito Administrativo no Brasil**. Revista dos Tribunais. 1964

⁴³ JUSTEN. Mônica Spezia. **A Noção de Serviço Público no Direito Europeu**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 21. A crescente atividade administrativa para servir aos interesses dos cidadãos colocou uma outra problemática para os doutrinadores e operadores do direito: a delimitação do campo de aplicação de regras de direito administrativo, e, mais ainda, a delimitação da competência do contencioso administrativo a cargo do Conselho de Estado.

⁴⁴ LIMA. Rui Cirne de. **Princípios de Direito Administrativo**. 7ª. Ed. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 56

sociedade. Não se trata de retribuir o mal com o mal, ou inflingir a dor ou o cárcere. A potestade sancionadora da Administração Pública deve ser vista como meio de concretização material de objetivos gerais e persegue, portanto o interesse público como sendo próprio desta mesma Administração, sob ditames dos fins preteritamente indicados pela Sociedade/Estado. O poder sancionador da administração deve ser visto como anexo da competência de sua própria gestão⁴⁵.

Goldschmidt⁴⁶ ao comentar o direito penal administrativo, modelo alemão de jurisdição administrativa, se referiu a tais normas como ordens de serviço e menciona que o ilícito administrativo não é uma ação contrária ao direito, ou seja, não representa uma lesão à interesse jurídico tutelado, mas uma ação contrária à Administração, no que ele classificou de uma falta de cooperação com a atividade administrativa do Estado.

O autor introduziu em seu país a ideia de distinção da posição dos particulares enquanto indivíduos e enquanto membros da comunidade⁴⁷. Em bastante apertada síntese, a ideia seria a de que, como membro da comunidade o cidadão teria a obrigação de colaborar com Administração. Sua não colaboração seria punida com uma sanção administrativa. Como particular seus atos atingiriam os bens jurídicos tutelados que garantiriam o funcionamento da sociedade como todo, bens elevados e protegidos. A violação dos preceitos, são violações de normas penais, com conseqüente sanção penal.

Gaston Jèze também advertiu para a distinção entre infração civil e infração administrativa⁴⁸. Sob o contexto do sistema jurídico francês, o autor apresenta fatos históricos e sua visão acerca daquele direito administrativo e seus tribunais nascentes da Revolução e que produziram uma teoria própria justificadora de uma forma específica de julgar a Administração.

⁴⁵ Crf. GARCÍA. ALEJANDRO NIETO, **Derecho Administrativo Sancionador**. 5º Ed. Madrid: Tecnos, 2012.

⁴⁶ Apud. Citado por Hungria na obra: HUNGRIA, Néilson. **Ilícito penal e ilícito administrativo**. Revista de Direito Administrativo – RDA, v. 1, n 1.

⁴⁷ Op. cit., p. 29

⁴⁸ Jeze, Gaston. **Les Principes Généraux du Droit Administratif**, Paris: Berger-Levrault. 1904, p. 149.

Para Kelsen existem espécies de sanções aplicadas pela autoridade administrativa, assim como penas aplicadas por autoridades judiciais e que tais espécies devem ser distinguidas, inclusive em processos próprios⁴⁹.

O regime sancionador da Administração destaca-se por estar fundamentado diretamente no poder surgido das normas administrativas com base na organização social e objetiva a proteção desses seus valores.

Portanto, a sanção administrativa não serve como medida repressora que garanta a atuação da Administração, em caso de desobediência. Diferente disso, decorre do poder administrativo nascente dentro da própria Administração quando do estabelecimento de suas diretrizes de condução dos interesses da sociedade, para a proteção de seu objetivo, qual seja, a organização social⁵⁰. Não é outra a visão de Alejandro Nieto, quando comenta os fundamentos do Direito Administrativo Sancionador⁵¹.

A potestade exercida pela Administração Pública sancionadora até pode ser aquela mesma advinda do Estado enquanto detentor do poder de punir, parcela da cessão individual da força, ideia consubstanciada por Locke e Rousseau em seu Contrato Social⁵², entretanto, a punição administrativa decorre da infração à preceitos estabelecidos por ela própria com vistas à proteção de sua atividade ou de seus fins. Vale dizer que ao direcionar a norma para o controle realizado pela Administração Pública, optando-se por revesti-la de um

⁴⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direitos**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 123. Cita o autor: Ambas as espécies de sanções – pena e execução (civil) – são aplicadas tanto pela autoridade judicial quanto pela autoridade administrativa, em processo para o efeito previsto. Por isso devem distinguir-se penas judiciais, aplicadas pelos tribunais penais, e penas administrativas, aplicadas pelas autoridades administrativas; execuções judiciais, feitas pelos tribunais civis (execuções civis), e execuções administrativas, feitas pelas autoridades administrativas.

⁵⁰ VORONOFF. Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**. Belo Horizonte: Forum. 2019. p. 48-49.

⁵¹ GARCÍA. ALEJANDRO NIETO, **Derecho Administrativo Sancionador**. 5º Ed. Madrid: Tcnos, 2012. Para ele: *“Em definitiva, contra viento y marea hay que afirmar que el Derecho Administrativo Sancionador es, como sum ismo nombre indica, Derecho Administrativo engarzado directamene em el Derecho público estatal y no um Derecho Penal vergonzante; de la misma manera que la potestad administrativa sancionadora es una potestade aneja a toda potestad atribuída a la Administración para la gestión de los intereses públicos. Noes um azar, desde luego, que hasta el nombre del viejo Derecho Penal Administrativo haya sido substituído desde hace muchos años por el más propio de Derecho Administrativo Sancionador”*.

⁵² Ver. ROUSSEOU. Jean-Jacques. **O Contrato Social**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 1996: já que nenhum homem tem autoridade natural sobre seu semelhante, e uma vez que a força não produz direito algum, restam então as convenções como base de toda autoridade legítima entre os homens. p. 13, cap. IV.

regime jurídico específico, que nesse caso é o administrativo, para finalidade específica, influenciada por valores inerentes.

Quando se derruba uma árvore protegida por uma norma penal de direito ambiental, fere-se uma norma legalmente estabelecida e um bem jurídico tutelado pelo direito criminal, sob o aspecto da proteção ao meio ambiente (bem jurídico tutelado). O delinquente, se esse infrator for pessoa física, poderá ser punido sob este ponto de vista, sendo necessária a verificação do elemento subjetivo (teoria finalista), fato típico, antijuridicidade e culpabilidade e o desenvolvimento de um justo e regular processo, que culmina com a aplicação de pena por juiz natural. A pena é expiação, é retribuição⁵³. Tudo isso é necessário, tendo em vista que está em jogo a liberdade do cidadão, frente ao poder de punir do Estado. O Estado parte do pressuposta da inocência e liberdade do indivíduo e dependerá de um devido processo legal para estabelecer sua culpa⁵⁴, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A pena terá caráter, como dito, retributivo e preventivo. Trata-se do regime jurídico penal⁵⁵.

No entanto, aquela mesma árvore pode estar protegida por regras de direito administrativo. A possibilidade é a edição de um decreto executivo que defina a área como de proteção ambiental. A atuação de uma empresa na área delimitada, gera a possibilidade de uma punição administrativa e neste caso, a sanção poderá ser aplicada a partir de uma *responsabilidade objetiva* (sem que se perquiria culpa), o desenvolvimento do processo para aplicação da punição, apesar de devido e legal, trará nuances de simplicidade. Vale observar que diante da autoexecutoriedade e da presunção de legitimidade do ato administrativo, a notificação administrativa pela derrubada da árvore já nasce com potencial de efetividade⁵⁶. Cabe ao infrator desconstituir o ato e, para isso, terá meios de defesa, no entanto, a presunção é de culpa e não de inocência. Nesta mesma linha, inexistente a figura do juiz natural (sob aspecto da

⁵³ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal Parte Geral**. 32. Ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 195.

⁵⁴ Cfr. Zafarone. Eugênio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2021.

⁵⁵ GARCIA, Basileu, **Instituições de Direito Penal, vol. I, Tomo II**, 1º ed, São Paulo: Max Lumonad editor de livros de direito, 1952. p. 179. Naquele capítulo o autor comenta a obra de Beccaria.

⁵⁶ Pietro, Maria Sylvania Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018.

imparcialidade e equidistância) tal qual se vê nos processos judiciais, pois a relação dual implica que a Administração que aplicou a notificação, interessada no resultado é a mesma que realizará o julgamento. A multa (sanção) aplicada não tem característica formal ou material, de um tipo no aguardo de uma subsunção. Seu objetivo é de condução à recomposição da normalidade social com eventual ressarcir à Administração, sem qualquer caráter aflitivo, pedagógico ou de reabilitação.

Neste caso, assim é, pois a penalidade aplicada não visa ao bem jurídico protegido “meio ambiente”, mas tão somente é a consequência do desarranjo social causado. O objetivo da norma que estabeleceu a área como de proteção não era a advertência para a punição, mas a orientação para a organização. Tampouco a multa é pena, mas sanção com característica de recomposição.

Sob o ponto de vista da Administração Pública, tanto será a infração à norma de trânsito, quanto uma infração à uma norma ambiental, ou tributário, pois são, de igual modo, infrações administrativas à preceitos por ela estabelecidos e controláveis. Cada um dos ramos administrativos possui seu próprio plexo normativo e âmbito de atuação e para cada um deles uma vertente do serviço público a proteger. Em comum está o fato de que o objetivo é cumprimento da norma de organização social e nunca a punição pelo seu não cumprimento. Pelo menos, não como objetivo primário.

Dessarte, o reconhecimento de uma epistemologia específica, calcada numa ontologia nascente na Administração Pública ante a necessidade de consecução dos delimitados fins próprios, possibilita um ambiente propício à criação de normas reguladoras com previsão de responsabilização que podem ter, inclusive, características objetivas, como no caso das normas de direitos ambiental e tributário, ou de trânsito, combate à corrupção, eleitoral, urbanístico etc. Não se trata de uma relação lógica ou consequencial, mas de justificação. Seria, portanto, justificável uma relação de responsabilidade, tendo em vista a necessidade precípua da Administração de fazer valer imediatamente suas regras.

Situação bastante peculiar está relacionada à punição de servidores públicos. Percebe-se que desde muito tempo há importante e numerosa

doutrina⁵⁷ daqueles que defendem uma espécie de simbiose entre o direito administrativo sancionador disciplinar e o direito penal. Tal entendimento parece decorrer do que para nós seria a falsa impressão gerada pelo fato de presenciarmos a Administração Pública punindo um cidadão pela prática de uma irregularidade e daí concluirmos que ali está presente o *jus puniendi* com preceitos, institutos e garantias similares, ou até iguais as de direito penal e seu garantismo. Prega-se, nessa doutrina, a necessidade de verificação do elemento subjetivo na conduta do servidor, análise de culpabilidade, exigência de tipificação, verificação de desculpantes, aplicação de conceitos como de continuidade delitiva, juiz natural etc.

Por evidente que garantias constitucionais gerais a qualquer processo sancionatório, seja penal, administrativo ou em âmbito civil (sancionatório não penal)⁵⁸ sempre deverão ser respeitados. A legalidade, o contraditório e o devido processo legal, são exemplos. Entretanto, se faz necessária a discussão acerca da extensão dos princípios penais ao Direito Administrativo Sancionador e sua implicação. Além do debate sobre a visão de um sistema próprio de garantias, mas que não se afastem do objetivo de preservação da prestação do serviço público.

Não tratamos do tema da punição de servidores público, neste estudo, pois, envolto em nuances ainda mais específicas, no entanto, deixo a referência ao artigo de Nieto, intitulada “Problemas Captales Del Derecho Disciplinario”⁵⁹, quando o professor debate pontos importantes relacionados à aplicação do direito sancionador disciplinar.

Os argumentos até aqui apresentados nos indicam a existência de um sistema, ou um microssistema próprio do Direito Administrativo Sancionador e que habita o círculo do Direito Administrativo enquanto conjunto de regras

⁵⁷ DEZAN, Sandro Lúcio. **Ilícito administrativo disciplinar em espécie**. Curitiba: Juruá. 2014; DEZAN, Sandro Lúcio. **Uma teoria do direito público sancionador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2021; DEZAN, Sandro Lúcio. **Nulidades no Processo Administrativo Disciplinar**. Curitiba: Juruá. 2017.

⁵⁸ Cfr. Merçon-Vargas, Sarah. **Teoria do Processo Judicial Punitivo Não Penal**. Jus Podivm, Salvador: 2018. pag. 100.

⁵⁹ NIETO, Alejandro. Derecho administrativo, Derecho privado y Derecho garantizador, en el núm. 52 de esta REVISTA, Madrid, 1967.

(princípios e normas) direcionados ao trato da coisa pública, assim entendido o serviço público, os bens públicos, os recursos públicos, servidores, gestores etc.

Se impõe, por conseguinte, uma hermenêutica própria que possibilite ao poder estatal um modo peculiar de interpretação direcionado ao interesse público que compõe um regime jurídico administrativo o qual contamina todo o sistema jurídico aplicável à Administração, não como uma exorbitância incompreensível, nefasta ou inconstitucional, pelo contrário, sem a possibilidade de um regramento específico, seria impossível a vida ordenada em sociedade. É, portanto, o interesse público, categoria jurídica básica, que caracteriza a essência do Direito Administrativo.

1.2 A pena e sua característica retributiva e aflitiva

Para que possamos estabelecer as possíveis diferenças entre as penas e as sanções administrativas se faz necessário um rápido resumo acerca das características daquela, antes de aprofundarmos o estudo desta.

A sanção estatal é uma construção social que encontra raízes na vingança privada que surgiu com os primeiros grupos sociais, ainda na pré-história. As regras estabelecidas pelos associados deveriam ser obedecidas por todos os indivíduos, sob pena de sanções aplicáveis pelos próprios membros, sem critérios ou proporcionalidade⁶⁰.

A aplicação da sanção é, portanto, anterior à organização da sociedade em Estado. Com o desenvolvimento da sociedade e consequente estabelecimento de normas postas ou pressupostas, organizou-se um sistema jurídico que atribuiu ao Estado o poder de executar penalidades decorrentes do descumprimento do estabelecido.

Com o advento do Estado é que se institucionalizou a noção de “justo” e “injusto”, pois nele se concentrou essa espécie de poder coercitivo com capacidade para obrigar o cidadão ao cumprimento de seu pacto de obediência ao estabelecido, ao que foi contratado. A pena é, portanto, a forma de coagir no sentido de que o castigo seja superior ao benefício de se quebrar o pactuado⁶¹.

⁶⁰ Cfr. BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva. 2004.

⁶¹ Cfr. HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. Rio de Janeiro: Ed.Vozes. 2015

Beccaria nos exorta que “a reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir”. Portanto, punir é exercer parcela retirada da liberdade de cada cidadão, uma parte de seu direito individual que se integra à parte de todos para constituir o exercício do Estado contra a própria pessoa⁶².

O pressuposto da sanção é a norma violada, conceito formal. Para Kelsen a sanção é o ato coercitivo que constitui o dever jurídico, ou seja, da norma se extrai o dever de obedecê-la⁶³. Rousseau afirma que uma das espécies de relação entre o homem e a lei é a desobediência à penalidade e classifica as sanções (leis criminais) menos como uma espécie particular de leis, mas a sanção de todas as outras⁶⁴.

Nesta quadra se aproximam as visões de que a ideia de sanção está contida na desobediência da norma. No entanto, parece ser Beccaria⁶⁵ quem melhor argumenta ao afirmar que a necessidade obriga os homens a ceder parcela de sua liberdade para se sentir protegidos pelo Estado.

Sanção estatal e pena se confundem. Dá-se pelo fato de que toda a construção do sistema de penalidades, desde a antiguidade, ter se dado a partir das atribuições de penas aos delitos praticados por particulares contra particulares. Mesmo com a assunção pelo Estado do direito de punir, naquele primeiro momento se tratava de se substituir ao privado.

Para Locke o crime consiste na violação da lei e desvio da correta razão, tornando o homem degenerado e rompido com os princípios da natureza humana, tornando-o criatura nociva. Para ele, é direito da vítima do crime, a punição do criminoso e ainda, direito de buscar reparação⁶⁶.

A vingança praticada pelo particular, se converteu em pena aplicada pelo Estado. Não por outro motivo, o conceito de pena é dominado pelo direito penal. Nesse sentido Nelson Hungria, para quem a pena retribui o mal causado pelo

⁶² BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 11ª ed. São Paulo: Hemus. 1995. p. 15.

⁶³ Hans. **Teoria Pura do Direitos**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 138.

⁶⁴ ROUSSEAU, J.J. **O Contrato Social**. Princípios do Direito Político. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1999. p. 66.

⁶⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Ed. Hemus. 11ª ed. São Paulo: 2005. p. 15.

⁶⁶ LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo Civil**. Ed. Martins Fontes. São Paulo: 1998. p. 388.

crime⁶⁷ que ainda desenvolveu a teoria que determina a individualização, tanto objetiva, quanto subjetiva.

Na mesma linha Damásio de Jesus⁶⁸, que afirma ser a pena a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração, como retribuição de seu ato ilícito, consiste na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos.

Kant abordou o tema e descreveu a pena como verdadeira vingança. Para ele, quem pratica o mal deve sofrer o mal⁶⁹.

Por fim, Basileu Garcia⁷⁰, para quem a pena detém a característica de aflição como meio de punir, afirmando que para alguns, a pena é meramente aflitiva, mas para outros constitui meios para o condenado ou para sociedade.

De todo modo, a pena é a mais importante das consequências jurídicas do delito. Consiste na restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal. Com o desenvolvimento científico do chamado Direito Penal, várias foram as teorias estudadas, que definiram a pena tanto como simples retribuição do mal causado pelo infrator, como forma de reabilitação e recado preventivo para a sociedade em geral. O conjunto unificado (Teoria unificadora ou mista) é o resultado aplicado no direito penal brasileiro.

Portanto, para o sistema criminal pátrio, pena tem como principal objetivo retribuir o mal causado pelo infrator da norma penal e com sua expiação advertir para que outros não cometam.

De tudo, podemos concluir que apenas é punir, retribuir, causar o mal causado. Apenas é vingar.

⁶⁷ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1949. pág. 86.

⁶⁸ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal Parte Geral**. 32 ed.; São Paulo: Saraiva, 2011. p. 563.

⁶⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad.: Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla, 2009.

⁷⁰ GARCIA, Basileu, **Instituições de Direito Penal, vol. I, Tomo II**, 1º ed, São Paulo: Max Lumonad editor de livros de direito, 1952. p. 412.

CAPÍTULO 2. O LIBERALISMO BERÇO DA TEORIA DO SERVIÇO PÚBLICO, INSERIDO NO CONTEXTO DE UMA SOCIEDADE DO RISCO. VALORES QUE CONDUZEM A UMA TEORIA DO INTERESSE PÚBLICO DE PROTEÇÃO E ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE, TENDO COMO FERRAMENTA A SANÇÃO ADMINISTRATIVA

2.1 Liberalismo e serviço público. O conceito de justiça aplicado ao direito administrativo sancionador

Em *Uma Teoria da Justiça*, Rawls defende um modelo de sociedade em que o justo antecede o bem. Em que a moral e valores da comunidade não subordinariam o conceito de justiça, que seria então amparada em um estereótipo a partir de uma “posição original”⁷¹.

Apesar da equidistância entre o ideal de justiça e a corrupção da vida cotidiana, àquele estaria, ainda que não diretamente, influenciado pelas tradições e pelos valores da sociedade. Ocorre que tal influência axiológica não seria suficiente para o embasar, por si, a tomada de uma decisão justa. Isso porque tudo depende de um contrato prévio que demanda a sociedade como um todo⁷². Trata-se da justificação de direito a partir da importância moral que detêm e de sua posição no contrato social, numa perspectiva de um bem transcendental e final.

A supervalorização da individualidade num contexto liberal acaba por refletir nas normas adjacentes e na postura desse cidadão ante suas obrigações para com a sociedade. *Nesse sentido, a justificação dos direitos depende da importância moral das finalidades que estes servem.*⁷³

⁷¹ Ver RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Ed. Martins Fontes. São Paulo: 2000

⁷² RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Ed. Martins Fontes. São Paulo: 2000. p. 12ss: Rawls situa a sua teoria da justiça na tradição da teoria do contrato social que remonta a Locke, Rousseau e Kant. A "ideia de base" é a de que os princípios da justiça são objecto de um acordo original. "Assim, somos convocados a imaginar que aqueles que estabelecem relações de cooperação social escolhem em conjunto, num acto comum, os princípios segundo os quais se procederá quer à atribuição de direitos e deveres básicos, quer à divisão dos benefícios da vida em sociedade". Ao desenhar o contrato social, "um conjunto de pessoas deve decidir, de uma vez por todas, o que é para elas considerado justo ou injusto", e os princípios que elegerem determinarão "todas as críticas das instituições e as respectivas possibilidades de reforma ulteriores".

⁷³ SANDEL, Michael j. **O liberalismo e os limites da justiça**. Ed, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa: 2005. p. 12

Ocorre que o próprio Rawls acaba por esclarecer que na teoria da justiça como equidade não há óbice para que se considerem sentimentos morais de ordem superior, para que se mantenha unida uma comunidade de pessoas. Para ele o justo é o acordado entre as partes, como seres racionais sujeitos às considerações por ele imposta⁷⁴. Trata-se da questão relativa ao contrato social lastreado em Locke e Rousseau, aqui mencionado.

Quando trabalhamos com o Direito Administrativo Sancionador, tentamos demonstrar que ele somente existe dentro de um sistema de direito administrativo, *lato senso*. Nessa medida, consideramos o “ente Administração Pública” como esse consenso abstrato, decorrente daquele pacto social.

Portanto, há uma vertente liberal no processo histórico de construção da Administração Pública e por conseguinte na previsão de sanções administrativas, na medida em que se reconhece a importância da regência da sociedade por um princípio coletivo.

É nesse sentido que entendemos a aplicação do conceito liberal de justiça defendido por Rawls, quando falamos de sanção administrativa justa. Não haveria qualquer injustiça quando entendemos a aplicação de certos princípios em direito administrativo sancionador, de modo diverso daquele previsto em outros ramos do direito.

A garantia de liberdades fundamentais não existe para manter as pessoas isolados, muito pelo contrário, são referência para uma boa vida, de bem-estar. Um erro é entendê-la fora da construção social em que se verifica e tentar sua aplicação uniforme em todas as circunstâncias⁷⁵.

É que o conceito de justiça, passa pela aprovação social e toca seus valores e tradições. Faz parte do ideário do contrato coletivo acima exposto.

⁷⁴ SANDEL, Michael j. **O liberalismo e os limites da justiça**. Ed, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa: 2005. p. 50

⁷⁵ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Ed. Martins Fontes. São Paulo: 2000. p. 579ss: Não existe qualquer razão para que uma sociedade bem organizada encoraje primariamente valores individualistas, se com isto queremos dizer modos de vida que conduzam os indivíduos a seguir os seus próprios caminhos, sem qualquer preocupação pelos interesses dos outros (ainda que respeitando os seus direitos e liberdades). Normalmente, esperar-se-ia que a maioria das pessoas pertencesse a uma ou mais associações, detendo assim, neste sentido, pelo menos alguns fins colectivos. As liberdades fundamentais não têm o propósito de manter as pessoas isoladas umas das outras, ou de as persuadir a manterem as suas vidas privadas, mesmo que alguns, sem dúvida, assim o façam. Antes visam assegurar o direito de liberdade de movimentos entre as associações, bem como entre as comunidades mais pequenas”.

Não há como separar liberdades e direitos de obrigações e sanções, o que se deve esperar é a justiça das decisões e o amparo em preceitos logicamente previstos. Nesse sentido a lógica liberal não desfigura as características próprias do direito administrativo sancionador.

Tanto é assim que para Rawls *existe, sem dúvida, um objetivo coletivo para uma sociedade bem-organizada, enquanto um todo, o qual é sustentado pelo poder do Estado, uma sociedade justa no seio da qual uma concepção partilhada de justiça é reconhecida publicamente. Porém, dentro deste quadro podem adoptar-se objetivos comunitaristas, até mesmo, muito possivelmente, pela vasta maioria das pessoas*⁷⁶

Ele não nega a possibilidade de que valores comunitários possam existir ou florescer em sociedades bem-organizadas, sendo necessários somente que a igualdade e a liberdade estejam presentes como componentes do princípio da justiça.

A defesa da possibilidade de determinadas garantias constitucionais repercutirem de modo diverso quando se trata de uma sanção administrativa, não é relativizar o conceito de justiça, muito menos sacrificar indivíduos à bem de outros indivíduos ou de uma sociedade ou bem maior⁷⁷.

Muito pelo contrário. Entendemos como hígido o conceito de justiça liberal ou da moral comunitária, na medida em que vislumbramos a proteção do eu e da comunidade. Sendo cada indivíduo um fim em si mesmo⁷⁸, ele dever ser livre para suas escolhas, entretanto protegido e orientado para os riscos inerentes.

A defesa de uma deontologia liberal, protetora da inviolabilidade do indivíduo e diferença entre as pessoas, não significa a negação do coletivo enquanto sistema de proteção do próprio cidadão.

O acordado ou o legiferado são fontes de obrigações em qualquer sistema e, de modo geral, estão baseados em fundamentos morais, valores da sociedade inserida. Este é, de certa forma o fundamento da justiça em Rawls e em Kant.

Ao comentar a proposta liberal de Rawls para o sistema de alcance de posição social por mérito, Sandel adverte que a partir do momento em que a

⁷⁶ Ver RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Ed. Martins Fontes. São Paulo: 2000

⁷⁷ Concepção criticada por Nozick, repercutindo Rawls. SANDEL, Michael j. **O liberalismo e os limites da justiça**. Ed, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa: 2005. p. 50

⁷⁸ Princípio Kantiano fundamental. SANDEL, Michael j. **O liberalismo e os limites da justiça**. Ed, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa: 2005. Pág. 50. Pág. 100.

admissão ou a exclusão não possam ser consideradas com plausibilidade como dependendo daquela noção abstrata (de mérito) ou de qualquer pretensão individual anterior, a alternativa que se apresenta é assumir os fins coletivos da sociedade como um todo e que tais fins devem prevalecer⁷⁹.

Não se pode presumir daí uma proposta ética utilitarista⁸⁰ que forçaria a prevalência de direitos gerais abstratos para a consecução de fins pretendidos. Diferentemente disto, não há de fato um fim próprio do serviço público e da sanção administrativa que não advenha do interesse de cada cidadão, para o bem de cada um e de todos.

A questão então colocada é se haveria esta possível interlocução entre uma moral liberal e a doutrina do serviço público que sustente o paradigma do interesse público, fundamentos da sanção administrativa.

A resposta é positiva na medida em que defendemos um Estado/Administração que sem fins próprios, busca aqueles que coincidam com o de seus membros enquanto sociedade (interesse público). Diante dessa concepção de Estado liberal, Bobbio salienta que:

“Através de uma metáfora, esta concepção de Estado foi chamada de Estado-protetor, para significar que sua tarefa não é dirigir os súditos para este ou aquele fim, mas unicamente vigiá-las para impedir que, na busca de seus próprios fins, cheguem a conflitos. Através de uma metáfora mais atual, seria possível comparar o Estado Liberal, não a um protetor (ou, como também foi dito, a um vigia noturno), mas a um guarda de trânsito com a tarefa não de indicar de forma imperativa aos motoristas qual direção deve seguir, mas unicamente de agir de maneira que, ordenando a circulação, cada um possa alcançar, da melhor maneira e de modo compatível com igual direito dos outros, sua própria meta”⁸¹.

Como visto, portanto, em que pese a defesa do indivíduo e seus direitos e garantias frente a uma concepção coletiva ou mesmo de Estado, não é possível dissociar a doutrina liberal do fato do serviço público ou mesmo do

⁷⁹ SANDEL, Michael j. **O liberalismo e os limites da justiça**. Ed, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa: 2005. p. 189

⁸⁰ Para fins de registro da doutrina Utilitarista de Adam Smith, Jeremy Bentham e John Stuar Mill.

⁸¹ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Immanuel Kant** (trad. bras. UnB, 1984). p. 133

interesse público, pois mesmo frente ao liberalismo há a necessária admissão da atuação estatal para garantia daqueles direitos fundamentais.

Verificando a valorização da atuação Estatal como concretude de uma decisão coletiva, não há como, de fato, se afastar uma defesa da posição comunitarista quando falamos de serviço público. Certo é que não entendemos a aplicação de princípios, mesmo relacionados a garantias individuais como a legalidade ou igualdade, de modo uniforme para cada sociedade de acordo com seus valores. Entretanto, não é somente isso.

A proposta sim é de que os princípios e regras regentes da sociedade da forma como são, encontram contornos de aplicação própria, ante um regime jurídico próprio e que tem fins determinados pela sociedade que os rege, entretanto, específicos⁸².

O cuidado que se precisa ter na análise prática da aplicação da justiça inserida num contexto equitativo é que, conforme advertido por Rawls, essa justiça prática não se resolve a partir de conceito abstratos fundadas em controvérsias filosóficas do eu ou de uma possível ordem moral transcendental.

No sentido proposto, o liberalismo abrangente de Kant e Stuart Mill, são afastados pelo pensamento cíclico de Rawls, para quem “(...) liberalismo como doutrina política presume que num Estado constitucional nas condições modernas a tendência é haver concepções conflitantes e incomensuráveis do bem”⁸³.

A razão comunitarista de Walzer nos levam a refletir quanto a necessidade de adequação dos ideais de justiça e da prática ao reconhecimento do pluralismo social que deve moldar sua aplicabilidade, afastando-se, portanto, de conceitos teóricos universais⁸⁴.

O fundamento filosófico da justiça aplicável, sob essa visão, não está fincado num parâmetro de justiça universal ímpar e a todos aplicável, incondicionalmente válida. Pelo contrário, sua lógica remete sempre à

⁸² DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. E. de Boccard. Paris, 1928. p. 59.

⁸³ Cfr. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Ed. Martins Fontes. São Paulo: 2000.

⁸⁴ Cfr. WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

adequação comunitária, ou seja, o melhor bem para aquela comunidade, naquele tempo⁸⁵.

É em Sandel, por fim, que encontramos o desfecho para a adequação teórica das teorias liberais à lógica comunitarista. Em que pese sua crítica ao valor do mencionado contrato social, enquanto acordo abstrato, o autor traduz a necessidade de uma visão conglobante da ética do justo a partir de valores próprios de cada sociedade⁸⁶.

Portanto, a referência teórica utilizada tem por bem, o direcionamento dos estudos quanto a aplicabilidade de uma justiça equânime, a partir dos interesses coletivos, para a proteção do indivíduo e da sociedade.

2.2 Liberalismo e organização do Estado para a prestação do serviço público

Como veremos, é sobre a égide de um Estado liberal, pós-revolucionário que alguns dos mais renomados juristas franceses passaram à discussão acerca da essência conceitual de Estado e do próprio serviço público. Léon Duguit liderou uma escola de pensamento que propunha a organização do Estado em torno dos serviços que este prestava à população, chamada então de Escola do Serviço Público⁸⁷.

O serviço público seria, portanto, a essência do Estado, sua razão de ser, motivo para o qual teria sido então concebido. Nesse viés, o conceito de soberania traduzível por superioridade derivada da autoridade, do domínio, não existiria, posto que o Estado estaria a serviço do povo, uma máquina que trabalha comandada pelos governantes para a execução de serviços públicos.

Mônica Spezia Justen, ao escrever acerca da noção de serviço público no direito europeu, nos esclarece que “o direito administrativo passava a ser definido como um conjunto de normas relativas à organização e funcionamento

⁸⁵ WALZER, Michael. **Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 1.

⁸⁶ SANDEL, Michael j. **O liberalismo e os limites da justiça**. Lisboa: Ed, Fundação Calouste Gulbenkian. 2005. p.223 ss.

⁸⁷ DUGUIT, Leon. **Traité de Droit Constitutionnel**. E. de Bocard. Paris, 1923; DUGUIT, Léon. **Droit Constitutionnel**. Ed. E. de Bocard. Paris, 1932; DUGUIT, León. **Las transformaciones del derecho(público y privado)**. Buenos Aires: Editorial Heliastas, 1975.

dos serviços públicos, cujo regime jurídico se definiria pela exteriorização da “puissance publique”⁸⁸.

Posição mais moderna é encontrada na obra de Eros Grau⁸⁹ que estabelece um paralelo entre atividade econômica e serviço público do Estado. Sustenta sua teoria na ideia de que na segunda expressão está subsumida a primeira⁹⁰.

Ao mencionar Ruy Cirne Lima, transcreve-o:

“A definição do que seja, ou não, serviço público pode, entre nós, em caráter determinante, formular-se somente na Constituição Federal e, quando não explícita, há de ter-se como suposta no texto daquela. A lei ordinária que definir o que seja, ou não, serviço público terá de ser contrastada com a definição expressa ou suposta pela Constituição”⁹¹

Buscando em Sartre, Althusse e Foucault a observação de que não seria possível conceituar a história, já que o conjunto estrutural em que está inserida se faz ao acontecer⁹², Eros Grau esclarece que não é possível conceituar serviço público, já que o desenrolar do desenvolvimento histórico o faz único em cada momento. Para ele, portanto, deve-se falar em noção de serviço público, que diferentemente do conceito, “pode definir-se como o esforço sintético para produzir uma ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas (Sartre)⁹³” não se pode, portanto, falar em conceito de serviço público, mas em noção.

Para compreensão de Eros Grau, seria suficiente o fato de que o que se considera serviço público ganha nuances próprias em cada momento histórico ou contexto social.

Marcelo Caetano também se dedicou a escrever acerca do serviço público, sendo que para ele, “chamamos de serviço público ao modo de atuar da

⁸⁸ JUSTEN, Mônica Spezia. **A Noção de Serviço Público no Direito Europeu**. Dialética. 2003.

⁸⁹ Cfr. GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**.

⁹⁰ Para ele, a Constituição Federal concentra todos os preceitos que encerram as atividades dos Estados que possam ser reconhecidas como serviço público. Segundo ele, os artigos da Carta Magna (i) 173 (enuncia as hipóteses nas quais é permitida a exploração direta de atividade econômica pelo Estado; (ii) 175 (define incumbir ao Poder Público a prestação de serviços públicos; (iii) 174 dispõe sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica.

⁹¹ Pareceres (Direitos Público), Porto Alegre, Livraria Sulina, 1963, p 122.

⁹² Cfr. SARTRE, Jean Paul. **Estruturalismo – Antologia de textos Teóricos**, seleção e introdução de Eduardo Prado Coelho, Barcelos, Portugalia Editora, 1968, p 134

⁹³ Cfr. GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**

autoridade pública a fim de facultar, por modo regular e contínuo, quantos deles careçam, os meios idóneos para satisfação de uma necessidade coletiva individualmente sentida”⁹⁴. O autor entende que é fundamentalmente destinado à prestação de utilidades concretas aos indivíduos.

De todo o exposto preferimos a definição de José Cretella Júnior para quem serviço público é, “portanto, toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades coletivas através de procedimentos peculiares ao Direito Público”⁹⁵.

O que podemos depreender dos diversos argumentos apresentados é que um dos modos de materialização do Estado é na forma de serviços públicos.

Nascente num contexto de Estado Liberal, por evidente que o conceito de serviço público, estava dimensionado para promoção de atividades próprias, com vistas à garantia de uso e gozo das liberdades de cada indivíduo. Havia ali, um componente de conceitos e amarras dominantes de um agir proativo estatal. No período, era prioritária a contenção do poder do Estado que, deveria então atuar em prol do cidadão, entretanto, restrito ao contido na lei e nos exatos termos das regras estabelecidas.

As consequências da busca individual pela sobrevivência, sem que houvesse uma regulação mais acentuada das relações sociais, entre outros fatores, acabou por produzir um reflexo indesejável, de exploração do homem pelo homem, marcada pela miséria do povo⁹⁶.

O conjunto de fatos levou a sociedade a perceber a necessidade de uma mudança de rumos da história que possibilitasse um maior usufruto dos avanços sociais e nesse novo modelo o Estado detinha um papel importante de regular, de um modo geral, a vida em sociedade. O Estado não mais teria uma posição passiva, mas assumiria, de fato, a função de coordenador da sociedade em busca de igualdade material e justiça social⁹⁷, a partir de um modelo legal, entretanto permeado pela utilidade, conveniência e oportunidade⁹⁸.

⁹⁴ CAETANO, Marcelo. **Direito Administrativo**, p. 216,

⁹⁵ CRETELLA JÚNIOR, J. **Conceito moderno do serviço público**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 61, n. 2, p. 190-236, 30 dez. 1965.

⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 29.

⁹⁷ Ver. ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁹⁸ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. Cit.*, p. 29

Na dinâmica deste novo Estado Social, o interesse individual estava em pé de igualdade com o interesse de toda a sociedade, do interesse público. Nas palavras de Hachem:

“Com efeito, pode-se afirmar que a Administração Pública, com a passagem do Estado Liberal de Direito ao Estado Social, tornou-se o aparelhamento do Estado dirigido à satisfação das necessidades coletivas, tornando a própria legitimidade do Estado dependente da sua eficiência na prestação de serviços públicos essenciais à promoção dos direitos fundamentais”⁹⁹.

A dinâmica social nos conduz então a um Estado que, além de social, se submete a preceitos fundamentais de um povo, consubstanciado em cartas de deveres supremos à bem da garantia de direitos coletivos à bem de todos. O agora, Estado Constitucional de Direito, reforça a necessidade de atuação proativa da Administração Pública para a melhor regência da comunidade, no sentido de contenção de riscos decorrentes da vida em sociedade e ao mesmo tempo a garantia de direitos.

É nesse contexto que se discute a atuação da Administração Pública e no seu interior, como instrumento de garantia de direitos, o direito administrativo sancionador.

2.3 A sociedade, o risco e o papel do serviço público na gestão social

O avanço civilizatório traz consigo importantes efeitos colaterais. Na medida que as cidades crescem e a exigência por bem-estar se torna mais aguda, faz-se necessário o incremento na produção de alimentos, de bens de consumo, de energia etc. Na mesma medida, a interação intersubjetiva e entre indivíduos e as coisas, toma outra proporção.

A “modernização”, denominação dada por Ulrich Beck¹⁰⁰ para o avanço tecnológico de racionalização e transformação do trabalho, implicando uma forte mudança no estilo de vida, estruturas de poder, controle e a própria percepção da realidade, leva a sociedade a uma necessidade de crescimento pela

⁹⁹ HACHEM, Daniel Wunder. Princípio constitucional da supremacia do interesse público. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 99

¹⁰⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Ed. 34. São Paulo: 2011. p. 23

produção de riquezas que conseqüentemente induz crescimento da própria sociedade, cidades e nações.

O crescimento da civilização e desenvolvimento de suas tecnologias produzem necessidades para a população que se vê presa num espiral de produção e consumo. Ainda que fortemente estamental, toda a sociedade, em sua medida, consome e exige.

Essa sociedade industrial produz riscos para sua própria sobrevivência e são estes os efeitos colaterais mencionados.

No conceito de riscos podem ser abarcados aqueles exclusivamente pessoais, como o de Pedro Alvarez Cabral quando se lançou ao mar em busca das Índias, ou pode se tratar de risco de extinção global, ligado a usinas e lixos nucleares, devastação da fauna ou da flora, pelo homem etc. Nesse sentido, a modernização leva a uma série de riscos coletivos para a vida cotidiana em sociedade.

Estamos então falando do risco de morarmos em construções à 60 metros do chão, de dirigirmos veículos de 500 quilogramas a 200 quilômetro por hora, o risco de enchermos estádios com 70 mil pessoas, de explorarmos poços de petróleo em áreas de proteção ambiental ou simplesmente de nos alimentarmos em restaurantes, sem conhecermos a procedência dos alimentos e o modo de conservação.

Os riscos são individuais e coletivos, para aqueles que os causam e para terceiros implicados. Tudo decorre daquela modernidade mencionada por Ulrich Beck e não encontra limites em atividades empresariais ou de governo. Trata-se da consequência de um processo civilizatório, decorrente de tais tendências evolutivas, impulsionadas ou impulsionantes da práxis social.

Se o processo de modernização leva à produção de riscos, por vezes, máximos, advindos daqueles responsáveis pela produção da riqueza, transformação da natureza e influenciadores das classes, não seria totalmente adequado que o controle dos riscos de tais negócios ficasse a cargo dos próprios interessados. O Estado/Administração tem então o papel central de, em nome

da sociedade¹⁰¹ acompanhar, controlar e sancionar no sentido de manutenção da organização social.

A atividade da Administração/Estado está situada de modo transversal e presente na vida do homem em sociedade, e por vezes chega a ser imperceptível, ou por outras bastante ostensiva e invasiva, no entanto, em todas elas há um sentido primeiro de organização e proteção da sociedade contra os riscos por ela própria produzidos.

O Estado atua, então, como regulador das várias esferas da vida social e gestor dos mais diversos riscos que vão desde o controle dos níveis de agrotóxicos na agricultura, passando pela requisitos de construção de um arranha-céu, até a velocidade em cada rua das vias urbanas.

A presença do Estado, enquanto Administração Pública como organizador e controlador e gestor de riscos, não está ligado a uma visão somente pós-industrial ou moderna. Desde sua concepção e para essa finalidade, o Estado/Administração Pública foi criado. Uma de suas principais premissas é o controle de riscos.

A organização da sociedade em Estado, para a proteção de suas fronteiras tem como pano de fundo o risco de invasões, organização da agricultura contra o risco da escassez. De acordo com o crescimento civilizacional, crescem as demandas e os riscos, no entanto, eles sempre existiram. Decerto que o serviço público de coleta de serpentes nas ruas da França liberal¹⁰², está completamente ligado a um risco à sociedade da época.

Portanto, o conceito de serviço público, desde quando foi concebido, está umbilicalmente ligado ao controle de riscos. Nesse mesmo sentido, o interesse público, também traduzível como bem comum¹⁰³, produz um plexo de normas

¹⁰¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Ed. 34. São Paulo: 2011: Às questões do desenvolvimento e do emprego de tecnologias (no âmbito da natureza, da sociedade e da personalidade) sobrepõem-se questões de “manejo” político e científico – administração, descoberta, integração, prevenção, acobertamento – dos riscos de tecnologias efetiva ou potencialmente empregáveis, tendo em vista horizontes de relevância a serem especificamente definidos.

¹⁰² Na França Liberal, o Tribunal Administrativo (Conselho de Estado) poderia considerar como serviço público, de modo casuístico, a coleta de cobras nas ruas, ou o fornecimento de pão. Cfr. **Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative**.

¹⁰³ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Ed. 34. São Paulo: 2011: Ameação ao solo, à flora, ao ar, à água e à fauna ocupam uma posição especial nessa luta de todos contra todos em torno das definições de riscos mais lucrativas, na medida em que dão espaço ao bem comum e às vozes daqueles que não tem voz própria (...).

dirigentes da sociedade, para que o evoluir não seja uma corrida descontrolada, ladeira à baixo da história, quando, então não teríamos chances diante do caos.

É para o bem comum (interesse público) que se estabelecem regras de controle de adição de químicos em alimentos, que se controla a qualidade da água, a velocidade máxima em vias públicas etc. Nas palavras de Ulrich Beck:

“O risco seria simplesmente uma decorrência do progresso, da mesma forma como a onda de proa acompanha o navio em alto mar. Não seria uma invenção da era moderna. Ele seria verificável em muitos âmbitos da vida social. Os mortos nos acidentes de trânsito, por exemplo. Em decorrência deles, seria uma cidade média da Alemanha que a cada ano desapareceria, por assim dizer, sem deixar vestígios¹⁰⁴.

O controle de riscos é, também, uma das aplicações do direito administrativo sancionador¹⁰⁵. Os regramentos de vertente administrativa que ajudam a Administração Pública a modelar sua atuação e ao mesmo tempo exigir determinados comportamentos de pessoas e empresas, somente são plenamente efetivos quanto anexados a uma previsão de sanções que visam ao controle dos riscos para cada indivíduo e para a sociedade¹⁰⁶.

De fato, essa percepção transcende os conceitos de camadas ou classes sociais, contaminando todas elas, é uma questão da sociedade, sendo o controle e organização por órgão estatal uma exigência que levou, de certa forma, à constituição do Estado.

É forçoso concluir que concretamente, cabe a Administração Pública atuar no sentido de diminuir os riscos da vida em sociedade e para tanto possui, como instrumento de controle, a sanção administrativa.

Alejandro Nieto entende que ao direito administrativo sancionar cabe a prevenção contra riscos ao advertir que:

¹⁰⁴ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Ed. 34. São Paulo: 2011. p. 56.

¹⁰⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Ed. 34. São Paulo: 2011. P'sg. 97: A urgência dos perigos ambientais, “legítima” os autores, com a boa consciências da moral ecológica, a recorrer a uma linguagem na qual pululam expressões como “controle”, “sanção oficial” e “monitoramento governamental”.

¹⁰⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Ed. 34. São Paulo: 2011. Pág. 56: Essas tensões, entre subtração do risco e comércio, produção e consumo de definições de risco, atravessam todos os âmbitos de atuação social. Encontram-se aí as origens primárias das “disputas definitórias” em torno da extensão, do gral e da urgência dos riscos. p. 56.

“Para el Derecho tradicional (Penal) la prevención se logra mediante la amenaza del castigo, que se supone ha de disuadir a quienes se sienten inclinados a delinquir. Para el emergente Derecho Administrativo Sancionador, en cambio, la prevención no se dirige directamente contra el resultado, sino contra la utilización de medios adecuados a la producción de tal resultado: Por decirlo de una manera muy simple: delito será el incendio de un inmueble; infracción administrativa, la edificación con materiales inflamables que pueden provocar fácilmente un incêndio”.¹⁰⁷

A eventual ponderação de princípios informadores de direitos individuais para uma fluência da atuação administrativa no sentido de afastar os riscos inerentes ao desenvolvimento da sociedade, por meio do direito administrativo sancionador, seria não somente possível, quanto desejável, na medida em que para a garantia do bem-estar do todo social.

Sendo assim, os elementos da sociedade do risco permeiam todas a discussões acerca de um direito administrativo sancionador, como instrumento da Administração Pública para a contenção dos riscos mencionados.

2.4 Princípios garantidores de direitos individuais e sua ponderação frente ao interesse público

A Administração Pública em um Estado Democrático, tem a função precípua de fazer cumprir a Constituição Social que define seu dirigir¹⁰⁸, tanto atuando para a promoção do Bem-Estar, como regulando a vida em sociedade para um melhor usufruto de todos. Como já dito, trata-se de um papel proativo, agora na defesa de um interesse de todos, denominado como público¹⁰⁹. Trata-se de um novo modo de ver o interesse público.

Ocorre que, com o advento do Estado Social e a partir dele, para que se pudesse garantir a efetiva proteção de todos, se fez necessária uma maior

¹⁰⁷ GARCÍA. ALEJANDRO NIETO, **Derecho Administrativo Sancionador**. 5º Ed. Madrid: Tcnos, 2012. p. 182.

¹⁰⁸ SANTIAGO, José Maria Rodríguez de. **La administración del Estado social**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 59

¹⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O princípio da supremacia do interesse público**. Interesse Público, no 56, Belo Horizonte: Fórum, p. 35-54, jul./ago. 2009.

interferência do Estado na vida em sociedade, nesse sentido, uma maior intervenção limitando direitos individuais em nome de interesses coletivos.

A limitação de direito não é de nenhuma forma incompatível com uma ordem social fundada sobre um Estado Constitucional de Direito, muito pelo contrário, é por meio de tais restrições de alguns direitos individuais que se garantem outros direitos sociais.

Luis Edson Fachin escreveu sobre a função social da posse e propriedade¹¹⁰ e naquele momento esclareceu acerca da limitação do direito individual de propriedade em prol de seu uso a bem da sociedade. O autor reforça o papel do Estado/Administração na proteção social, tendo em vista o interesse público.

Por sua vez, Bandeira de Mello afirma que o interesse público regerá a atuação da Administração Pública para a consecução da intervenção da propriedade privada, limitando o direito individual, garantindo-se possível desapropriação, com justo pagamento¹¹¹.

O direito à vida, enquanto Direito Humano Universal, é dos mais básicos, senão o mais básico dos direitos detidos pelo homem. Há previsão expressa na Declaração Universal de Direitos da Nações Unidas e faz parte do *caput* do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O direito a vida é precedente de diversos outros direitos e protegido contra a violação, sendo irrenunciável e indisponível.

No entanto, o mais básico dos direitos pode ser relativizado pelo Estado em prol da segurança da coletividade. A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 5º, inciso 47, admite a aplicação da pena de morte em caso de guerra declarada.

Poderíamos citar diversos outros momentos em que o Estado Constitucional, limita o exercício de direitos individuais, num exercício de ponderação com outros direitos, para a garantia da proteção social ou equilíbrio entre os cidadãos.

¹¹⁰ FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988

¹¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

Se no âmbito de um Estado Constitucional de Direito, constatamos como possível a relativização ou até supressão de direitos individuais básicos em cedendo lugar ao interesse público, com muito mais razão podemos então falar da possibilidade de relativização de princípios garantidores de outros direitos.

Nos ensinaram Dworkin¹¹² e Alexy que princípios são razões que indicam uma decisão, mas que não possuem em si determinada prevalência, notadamente em frente a outros princípios ponderáveis.

Aqui, principalmente Alexy estuda os princípios como mandamentos de otimização, normas que se aplicam de forma gradual, na maior medida do possível, progressivamente, considerando as razões e possibilidades fáticas e jurídicas presentes no caso¹¹³.

Não há dúvidas, portanto, que os princípios devem ser ponderados e aplicados na maior medida do possível e sempre em compatibilidade com outros tais regentes de aspectos daquela mesma matéria.

O conjunto lógico e sistemático do que se pretendeu demonstrar nesse capítulo é de que há fundamento filosófico e jurídico para sustentar uma aplicação diferenciada de normas em seio de regime jurídico administrativo, ainda que tais normas tenham conteúdo de garantias individuais, notadamente quando essas garantias sejam, em verdade, direcionadas para outra finalidade em outro ramo do direito.

¹¹² DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹¹³ Cfr. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CAPÍTULO 3. O SERVIÇO PÚBLICO E SEU CONSECTÁRIO, INTERESSE PÚBLICO, SEGUNDO A LÓGICA DE LEON DUGUIT

3.1 Apontamento sobre serviço público.

A ideia de que alguns assuntos da comunidade eram compartilhados de modo mais ou menos uniforme e de que certas medidas deveriam ser tomadas no interesse do “bem comum”, ecoa em diversos momentos da evolução humana¹¹⁴. Na França, as teorias desenvolvidas por Maurice Hauriou¹¹⁵ (*puissance publique*) e Léon Duguit¹¹⁶ (Escola do Serviço Público), ajudaram a sedimentar, sob pontos de vista diferentes, este elemento entendido como uma força do Estado que primeiramente limitou a si próprio (liberalismo) e mais tarde limitou as liberdades individuais, em busca de um equilíbrio social (Estado Social).

Léon Duguit defendia que o serviço público teria sido, justamente, a própria razão de ser do Estado, fundante dele¹¹⁷. Nesse contexto, o autor afirmou que o Estado lembra uma cooperação coexistente de serviços públicos organizados e controlados pelos governantes¹¹⁸, uma obrigação que se imporia a eles. O Fundador da “Escola de Serviço Público”, teórico de Bourdieu, propõe a inexistência do Estado como pessoa soberana, senão quando a serviço da população. Assim os governantes apenas coordenariam esse plexo de serviços públicos que por sua vez se moveria no sentido do bem comum. Contemporâneos de Duguit e não menos importantes, como Maurice Hauriou ou Gaston Jèze, reforçam a necessidade da abordagem histórica que tem a finalidade de demonstrar a importância da noção de serviço público¹¹⁹ para a construção da teoria do Estado¹²⁰.

¹¹⁴ HACHEM. Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 73.

¹¹⁵ HAURIOU, Maurice. **Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits**. t. I. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929. p. 1

¹¹⁶ Cfr. DUGUIT, Léon. **Droit Constitutionnel**. Paris: Ed. E. de Boccard. 1932

¹¹⁷ Cfr. DUGUIT, Leon. **Traité de Droit Constitutionnel**. Paris: Ed. E. de Boccard. 1928.

¹¹⁸ Idem.

¹¹⁹ Expressão utilizada por Eros Grau em: **A ordem econômica na Constituição de 1988**.

¹²⁰ Cfr. **Princípios generales del derecho administrativo** (Gaston Jèze); **Manuel de Droit Constitutionnel** (Leon Duguit); **A Teoria da Instituição e da Fundação** (Maurice Hauriou).

Caracterizava-se um consenso no sentido de que os serviços públicos não deveriam guardar e não guardam um fim em si mesmo e nesse sentido temos que sua finalidade está ligada à concretização do bem comum, o qual se pretende com os preceitos declarados como básico pela humanidade. Destarte, revela-se coerente o entendimento segundo o qual a efetivação de determinados serviços públicos redundam em proteção ao cidadão e por conseguinte, mais garantia de direitos.

A noção de serviço público vigente no direito europeu da época era, justamente, a definição de um conjunto de normas que diziam respeito à organização e funcionamento do serviço público. Posição já aqui expressa por Mônica Spezia Justen. O interesse público era regido por um regime jurídico característico.¹²¹

A noção histórica de serviço público obteve contornos muito próprios nos diversos países europeus no decorrer de sua evolução¹²². A força do interesse público sobre o privado já era vista e defendida como uma prevalência no sentido de oferecimento do melhor serviço público, entretanto, não se tratava de um poder autoritário e intransponível que tivesse o condão de subjugar o administrado a pretexto da defesa de um interesse público intangível, destacado do interesse individual protegido.

Portanto, somente é possível a prestação do adequado serviço público por parte do Estado, se baseado na noção de interesse público.

3.2 Apontamento sobre interesse público

Celso Antônio Bandeira de Mello, introdutor da doutrina no Brasil¹²³, defendia o interesse público como noção central para o entendimento do que seja o serviço público¹²⁴. Muito antes dos escritos de Bandeira de Mello, Caio Tácito já advogava serem os interesses privados submetidos aos interesses da

¹²¹ JUSTEN. Mônica Spezia. *A Noção de Serviço Público no Direito Europeu*. São Paulo: Dialética. 2003.

¹²² Idem.

¹²³ Celso Antônio apresentou a doutrina do interesse público ao Brasil já em 1967, por meio do artigo: "O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico". Publicado na *Revista de Direito Público*, n.o 2, p. 44-61. 1967.

¹²⁴ HACHEM. Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 56

coletividade¹²⁵. Para Caio Tácito a Administração tem uma função ampla e ativa na “promoção do bem-estar geral”¹²⁶. Ele entendia ser “da própria essência constitucional das garantias do indivíduo a supremacia dos interesses da coletividade”. Mesmo acerca do poder de polícia, Caio defendia que fosse utilizado em favor do interesse público, ou seja, adequado e na defesa de direitos e liberdades individuais¹²⁷.

Certamente que interesse público é muito mais que um conjunto de regras prevalentes em situações específicas e geralmente ligadas a relação da administração pública com o negócio jurídico (a inserção da administração pública no mundo civilista). A noção de interesse público, na verdade permeia toda a vida em sociedade e é predominante no dia a dia das populações nas cidades. As regras de trânsito, de meio ambiente, de urbanística, a relação com a administração por parte de empresas privadas, nos processos licitatórios, nas regras de mineração, barragens, construções, ou seja, em todos os atos da vida em sociedade há uma necessária regulação do proceder dos indivíduos e empresas. Tal regulação é realizada pela Administração Pública no uso de suas prerrogativas, mas atuando em vista do interesse público¹²⁸.

Com advento do Estado Social que começou a ganhar contornos no final do século XIX, percebeu-se que as liberdades individuais somente poderiam ser alcançadas na medida em que as pessoas tivessem condições dignas de vida, num padrão mínimo de igualdade social. Para tanto, o Estado/Administração que até aquele momento exercia um papel negativo, ou seja, de não intervenção, precisou avançar para se tornar a garantia do ideal de liberdade pela segurança social¹²⁹.

Nesse contexto, nasceu uma atuação protetora por aparte da Administração Pública notadamente para a promoção e efetivação dos direitos

¹²⁵ TÁCITO, Caio. **O poder de polícia e seus limites**. Revista de Direito Administrativo, no 27, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 1-11, jan./mar. 1952

¹²⁶ TÁCITO, Caio. *Idem*, p. 3

¹²⁷ Para Caio Tácito, o poder de Polícia ...'conjunto de atribuições concedidas à administração para disciplinar e restringir, em favor de interesse público adequado, direitos e liberdades individuais. p. 8.

¹²⁸ Por evidente que nem toda ação da Administração Pública será em busca do bem comum ou terá essa consequência, vide o desvio do ato administrativo. No entanto, tais equívocos devem ser entendidos como decorrências do sistema e não desnaturam o ser.

¹²⁹ HACHEM. Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p 42.

fundamentais¹³⁰ e garantia de exercício efetivo das liberdades por meio do asseguramento dos direitos sociais.

A Administração passou a agir diretamente para a realização de direitos dos cidadãos por meio dos serviços públicos, passando a consubstanciar a noção de interesse geral, na medida em que encampou as intervenções sociais no interesse dos indivíduos, papel anteriormente atribuído somente à lei¹³¹.

Nas palavras de Daniel Wunder Hachem *a proteção efetiva dos interesses específicos das parcelas da população que, em razão de sua fragilidade, exigem interferência estatal e passam a ser qualificados pelo Direito como públicos, demanda a criação de restrições ao exercício das liberdades individuais, em nome da satisfação desses interesses da coletividade*¹³².

No Brasil, Celso Antônio Bandeira de Mello passou a influenciar toda uma geração de juristas que entenderam o papel da Administração Pública na construção de uma sociedade mais justa e igualitária. A concepção de interesse público que se estabeleceu a partir de um Estado Social, “passa a preocupar-se não só com os bens materiais que a liberdade de iniciativa almeja, mas com os valores considerados essenciais à existência digna”¹³³.

Nesta mesma linha já estabelecia por Celso Antônio, que entendia o poder público como detentor de supremacia decorrente daquele interesse público ou bem geral, mas que, nos termos da lei, poderia constituir terceiros em atos unilaterais¹³⁴.

O entendimento firmado foi então o de que “a primazia do interesse público, como condição que levará à obtenção do bem-estar geral”¹³⁵. O Estado/Administração teria poderes tais que, poderia agir no sentido de

¹³⁰ BARCELAR FILHO, Romeu Felipe. **Dignidade da pessoa humana, garantia dos direitos fundamentais, direito civil, direitos humanos e tratados internacionais**. In: Fabrício Motta. (Org.). *Direito Público Atual: estudos em homenagem ao Professor Néelson Figueiredo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 318.

¹³¹ No Estado liberal a lei era a representação da vontade de todos, pois decorreria de um parlamento de representantes do povo. Se era a representação do povo, era o interesse de todos, interesse público.

¹³² HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011Pag. 104

¹³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O princípio da supremacia do interesse público**. *Interesse Público*, no 56, Belo Horizonte: Fórum, p. 35-54, jul./ago. 2009. p. 44.

¹³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. 2.ed. *Op. Cit.*, p. 51.

¹³⁵ ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 37

desagradar o indivíduo para o seu próprio bem e da sociedade. Esta é uma face da teoria da supremacia do interesse público¹³⁶.

É o interesse público que alicerça o atuar administrativo, legitimando suas ações, inclusive aquelas que aplicam sanções no sentido da manutenção da ordem vigente, no interesse daquele próprio cidadão sancionado e da coletividade.¹³⁷ É necessária a transcrição da referência feita por Celso Antônio Bandeira de Mello ao princípio da supremacia do interesse público: *Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno direito público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados*^{138 139}

¹³⁶ O desenvolvimento da teoria do interesse público o apresentou sob várias facetas. 1. O interesse público como interesse legítimo de cada indivíduo. 2. O interesse legítimo do indivíduo é o interesse da coletividade. 3. O interesse público contra o interesse do indivíduo, mas a favor do geral, etc.

¹³⁷ MORELA, Luis de La Morena Y de La. **Derecho Administrativo e Interes Publico: Correlaciones Basicas**. Revista de Administración Pública. Nº 100-102, 1983: Todo saber que aspire a ser científico buscará asentarse sobre uma noção, primaria y expansiva, a la vez, y que pueda, por sucessivos desarrollos lógicos, conducirnos a un sistema integrado de conocimientos. Las Matemáticas arrancan de la noción de números; la Biología se construye desde la noción de células; la Física y la Química descansan sobre la noción de átomo, etc. (...) Creo que esa nocios primaria em la que potencialmente se precontiene ya el gremem del Derecho administrativo y de sus sucessivos desarrollos lógicos, no podrá ser outra que la noción o idea del "interés público".

¹³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo do regime jurídico-administrativo...** Op. Cit., p. 47.

¹³⁹ Para maior aprofundamento quanto ao conceito formulado no Brasil por Celso Antônio Bandeira de Mello, consultar MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte, Fórum, 2015, p. 43-90, esp. p. 85, para o qual "A despeito da crítica que se possa fazer à sua doutrina, é inegável de que essa noção de interesse público manifestada por Celso Antônio Bandeira de Mello confere maior segurança às relações jurídicas."

CAPÍTULO 4. INTERESSE PÚBLICO COMO FUNDAMENTO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA

Derivado do conceito de serviço público, tal qual advogou Leon Duiguit, interesse público é o princípio geral corolário das normas que regulam a vida social sob organização da Administração Pública. Esse conjunto de preceitos constituem prerrogativas da Administração, consubstanciado num regime jurídico especial, derogatório do direito comum. O conceito foi construído pela doutrina clássica do direito administrativo (italiano, espanhol, francês, etc¹⁴⁰) e parte do pressuposto da autoridade do Estado que em determinadas questões se sobrepõe ao particular, no que se denomina hoje interesse público, mas que já teve diversas outras denominações no decorrer da história.

Já apresentamos a visão de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a supremacia do interesse público é um axioma, estabilizador da ordem social e presente das vontades do indivíduo e da coletividade.¹⁴¹

Para o autor, trata-se do “interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem”¹⁴².

Segundo Ruy Cirne Lima, o próprio Direito Administrativo é formado pelo acúmulo de regras de direito sobre o princípio de utilidade pública¹⁴³. Alice Gonzales Borges afirma que a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público, seriam então os pilares do Direito Administrativo¹⁴⁴. O pilar do interesse público é a base do Direito Administrativo¹⁴⁵.

¹⁴⁰ JUSTEN, Monica Spezia. **A Noção de Serviço Público no Direito Europeu**. Ed. Dialética: São Paulo. 2003

¹⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico**. Op. Cit p. 5.

¹⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **A noção jurídica de interesse público**. Op. Cit. p. 183
¹⁴³ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros. 2007. pág. 16.

¹⁴⁴ BORGES, Alice Gonzalez. **Interesse Público: um conceito a determinar**, Revista de Direito Administrativo. p. 109.

¹⁴⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 65.

Na anotação de Hachem, seria então interesse público, em sentido amplo, todo e qualquer interesse juridicamente tutelado¹⁴⁶.

O Estado, por meio de seus órgãos, exerce uma atividade própria e que consiste no ordenamento da vida em sociedade, interagindo com o cidadão, no exercício de um facilitador de convivências entre indivíduos. De toda forma, os atos praticados pela Administração no exercício desse poder são diversos daqueles à disposição do cidadão comum. De fato, tais poderes não estão disponíveis à população em geral. Com efeito, esta nova concepção implica numa repercussão em matéria de direitos. Nesse sentido, uma repercussão em matéria de direitos sociais, limitando o exercício de liberdades¹⁴⁷.

A supremacia do interesse público é ao mesmo tempo a linha dorsal e fundamento de um regime jurídico próprio da Administração Pública, quando então lhe é permitido que exerça seu poder, notadamente regulamentando a vida em sociedade, limitando o exercício das liberdades individuais¹⁴⁸.

O Estado/Administração age na perspectiva de prerrogativas públicas e atributos necessários ao exercício do poder e tomada de atitudes próprias necessárias ao bem comum. O *pouvoir*¹⁴⁹ que reveste a decisão não é sinônimo de potestade (no sentido do soberano inquestionável), mas deve ser entendida como o conjunto de poderes, obrigações, prerrogativas e atributos sobrepostos e concomitantes, ou seja, um regime jurídico. As cláusulas exorbitantes, a requisição, o fato do príncipe, a relação especial de sujeição mantida com seus servidores são exemplos do conjunto de elementos.

Para Enterría, o princípio da legalidade atribui este poder à Administração, pois a habilita, dentro de certos limites, para ações no exercício em seu próprio interesse (interesse público)¹⁵⁰. Ao tratar da competência dos órgãos

¹⁴⁶ HACHEM. Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 291.

¹⁴⁷ FONTECILLA, Jorge Correa. Algunas consideraciones sobre el interés público en la Política y el Derecho. *Revista Española de Control Externo*, no 24, Madrid: Tribunal de Cuentas, p. 135-161, ene./abr. 2006. p. 147-148.

¹⁴⁸ HACHEM. Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 106

¹⁴⁹ Poder em francês: <https://www.dicionarioweb.com.br/frances/pouvoir/>

¹⁵⁰ ENTERRÍA, Eduardo García, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. (Tomo I, 16. ed., e Tomo II, 13 ed.). Madrid: Civitas, 2013. Diz ele: El principio de legalidade de la Administración, com el contenido explicado, se expresa em um mecanismo técnico preciso: la legalidade atribuye potestades a la Administración, precisamente. La

administrativos Celso Antônio Bandeira de Mello afirma serem tais prerrogativas inalienáveis, intransmissíveis e irrenunciáveis, por serem indisponíveis, justamente por sua origem legal¹⁵¹.

Maria Silvia Zanela De Pietro afirma ser o Direito Administrativo derogatório do direito comum, autônomo e constituído de um corpo de regras e princípios próprios e com noções, como a de potestade pública, que o Direito Civil ignora. A administrativista chega a mencionar que para alguns é a presença do interesse público que caracteriza o ato administrativo¹⁵².

Não se pode olvidar que o interesse público esteja presente na relação estabelecida entre o servidor público e a Administração, notadamente no que se relaciona a especial ligação entre eles. Destarte, para a obrigação de organizar a vida em sociedade, perseguindo o bem comum, a Administração Pública é dotada de prerrogativas que a diferencia dos entes privados. O objetivo do Estado é garantir a paz social e a continuidade do serviço público, sendo necessário, portanto, o plexo chamado de interesse público, seja na visão de potestade (Hauriou), seja de serviço público (Duguit).

Entretanto, não se pode deixar de anotar a posição de uma nova doutrina acerca do conceito de interesse público e que o liga a uma noção ética e fundada na dignidade da pessoa humana¹⁵³. No ponto, não há dúvidas quanto a necessidade de manutenção e ampliação das garantias aos cidadãos, muito menos quanto a preservação da dignidade da pessoa humana. A questão é que os defensores desse entendimento, afastam completamente a ideia de existência de um interesse público que legitime o atuar da Administração Pública com determinadas prerrogativas.

Em que pese respeitável a defesa dessa posição, entendemos não condizente com necessidade prática de atuação da Administração Pública na

legalidade otorga facultades de actuación, definendo cuidadosamente sus limites, apodera, habilita a la Administración, para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Es, en fin, importante notar que las potestades administrativas pertenecen en una inmensa mayoría (quizá todas menos las puramente organizativas) a la especie llamada potestade-función, esto es, aquellas potestades que deben ser ejercitadas en interés ajeno al propio y egoísta del titular.

¹⁵¹ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 2015, Malheiros, São Paulo. p. 150.

¹⁵² Ver Di PIETRO. Maria Sylvia Zanela. **Direito Administrativo**. 31. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018.

¹⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo**. in Revista Trimestral de Direito Público-26. Ed. Malheiros. São Paulo: 1999.p. 115.

organização da vida em sociedade, notadamente por desqualificar a superioridade do Estado no que se relaciona a sua característica de pacificador social. Ao negar o interesse público e ligá-lo ao Antigo Regime e ao autoritarismo, se despreza a própria noção de criação do Estado como substituto e protetor, dotado de força suficiente para debelar influxos dos que tentem subjugar-lo ou aos administrados. Por evidente que tal prerrogativa deve alinhar-se aos mais altos padrões democráticos, a busca do bem comum e a dignidade de cada indivíduo, sendo obrigatória a observância de tais pilares.

Nessa senda, Gustavo Binenbojm¹⁵⁴, utilizando argumentos de peso e aliado a Humberto Ávila, ataca o princípio da supremacia do interesse público, primeiro desqualificando-o como princípio ou mesmo como postulado, e depois trazendo argumentos como o de que um princípio não pode estabelecer-se como uma regra de preferência, ou pela impossibilidade de ponderação, ou prevalência indiscriminada¹⁵⁵. Novamente discordamos dessa posição apresentada pelo autor, pois desconexa da atuação jurídica da própria Administração Pública ou do Estado como protetores da sociedade.

Os argumentos de Binenbojm, como já dito, compartilhados com Humberto Ávila¹⁵⁶ e de modo muito mais crítico por Calos Ari Sundfeld¹⁵⁷, são prontamente combatidos por Daniel Wunder Hachem¹⁵⁸ que questiona a fundamentação histórica e doutrinária dos críticos, para ao final demonstrar a existência, importância e aplicação do princípio, chamado de axioma por Celso Antônio.

¹⁵⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade. Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. in Interesses Públicos Versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2007. pág. 117.

¹⁵⁵ Os argumentos de Gustavo Binenbojm são muito mais qualificados e abrangentes. O pequeno resumo e referência se dá pelo objetivo desse trabalho que não é propriamente discutir o princípio do interesse público, mas a partir dele, fundamentar a sanção administrativa com base na separação dos poderes.

¹⁵⁶ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2005.

¹⁵⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Princípios Desconcertantes do Direito Administrativo. Tratado de Direito Administrativo*, vol. 1. Adilson Abreu Dallari, Carlos Valder do Nascimento e Ives Gandra da Silva Martins (coords.). São Paulo: Saraiva, p. 276-297, ISBN 978-85-02- 18190-8, 2013.

¹⁵⁸ Cfr. HACHEM. Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011

Em que pese opiniões contrárias, como demonstrado, é possível, portanto, visualizar um conjunto de valores, princípios e normas, próprias do Direito Administrativo Sancionador que o tornam ligados diretamente ao direito administrativo e ao interesse público, com fundamento direto na Constituição Federal¹⁵⁹.

4.1 Sanção administrativa, alter ego do indivíduo e sua distinção a partir de uma visão a priori

Diz-se visão a priori, pois procuramos demonstrar já de início, a partir de uma primeira impressão, que seria possível distinguir a sanção administrativa de qualquer outra e principalmente da pena.

Pois bem, a sanção administrativa não possui as mesmas características da pena, tampouco a mesma finalidade. Trata-se do meio de que dispõe o Estado/Administração para assegurar a prestação do serviço público. Um instrumento. Esta é a visão de José Cretella Júnior¹⁶⁰.

Ao criticar as teses de igualdade substancial entre direito penal e direito administrativo sancionador, o Professor de Direito Penal da Pontificia Universidad Católica de Chile Alex van Weezel, questiona: “*Si ambos son substancialmente lo mismo y para ambos se promete la aplicación, substancialmente, de las mismas garantías, ¿qué razón habría para no*

¹⁵⁹ GARCÍA. ALEJANDRO NIETO, **Derecho Administrativo Sancionador**. 5º Ed. Madrid: Tcnos, 2012. Alejandro Nieto, continua sua explanação acerca da ligação entre o direitos administrativo sancionador e sua base constitucional: “*La alusión a las potestades administrativas proporciona una base muy sólida al Derecho Administrativo Sancionador puesto que ai queda anclado em el ámbito constitucional de Estado superando los planteamientos habituales tradicionales, más rudimentais, que buscaban su justificación dogmática em la sanción, en el ilícito o, a todo lo más, em la organización administrativa. Em el principio de todo Derecho Público están una potestade y um Ordenamiento. Y cabalmente porque existen una potestade administrativa sancionadora y um ordenamento jurídico administrativo sancionador es por lo que puede hablarse com propiedad de un Derecho Administrativo Sancionador*”. (NIETO, 2012, p. 85).

¹⁶⁰ Cretella Jr., José. **Prática de Processo administrativo**. 4.a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 131. Na exata menção de Cretella Júnior: “Não são as penas disciplinares castigos, no sentido do direito penal, mas meios de que dispõe o Estado para assegurar a boa ordem no serviço e a observância dos deveres prescritos”.

configurar el derecho sancionatorio administrativo como un segundo derecho penal?”¹⁶¹

Questionamento de grande valor. O direito administrativo sancionador não cumpre a mesma finalidade do direito penal, tampouco compartilha a mesma aplicação substancial das mesmas garantias. Não é um segundo direito penal ou irmão menor.

Wezzel, então continua afirmando a característica da sanção administrativa como preventiva de riscos. Senão vejamos:

“Las sanciones administrativas deberían estar siempre ordenadas a la prevención de riesgos futuros. No se trata de un asunto de magnitud o aflicción del castigo: las sanciones pueden muy ser relevantes y costosas para el sancionado, pero siempre han de ser tales que importen un mejoramiento efectivo del estándar defectuoso que dio lugar a su imposición”.

De regra, as punições administrativas têm como finalidade disciplinar o administrado para que cumpra determinações normativas estabelecidas pela própria Administração. O objetivo aqui não é retribuir o mal com o mal, mas organizar a convivência em sociedade. Ao estabelecer limites para a velocidade máxima na via, não se busca punir o infrator da norma, mas tão somente organizar o trânsito, para que todos observem o limite e transitem de forma mais segura. Nesse sentido o condutor infrator é um dos protegidos. O objetivo é diminuir o risco¹⁶².

A sanção administrativa detém a característica de proteção do próprio cidadão a que se dirige, agindo como uma espécie de alter ego do próprio indivíduo, no sentido de que as normas sancionatórias que lhes são dirigidas tem como finalidade que se evite o risco para si e para outros. A precaução está no cerne do atuar administrativo.

O Estado quando disciplina a rotina social tem por finalidade prevenir que a infração ocorra, pois sua ocorrência poderá significar a possibilidade de risco

¹⁶¹ VAN WEEZEL, Alex “Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo”. Polít. crim. Vol. 12, Nº 24 (Diciembre 2017), Art. 9, pp. 997-1043. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A9.pdf]

¹⁶² Na perspectiva de uma sociedade que produz riscos e a necessária visão precavida temos a lição de Ulrich Beck. Sociedade do Risco: Rumo a uma Outra Modernidade. Editora 34; 2ª edição. São Paulo.

ao próprio cidadão infrator e de outros. Nieto entende que a disciplina administrativa tende a evitar, não os resultados concretos contra bens jurídicos tutelados, mas os meios para produzi-lo. Para ele, então, delito (crime) será o incêndio de um imóvel, enquanto infração administrativa, a construção com materiais inflamáveis que possibilitem o incêndio¹⁶³. Delito (crime) seria, portanto, a queimada em área de preservação ambiental, enquanto infração administração a não observância dos normativos que disciplinam a prevenção de queimadas.

A infração administrativa nunca será traduzida como *ultima ratio*, característica da pena.

Alice Voronoff sintetizou as principais diferenças entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador como sendo:

“(a) o direito administrativo sancionador, como regra, busca a conformação da conduta dos particulares para evitar resultados contrários a objetivos de interesse público definidos no ordenamento jurídico. Ele opera, portanto, a partir de um olhar eminentemente prospectivo e conformativo, dissociado de um juízo de condenação moral. (b) Já o Direito Penal tem como finalidade inerente (ainda que não seja a única) castigar o ofensor por lesão provocada a bens jurídicos caros à sociedade. Sob essa ótica, ele incorpora um olhar retrospectivo, que leva em consideração a reprovação ético-social da conduta do infrator e busca penalizá-lo na medida de seu merecimento”¹⁶⁴.

Nossa afirmação é de que nasceu com o ajuntamento do Estado em pessoa administrativa, uma forma de organização que tem como um de seus instrumentos a sanção, entretanto, baseada esta na potestade administrativa, que defende os interesses da sociedade para sua própria gestão. A sanção administrativa é instrumento de organização social, adjetiva da finalidade estatal.

¹⁶³ GARCÍA. ALEJANDRO NIETO, **Derecho Administrativo Sancionador**. 5º Ed. Madrid: Tcnos, 2012. p. 182. Diz o autor: “Para el Derecho tradicional (Penal) la prevención se logra mediante la amenaza del castigo, que se supone ha de disuadir a quienes se sienten inclinados a delinquir. Para el emergente Derecho Administrativo Sancionador, en cambio, la prevención no se dirige directamente contra el resultado, sino contra la utilización de medios adecuados a la producción de tal resultado: Por decirlo de una manera muy simple: delito será el incendio de un inmueble; infracción administrativa, la edificación con materiales inflamables que pueden provocar fácilmente un incendio.

¹⁶⁴ VORONOFF. Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p. 102.

Neste caso, não estamos diante do pacto social que permitiu, grosso modo, a substituição da vingança privada pela sanção estatal, mas frente a um modelo de penalidade surgida do poder do Estado, no sentido de proteger a organização em sociedade, regulando a conduta do indivíduo. A penalidade administrativa, não intenta o mal ao cidadão, pelo contrário, visa protegê-lo¹⁶⁵. É como se a pena protegesse o pacto mencionado, mantendo-o forte, livrando-o do esgarçamento, enquanto a sanção administrativa protegesse e fosse dirigida ao indivíduo.

Uma sociedade de risco exige a atuação de um Estado gestor e, eventualmente, um direito redutor deste mesmo risco¹⁶⁶. É nesse contexto que se interpreta, portanto, o Direito Administrativo Sancionar, como instrumento de gestão de riscos por parte do Estado¹⁶⁷.

Hans Kelsen já advertia:

“Ambas as espécies de sanções – pena e execução (civil) – são aplicadas tanto pela autoridade judicial quanto pela autoridade administrativa, em processo para o efeito previsto. Por isso devem distinguir-se penas judiciais, aplicadas pelos tribunais penais, e penas administrativas, aplicadas pelas autoridades administrativas; execuções judiciais, feitas pelos tribunais civis (execuções civis), e execuções administrativas, feitas pelas autoridades administrativas”.

Trata-se, portanto, de direito público estatal, diverso do direito penal, ainda que compartilhe bases comuns fincadas no direito de punir conferido ao

¹⁶⁵ LETELIER, Raúl. “Garantías penales y sanciones administrativas”. Polít. crim. Vol. 12, Nº 24 (Diciembre 2017), Art. 1, pp. 622-689. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A1.pdf]

Tal como muestran los referidos autores, si hay algo que caracteriza la potestad administrativa sancionatoria es que ella se alinea con la faz preventiva y disuasoria de los fines de toda sanción. Su objetivo en caso alguno es generar un castigo al infractor como forma de retribución de su pecado, sino simplemente hacer coercible, aplicable, ejecutable un estándar de comportamiento administrativo aportando razones para la acción futura de aquellos a quienes afecta los deberes de ese estándar. Tal como indica Parejo – “si la pena tiene condición retributiva (quia peccatum), la sanción impuesta en el ámbito doméstico (administrativo) tiene naturaleza distinta en la medida en que sólo persigue la simple corrección de las conductas (ne peccetur)”

¹⁶⁶ GARCÍA, Alejandro Nieto. **Derecho Administrativo Sancionador**. 5º Ed; Madrid: Tcnos, 2012. p. 183.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direitos**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. pág. 123.

¹⁶⁷ Ainda Ulrich Beck, agora em: **Sociedade de Risco Mundial - Em Busca da Segurança Perdida**. Ed. Martins Fontes. 2015.

Estado. Ocorre que, para a consecução do objetivo de cuidar do interesse geral (coisa pública), o Estado Administração, dispõe de uma série de regras que devem ser obedecidas no interesse da própria sociedade. Não se vislumbra na aplicação de tais preceitos o objetivo de reabilitação do infrator ou recado preventivo à sociedade, mas de simples recomposição direta ou indireta do comportamento de pessoas (físicas e jurídicas) a partir de regramentos.

Trata-se do exercício da potestade administrativa para a gestão dos interesses públicos¹⁶⁸. O direito administrativo sancionador alcança o direito público administrativo geral e o direito administrativo disciplina, no particular, este que congrega, além da defesa do interesse da sociedade, o regime especial de sujeição ao qual está vinculado o servidor público e outros.

Diversas são as particularidades do sistema de sanções administrativas que a distingue bastante das sanções penais. Abordaremos alguns desses critérios a partir da visão da doutrina clássica e tentaremos então entender onde se situaria essa diferenciação, se na forma, na substância ou na gravidade.

Os critérios diferenciadores poderão nos fornecer um norte quanto a possibilidade de existência de uma corrente epistemológica suficientemente densa e que justifique entender o Direito Administrativo Sancionador como possível ramo de estudo do direito, com certa autonomia. Diz-se certa, pois sempre dependente e vinculado ao direito administrativo, seu mantenedor.

4.2 Critérios que diferenciam o Direito Administrativo Sancionador do Direito Penal

4.2.1 Critério qualitativo

Por meio do critério qualitativo quer-se demonstrar que existiriam nas normas penais e administrativas conteúdos ou qualidades distintas. No sentido proposto, crimes seriam ilícitos que atingiriam bens jurídicos protegidos para a melhor convivência de toda a sociedade, enquanto infrações administrativas, protegeriam interesses da própria administração. Essa foi uma das abordagens

¹⁶⁸ GARCÍA, Alejandro Nieto. **Derecho Administrativo Sancionador**. 5º Ed; Madrid: Tcnos, 2012. p. 37.

apresentadas por Medina¹⁶⁹. Outra abordagem apresentada pelo mesmo autor foi a visão de Travi¹⁷⁰, na Itália, para quem a diferença qualitativa entre pena e sanção administrativa estaria no conteúdo e nos efeitos diversos. Para muitos, seria possível a utilização de um critério puramente formal para distinguir sanções administrativas de penas. Rafael Munhoz também abordou o critério qualitativo e o apresenta como existente no conteúdo próprio de cada norma e identificado mesmo antes de seu nascimento para o mundo jurídico¹⁷¹.

Portanto, o critério qualitativo trata do conteúdo da norma, sua qualidade e que seria o conteúdo da norma de Direito Administrativo Sancionador, diferente do conteúdo de uma norma de direito penal. Nesta toada, teríamos que normas penais teriam qualidades diversas das normas administrativas sancionatórias e por isso seriam essencialmente diferentes.

Utilizando o mesmo critério, mas a partir de uma visão diametralmente oposta, Medina afirma que não existiria uma distinção de conteúdo que diferenciasse o Direito Administrativo Sancionador do Direito Penal ou que reconhecesse naquele um ordenamento jurídico próprio destinado a proteger, especificamente, o Direito Administrativo. Parte-se do pressuposto de que sanções administrativas poderiam cumprir as mesmas funções das sanções penais, sendo possível, inclusive uma confusão entre sanções administrativa e penais, na medida em que podem atacar o mesmo objeto¹⁷².

Concordamos com Medina, na medida em que não parece ser possível a distinção entre pena e sanção administrativa tendo como pressuposta a qualidade específica de suas normas. Vê-se que a arquitetura normativa de

¹⁶⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**, 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2005. p. 128.

¹⁷⁰ idem

¹⁷¹ MELLO. Rafael Munhoz, **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Malheiros. 2007. pág. 48. Para um aprofundamento do tema sugiro a leitura da obra de Heinz Mattes. Problemas de derecho penal administrativo: historia y derecho comparado. Citada por Melo em sua obra Princípios Constitucionais de Direitos Administrativo Sancionador.

¹⁷² OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**, 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2005. pág. 129-130. Medina é cirúrgico: Diante da ausência de elementos diferenciadores no plano moral, ético ou qualitativo, percebe-se que a comparação dos elementos entre as infrações e administrativas conduziria a uma substancial identidade entre os ilícitos penais e administrativos. Prova dessa inegável realidade seria o fato de que o legislador ostenta amplos poderes discricionários na administrativização de ilícitos penais ou na penalização de ilícitos administrativos. Pode um ilícito hoje ser penal e no dia seguinte amanhecer administrativo ou vice-versa, ressalvado, como dito, o caso do ilícito para o qual cominada pena privativa de liberdade.

ambos os campos é a mesma, sendo possível inclusive no interior da mesma peça a previsão de sanções administrativas e de penas.

O exemplo da norma no Código de Trânsito Brasileiro que prevê a infração por dirigir sob efeito de álcool é marcante. O Art. 306 da Lei 9.503/97, prevê o crime de dirigir sob efeito de psicotrópicos, inclusive álcool e o Artigo 165 do mesmo *codex* prevê a infração administrativa. O cometimento de uma ou outra infração é definido pelo atingimento do limite de concentração de substância no sangue estabelecido no citado art. 306. A modificação do artigo, introduzindo um novo teor é suficiente para delimitação de nova infração administrativa ou penal. Como se pode constatar o critério qualitativo não serviu à distinção.

4.2.2 Critério do valor

A doutrina alemã tentou distinguir sanções penais de administrativas utilizando como critério a moralidade. A chamada tese das “infrações de ordem pública”¹⁷³. As sanções de ordem administrativa seriam então desprovidas de moral e não teriam fundamento em valores culturais da sociedade. Sua existência estaria ligada, portanto, a uma pura necessidade prática, ao contrário das penas sempre carregadas de forte conteúdo valorativo e construídas sob necessidades culturais de um povo.

As normas de direito administrativo sancionador têm sim relevante conteúdo pragmático funcionalista, muito mais que qualquer outro ramo de direito sancionar. Essa é uma das suas características, mas não é aquela que define sua diferença das normas penais, pois mesmo estas, por vezes carecem de suporte axiomático. Nesse sentido o critério de *discrimem* não seria o apropriado. Por outro lado, por vezes há a necessidade de integrar as normas sancionatórias administrativas, com preceitos de valor, ética e moral públicas relacionadas não só ao interesse específico (que não se confunde com bem jurídico), como também dos valores de cada uma das instituições que compõe o corpo administrativo. São justamente tais valores que direcionam a aplicação

¹⁷³ Op. Cit. p. 67

das normas de direito administrativo sancionador para a consecução da proteção de interesses públicos. Portanto, o critério do valor como único critério diferenciador, não seria adequado.

4.2.3 Critério quantitativo

Por meio do critério quantitativo, reconhece-se que Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador seriam ontologicamente semelhantes, entretanto, as condutas punidas por estes seriam menos graves que aquelas sancionadas pelo Direito Penal.

Para essa posição, o Direito Penal serviria para punições quantitativamente maiores que aquelas aplicadas pelo direito administrativo. Na prática, Direito Penal para condutas mais graves e Direito Administrativo para condutas menos graves.

A distinção quantitativa seria outra das formas de diferenciar as sanções administrativa das penas. Trata-se um critério falho, pois projeta o errôneo conceito de que a sanção administrativa seria sempre menos grave que a sanção penal, quando se sabe que isso nem sempre acontece dessa forma.

As sanções administrativas são aplicadas mais rapidamente, a administração não tem a mesma morosidade dos tribunais. A aplicação é imediata, por conta do princípio da autoexecutoriedade, e por vezes, com consequência mais gravosa que a pena. Portanto, o critério quantitativo é, de fato, imprestável para a finalidade de distinção desses dois ramos do direito sancionador.

4.2.4 Critério formal

Para o critério formal busca-se a diferença entre pena e sanção administrativa na simples forma atribuída a qualquer delas pelo legislador e sua introdução em um regime jurídico. Uma abordagem que se pode fazer sobre o tema é o fato de que se confunde conceitos de conteúdo e função, além do fato de se diminuir o que seria função da sanção administrativa à proteção do ordenamento interno da Administração. Para os defensores da tese, se entende

que o direito sancionador é normativo, no sentido de que será de direito penal, administrativo, civil ou trabalhista o que for definido pela norma. Quer-se dizer que não há conteúdo nascente próprio de específico ramo do direito sancionador e somente critérios normativos definem tal distinção.

Quando a norma define tal conteúdo como de direito administrativo sancionar, o dirige para um regime jurídico administrativo, direcionando sua função, não para a proteção do ordenamento jurídico interno da Administração, como ponderou e reduziu Medina, mas para proteção do interesse público¹⁷⁴. O fato de que normas penais também podem proteger o interesse público, como no caso dos mencionados crimes contra a administração, não descaracteriza sua essência retributiva.

Dito isso, se faz necessário discordar de Medina¹⁷⁵ num ponto específico, pois, entendemos existir total sentido em distinguir normas penais de normas de Direito Administrativo Sancionar, por intermédios dos valores tutelados e moral intrínseca¹⁷⁶. Quando abordamos o critério do valor como diferenciador entre os dois ramos, afirmamos como imprestável *per si*, pois de fato, apesar de uma forte característica pragmática, entendemos existir valor na norma administrativa.

Aqui não estávamos falando do valor intrínseco da norma sancionadora, mas da norma administrativa que visa instrumentalizar a atuação do Estado/Administração. É que os valores tutelados pela norma penal serão tão diversos quanto forem a cultura de um povo e podem ser distinguidos pelos bens jurídicos tutelados. Nos sistemas de direito ocidental, percebe-se o predomínio da defesa do valor vida, liberdade, incolumidade física, honra, etc. Já quando tratamos de Direito Administrativo Sancionador estamos diante de uma reduzidíssima gama de valores e notadamente ligados à necessidade de prestação do melhor serviço à sociedade e proteção do interesse público. Trata-se de uma abordagem quase que exclusivamente funcional. Não existe uma profusão de bens jurídicos tutelados, mas somente um, o interesse público. Para

¹⁷⁴ Quanto ao interesse público e o regime jurídico administrativo, trataremos em tópico próprio, frente sua importância para a delimitação epistemológica do Direito Administrativo Sancionador.

¹⁷⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**, 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2005. p. 124.

¹⁷⁶ Não estamos falando aqui em distinção de ontológica ou ôntica, mas a divisão entre ramos epistemológicos formados por valores próprias, com objetivos distintos.

que o interesse público seja preservado são cultivados princípios tais como a impessoalidade, a moralidade administrativa, a publicidade etc.

Tais princípios permearão todos os sistemas de direito administrativo, incluindo o sancionador. Se a norma for de direito administrativo ambiental, ou de trânsito, ou administrativa tributária, além dos valores específicos de cada um desses sub-ramos, sempre se protegerá o interesse público, como bem jurídico tutelado, e será permeado pelos princípios mencionados.

Portanto, entendemos o critério formal como aquele que atende a melhor técnica de distinção entre normas penais e civis, das normas de direito administrativos sancionador. Já apresentamos a visão segundo a qual estamos diante de uma ciência normativa e a definição do que seja ou não sancionável, em que grau e medida está na norma.

Ao definir o conteúdo da norma como de direito administrativo, se está delimitando sua aplicabilidade e permeando-o com os valores próprios daquele ramo do direito, o que será premente para a sua aplicação. Sabemos que para aquela norma se pretende a proteção do próprio indivíduo à qual se dirige e à organização social.

CONCLUSÃO DA PRIMEIRA PARTE

A força normativa da Constituição no ceio de um Estado Constitucional de Direito é o motor de uma nova postura de respeito aos valores ali insculpidos, ante uma visão axiomática dos princípios basilares. Não passamos ao largo desse entendimento e temos convicção da expansão das garantias individuais frente ao poderio do Estado.

No entanto, se faz necessária a ponderação acerca do justo e do bem, na perspectiva de garantia do bem-estar da comunidade, frente aos riscos constantes a que é submetida.

Todo o contexto está ligado a este risco latente nas sociedades, em todas as épocas e que vem se potencializando na medida do avançar civilizatório.

Entendemos a variabilidade da noção de serviço público no tempo, ocorre que sempre haverá um ponto comum em que o Estado/Administração precisará regular atividades coletivas e individuais em busca do bem geral.

As bases para o desenvolvimento de um pensamento ligado a admissão da existência de um regime jurídico próprio administrativo, foram lançadas. A reflexão é sobre se tal regime envolve a Administração Pública e o direito administrativo sancionador como seu instrumento, tendendo todos a convergir para a concretização daquele lastro mínimo do atuar administrativo.

Serviços públicos são próprios dos Estados e revelam sua parte no contrato social ao garantir ao cidadão, condições de uma vida minimamente digna.

Destarte, quando o Estado oferece ao cidadão, serviços públicos como as escolas de ensino fundamental (educação), hospitais públicos (a saúde), polícias (segurança), serviços de justiça, entre outros, está a concretizar preceitos inerentes ao ser humano enquanto tal. Portanto, tais serviços longe de serem uma prerrogativa do Estado, tratam-se de direitos do cidadão.

Percebe-se, portanto, ainda presentes os elementos da ideia conceito de serviço público, tal qual lançadas por Léon Duguit. Se na época, o Conselho de Estado francês ao decidir casuisticamente definia como sendo serviço público tudo aquilo afeto de alguma forma ao Estado ou desempenhado por ele, hoje,

diante desse novo liberalismo que se pretende social, entendemos o serviço público como concretizador de políticas públicas levando o básico à população, de modo permanente e a partir de preceitos concretos.

Ao fornecer serviços públicos que garantam o mínimo existencial, o Estado faz seu papel como participe de uma comunidade de Nações que em determinado momento histórico pretendeu diminuir o sofrimento daquele ser humano carente da mínima assistência. Reconhece que existem necessidades inatas ao homem e que não podem ser a ele negadas sob o pretexto do individualismo liberal.

Tratamos então do liberalismo em Rawls e de sua vertente comunitarista em Sandel para realçar valores morais e laços comunitários que visam desenvolver a garantia de direitos sociais, sem, contudo, dissociá-la de responsabilidades junto a comunidade ou justiça social.

Percebeu-se então que o para a defesa de direitos, se deve levar em conta a orientação para políticas públicas governamentais permeadas pelo interesse público, com norteammento claro à defesa social.

Como consequência, temos que as políticas públicas decorrentes e para garantia do bem-estar social (defesa social), precisam se atentar para os riscos de uma sociedade desorganizada.

A sanção administrativa é instrumento para a contenção de riscos, com característica preventivas e finalidade protetiva, nessa toada, sem qualquer relação com os atributos aflitivos da pena criminal.

Não parece haver dúvidas de que recai sobre os Estados Nacionais, grande parte das obrigações referentes à materialização dos preceitos definidos como direitos humanos. Uma das formas de se alcançar a efetividade pretendida se dá por meio dos serviços públicos.

De tudo que se disse, temos que o interesse público move o atuar administrativo nesse seguir, e necessita de instrumentos de mobilização da comunidade, dentre eles a sanção administrativa. Esta não se confunde com a pena (Direito Penal) que exerce papel diverso na sociedade.

Esta primeira parte intentou apresentar esse referencial teórico, e questionar se, de fato, tais elementos nos permite concluir a existência desse microssistema incrustado no sistema de direto administração e dele servo. Ainda, se o regime jurídico que a eles subordina, pode instituir seu próprio modo

de interpretar e aplicar preceitos e princípios, ainda que decorrentes de direitos fundamentais.

PARTE II - REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: ESSÊNCIA EPISTEMOLÓGICA, DOGMÁTICA, PRINCIPIOLÓGICA E AXIOLÓGICA

CAPÍTULO 5. UMA TEORIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR A PARTIR DE UMA EPISTEMOLOGIA COM RAÍZES NO DIREITO PÚBLICO ESTATAL E FUNDAMENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

5.1 Função fisiológica essencial do Estado, Interesse público e Sanção Administrativa

A Constituição Federal de 1988, marco insofismável, não criou órgão específico para a aplicação de penalidade administrativa, sendo que o poder de punir da Administração Pública brasileira está diluído por cada um de seus órgãos, por tema, na medida da proteção de cada um dos interesses. O legislador constituinte foi coerente com os preceitos de direito administrativo que lastrearam a punição por parte da Administração.

Na construção de todo direito público há um fundamento¹⁷⁷ e um ordenamento¹⁷⁸. Trata-se do interesse público que consubstancia o conjunto de preceitos delimitadores do poder de império do Estado a quem é destinado pelo Direito, normas especiais derogatórias. Quanto ao ordenamento, este é estabelecedor de um regime jurídico público e normativo, próprio. O início e o fim estão delimitados pela necessidade de prestação do melhor serviço público.

Todo o sistema de sanções aplicadas pela Administração Pública decorre das fontes que alimentam e permeiam o corpo do Estado na sua função administrativa, seja no exercício da função típica de administrar (Função Executiva), seja na função administrativa praticada de modo atípico por outros Poderes (Judiciário e Legislativo).

¹⁷⁷ No capítulo próprio trataremos especificamente da potestade administrativa, não como poder soberano, mas como prerrogativa de ação.

¹⁷⁸ GARCÍA. ALEJANDRO NIETO, **Derecho Administrativo Sancionador**. 5º Ed. Madrid: Tcnos, 2012. p. 85.

A partir de uma observação atenta¹⁷⁹ no estudo da fenomenologia do direito administrativo, percebe-se nuances próprios de valores que têm em si a força necessária para fundamentar uma teoria punitiva como componente de seu sistema.

A hermenêutica constitucional e seus valores axiomáticos e, portanto, sua força normativa, conforme desenvolvida por Konrad Hesse, reconhecida por Barroso¹⁸⁰, oferece elementos sustentadores da tese segundo a qual a punição administrativa por infração de seus preceitos encontra-se em patamar próprio, influenciada por princípios específicos de direito administrativo.

Nesse sentido é possível destacar um conjunto de valores específicos do Direito Administrativo Sancionador já na Constituição Federal. Alguns desses valores seriam compartilhados por outros ramos do direito sancionador, entretanto, não se confundiria com aqueles, como bem advertiu Enterría¹⁸¹. Parte-se da ideia de uma teoria geral do direito administrativo, tal qual estudado por Schmidt-Assmann¹⁸².

As normas processuais gerais do processo judicial não foram concebidas para o procedimento administrativo sancionador. Por evidente que garantias de proteção ao cidadão, decorrem da própria teoria geral de qualquer procedimento sancionatório promovido pelo Estado constitucional, notadamente da eficácia das próprias normas constitucionais protetoras. Entretanto, considerando as especificidades, mesmo estas normas podem e devem ser moduladas de acordo com o sistema no qual estão inseridas, notadamente no que se refere a finalidade que se deseja alcançar.

Vale dizer, portanto, que o procedimento administrativo não é incompatível com o modelo garantista constitucional na medida em que se assegura a qualquer que se relacione com a Administração Pública, na

¹⁷⁹ Para Schwartz et al. “somente o observador é capaz de fazer a comparação equivalente das funções que compõe um sistema”. (ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema Autopoiético** do Direitos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 65).

¹⁸⁰ Ver Barroso, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6.a ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹⁸¹ Ver ENTERRÍA, Eduardo García, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. (Tomo I, 16. ed., e Tomo II, 13 ed.). Madrid: Civitas, 2013.

¹⁸² Ver SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Madrid: Marcial Pons, 2003.

qualidade de acusado/punido, um plexo de garantias decorrentes da própria Constituição Federal e que configuram um bloco mínimo de segurança.

Essa é a posição de Medina¹⁸³ para quem é possível defender a existência de um Direito Constitucional limitador do *jus puniendi*. Trata-se de limitar a atuação de qualquer órgão de Estado ou mesmo particulares na aplicação de sanções com as mínimas garantias formais e substanciais. No entanto, tais garantias, princípios gerais, ao penetrarem no citoplasma do regime jurídico administrativo, sob a influências de sua substância, passam a ser permeadas com nuances próprias que vão se tornando mais fortes na medida em que se aproximam do núcleo do Direito Administrativo Sancionador.

Por total evidência que os valores da Administração Pública influenciam e modulam a aplicabilidade de princípios e normas provenientes de outros ramos do direito. Os princípios trazem em si o mandamento de aplicação na medida de sua adequação, ou nas palavras de Miguel Reale¹⁸⁴, enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas.

Em um primeiro degrau estão os princípios constitucionais limitadores de toda atividade repressiva do Estado. De tais princípios decorrem seguimentos próprios e propósitos, fundamentos, legislações e finalidades distintas. Decorre portando a possibilidade do estabelecimento de um regime jurídico administrativo próprio e com um sistema de sanções administrativas. Mesmo que proveniente de uma mesma fonte, o direito punitivo estatual não precisa, necessariamente, desenvolver-se sob um mesmo critério. A identidade ontológica de penas e sanções, de delitos e infrações é de natureza normativa enquanto resulta, como já visto, da declaração das normas nesse sentido.

Alejandro Nieto faz uma crítica à doutrina jurídica e à jurisprudência dos tribunais, afirmando que quando qualquer delas quer aproximar duas figuras jurídicas aparentemente distintas, formam com elas um conceito superior, uma espécie de supraconceito, que ambas as figuras abarca, garantindo assim a

¹⁸³ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 140.

¹⁸⁴ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 37.

pretendida “*identidad ontológica la unidad de régimen*”¹⁸⁵. Trata-se, segundo ele de uma manobra comum.

A percepção de Nieto se encaixa perfeitamente com o que entendemos ter ocorrido com a figura do direito penal e do direito administrativo sancionador no Brasil. O posicionamento das duas figuras jurídicas no âmbito de supra conceitos ou princípios maiores o foram para abarcar ramos do direito que vertem para caminhos distintos, artificialmente juntados para que parecessem iguais.

Se apresenta necessário e desejável o diálogo entre as disciplinas do direito e da existência de garantias mínimas impostas a qualquer de seus ramos, entretanto, isso não implica dizer que tais garantias serão aplicadas de uma mesma forma em todos os casos. Essa também é a visão de Alex Van Weezel, para quem o direito administrativo sancionar tem finalidade diferente do direito penal, relacionada à um *buen funcionamiento de la regulación sectorial*¹⁸⁶.

O direito administrativo é um ramo do direito relativo à administração do Estado, no que se relaciona a organização das pessoas físicas e jurídicas e regula as relações internas da Administração Pública e a relação desta com o “administrado”¹⁸⁷.

¹⁸⁵ GARCÍA. ALEJANDRO NIETO, **Derecho Administrativo Sancionador**. 5º Ed. Madrid: Tcnos, 2012. p. 149. Para o autor: La idea del *ius puniendi* único del Estado, que ne el capítulo anterior se ha examinado críticamente, tiene su origen y alcanza su última justificación en una maniobra teórica que en Derecho se utiliza con cierta frecuencia: cuando la Doctrina o la Jurisprudencia quieren asimilar dos figuras aparentemente distintas, forman con ellas un concepto superior único – un supraconcepto – en el que ambas están integradas, garantizándose con la pretendida identidad ontológica la unidad de régimen

¹⁸⁶ VAN WEEZEL, Alex “**Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo**”. Polít. crim. Vol. 12, N° 24 (Diciembre 2017), Art. 9, pp. 997-1043. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A9.pdf]: “*Si, como se ha visto, el derecho sancionatorio administrativo es, de lege lata, distinto del derecho penal y su fin es el buen funcionamiento sectorial a futuro, entonces tal derecho sancionatorio debería ser muy distinto de lo que actualmente es. Y en un derecho sancionatorio administrativo configurado realmente para conseguir sus fines de eficacia y buen funcionamiento de la regulación sectorial, basta con el régimen de garantías que emana del principio de necesidad de la sanción y de los principios fundamentales del debido proceso –incluyendo la previsibilidad de las sanciones–, sin que sea necesario echar mano de las “garantías penales”. Este es, a mi juicio, el comienzo de la solución del dilema. Esbozo a continuación algunas configuraciones de lege ferenda para cuando exista disposición de enmendar el rumbo y con el ánimo de fomentar esa misma disposición. Todas ellas tienen en común que apuntan a dejar atrás el modelo punitivista actualmente vigente para reemplazarlo por un modelo en que el derecho sancionatorio administrativo sea un verdadero instrumento para la elevación de estándares de conducta hacia el futuro*”.

¹⁸⁷ “Todavía para este último ambiente qual seja o ambiente externo há de haver uma relação jurídica a vincular a Administração e o particular, a deferir à pessoa física o status de

Nas palavras de Silva Sánchez: “El Derecho administrativo sancionador es el refuerzo de la ordinaria gestión de la Administración”¹⁸⁸.

Otto Mayer, ao escrever acerca do direito administrativo alemão, afirmou que não pode existir questão de direito administrativo em que não se trate de relação entre o Estado e seus súditos. Completa, afirmando que “*administración debe ser toda actividad del Estado, que no es legislación ni justicia*”, sendo para o alcance desse fim, não seria necessário então, lançar mão das garantias penais, pelo menos não de forma direta e sem critérios (com matizes)¹⁸⁹.

Nelson Hungria defende em sua doutrina que “não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal”¹⁹⁰. Para o autor, a ilicitude jurídica é uma só. A visão de Goldschmidt, não totalmente coincidente com a de Hungria, entende a infração administrativa como um delito que fere o Estado em suas competências próprias. A violação administrativa não causaria lesão à bem jurídico tutelado diretamente pelo direito, mas inicialmente causaria dano à própria Administração em sua finalidade¹⁹¹.

Ocorre que, na fonte clássica do direito administrativo ocidental, a França de Duguit e Hauriou, tem posição peculiar de total e radical autonomia do poder sancionador da Administração em relação à outras vertentes epistemológicas. É claro, deve-se levar em consideração o sistema de jurisdição administrativa francês. Entretanto, é de importante relevo sua fundamentação teórica acerca do tema, já mencionado por Gaston Jèze¹⁹².

É com base nessas premissas que se baseia a ideia de que o microsistema do direito administrativo sancionador tem comunicação direta com o sistema de direito administrativo. Seria uma relação de concentricidade.

“administrado”, em simetria com uso do vocábulo “jurisdicionado”, para os particulares que se relacionam juridicamente com o Poder Judiciário” (DEZAN, Sandro Lúcio, 2018. **Fenomenologia e hermenêutica do direito administrativo**: para uma teoria da decisão administrativa. Porto. P. 41).

¹⁸⁸ SILVA SÁNCHEZ, La expansión del derecho penal, cit. nota n° 33, p. 126

¹⁸⁹ MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Tomo I. Parte general. Buenos Aires: Editorial DEPALMA, 1949, p. 3-24.

¹⁹⁰ HUNGRIA, Nelson. **Ilícito administrativo e ilícito penal**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 24-31, jan. 1945. ISSN 2238-5177.

¹⁹¹ Goldschmidt, James. Das Verwaltungsstrafrecht: Eine Untersuchung der Grenzgebiete Zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht, por HUNGRIA, Nelson. **Ilícito administrativo e ilícito penal**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 24-31, jan. 1945. ISSN 2238-5177

¹⁹² JEZE, Gaston. **Les principes généraux du droit administratif**, Paris: Nabu Press. 1926. p. 88-106.

Tanto juízes quanto administradores podem aplicar penalidades como multas e restrições de direitos. Inclusive, para um mesmo fato é possível a aplicação de sanções penais e administrativas. Trata-se de uma das nuances da prática de separação de poderes (funções do Estado), conjugado com a normatividade característica do direito.

Se for cogitado que um crime tem a mesma natureza jurídica de uma infração administrativa e que sua punição como tal se deve a mera conveniência de política criminal e que este mesmo crime possa ser desclassificado para um ilícito administrativo, temos que, teoricamente a aplicação de qualquer delas sancionaria o fato delituoso e nova punição pelo mesmo delito, ainda que por esfera de poder diferente, redundaria num *bis in idem*.

Nesse sentido o julgamento da Reclamação 41.557/SP, no qual a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal reconheceu o alcance do princípio do *ne bis in idem* na relação entre o Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. Em artigo que comenta o julgamento da Reclamação 41.557/SP, Bruno Tadeu Buonicore e Gilmar Mendes trazem a baila o princípio da independência das instâncias mitigado, por meio do qual seria então possível relativizar a independência entre os poderes do Estado, para que a penalidade aplicada por um deles tenha reflexo imediato em outro. O fundamento do princípio se encontra num “conceito amplo de direito penal” que reconhece o direito administrativo sancionador como subsistema do direito penal. Essa é a linha seguida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos¹⁹³.

Em Portugal, é importante salientar, que há, em regra, a prevalência das sanções pela infração à lei penal, em relação ao ilícito administrativo, sendo que lá foi implementado um terceiro gênero de infração à norma, chamado de contra-ordenações. Nesse sentido, o Regime Geral de Contra-ordenações – RGCO,

¹⁹³ BUONIORE; MENDES, **A VEDAÇÃO DO BIS IN IDEM NA RELAÇÃO ENTRE DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E O PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA MITIGADA**. Para entendermos o caso, vale a descrição feita pelos autores: No caso, em apertada síntese, três empresários italianos foram responsabilizados, tanto na seara criminal quanto na seara administrativa, por infrações contra o mercado de capitais na Itália. Tendo sido interposto recurso junto ao TEDH, o Tribunal internacional decidiu por anular as sanções de natureza penal determinadas pela justiça italiana. Isso porque foi reconhecida uma dupla punição pelos mesmos fatos, já que houve punição administrativa anterior à sanção criminal, que foi imposta pelo órgão Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB). Destaca-se aqui que a dupla punição ofende garantias individuais já consolidadas no âmbito internacional a algum tempo, a exemplo daquilo que prevê também a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

Decreto -Lei nº 433, de 27 de outubro de 1982, disciplina que se o fato for punido por crime, mas também por contra-ordenações, previsões simultâneas, prevalecerá a punição pelo crime, sem prejuízo da aplicação de sanções acessórias previstas para contra-ordenações.

Há previsão expressa no artigo 38 do RGCO no sentido de que o juiz criminal aplique sanções administrativas, quando houver concurso entre contra-ordenações e crimes. Entre diversas outras previsões próprias do sistema português de sanções administrativas, há o artigo 76 do RGCO que permite ao poder judiciário a conversão da ação de contra-ordenações em ação criminal, durante sua apreciação¹⁹⁴ e vice-versa.

Na Espanha¹⁹⁵ a disciplina da aplicação de sanções administrativas está prevista no Real Decreto Legislativo 5/2000, que também prevê a prevalência da aplicação de penalidades criminais em detrimento das sanções administrativas.

Não é nova a tendência europeia de aproximação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, nem mesmo é de agora a posição do direito italiano. No entanto, entendemos existir um equívoco de base no qual incorrem aqueles que, como Helena Lobo da Costa¹⁹⁶, entendem que a unidade do direito enquanto sistema e que a absorção do direito administrativo sancionador pelo direito penal, seriam necessários à preservação desse sistema.

Muito pelo contrário. Entendemos essa referida absorção como decisivamente prejudicial aos dois ramos do direito. A aproximação mencionada redundaria na irritabilidade dos sistemas e sua posterior degradação na medida em que são essencialmente diferentes.

¹⁹⁴ RGCO. -Art. 76: O tribunal não está vinculado à apreciação do facto como contra-ordenação, podendo oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, converter o processo em processo criminal.

¹⁹⁵ A posição dos tribunais espanhóis foi mencionada por Medina : “ya desde la STC 18/1981 (RTC 1981/18) viene declarando reiteradamente este Tribunal que las garantías procesales establecidas en el art. 24.2 CE son aplicables no sólo em el proceso penal sino también em los procedimientos. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**, 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2005. pág. 139.

Em decisão do Superior Tribunal espanhol: sancionadores com las matizaciones que resultan de su própria naturaliza, em cuanto que em ambos casos se actúa el ius puniendi del Estado.” Sentencia de 03/10/1995, n. 143/1995, no Recurso de Amparo 2738/1993, por sua Sala 1ª., rel. D. Francisco Javier Delgado Barrio.

¹⁹⁶ LOBO DA COSTA, Helena. **Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada**. 2013. Tese (Livre-Docência em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013. p. 119 e 222.

O ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Melo divide o direito em dois grandes ramos, quais sejam: O Direito Público e o Direito Privado. Enquanto este regula interesses entre particulares, aquele se ocupa de interesses da sociedade como um todo, interesses públicos. O direito administrativo é um ramo do Direito Público¹⁹⁷.

Após também dividir o direito em privado e público, situando o Direito Administrativo como ramo do direito público, Helly Lopes Meireles conceitua o Direito Administrativo Brasileiro, sintetizando-o como o “conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado”¹⁹⁸.

O posicionamento do Direito Administrativo como ramo do Direito Público é também seguido por Di Pietro¹⁹⁹ e não encontra divergência na doutrina ou jurisprudência dos tribunais. Tampouco encontra resistência a assertiva quanto a autonomia do Direito Administrativo no que se relaciona aos demais ramos do Direito Público.

Ante a afirmação de que o Direito Administrativo Sancionador é um círculo de centro interior do círculo formado pelo direito administrativo, temos que sua autonomia é assegurada e protegida por este. O Direito Administrativo Sancionador é autônomo na medida em que é autônomo o próprio direito administrativo.

Assim, sustentamos que a autonomia do direito administrativo sancionador decorre de sua constituição própria enquanto ramo do direito administrativo, de sua finalidade regulatória, de sua característica instrumental, do regime jurídico ao qual se vincula e do bem jurídico por ela protegido. Nessa linha de pensamentos, que a sanção administrativa possui fundamentos que não são os mesmos do Direito Penal²⁰⁰, os objetivos não são os mesmos, logo, o

¹⁹⁷ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 2015, Malheiros, São Paulo. p. 27.

¹⁹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 2016, Malheiros, São Paulo. p. 42.

¹⁹⁹ Ver Pietro, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018.

²⁰⁰ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **La expansión Del Derecho Penal**. Buenos Aires: bdef editora, 2006. pág. 58. Para o autor: Lo anterior, com todo, todavía no explicaria de modo

caminho a trilhar como ramo epistemológico que perfaz, aponta relevante distinção.

5.2 - A questão da unidade do poder punitivo do Estado

O presente estudo não tem a pretensão de discutir a origem do poder sancionador administrativo, seja ele nascido do *jus puniendi* estatal, ou possuidor de independência ontológica. Entendemos que, de fato, não se trata de uma questão relevante no contexto do que se propõe no momento. Em verdade, sua abordagem tem a única intenção de demonstrar as posições doutrinárias e discuti-las, ainda que para infirmar posições, se for o caso, mas para abrir o debate. Entendemos que se faz muito menos importante discutir a origem do poder de punir e muito mais relevante traçar os aspectos específicos da punição administrativa, suas características próprias, objeto, finalidade e o regime jurídico ao qual se vincula.

No entanto, assumimos relevante pontuar aspectos e argumentos referentes à mencionada origem e unidade, pois ao definir, ainda que perfunctoriamente, a origem do poder punitivo do Estado, lastrearemos o caminho que nos leva a determinar sua independência axiológica e aplicabilidade própria de seus princípios e regras.

Logo de início temos a posição de Fábio Medina Osório, que de maneira bastante didática e fundamentada em respeitada doutrina, defende uma substância na sanção administrativa que a diferencia das demais emanações punitivas estatais²⁰¹.

Os elementos que indicariam a característica unitária da origem do direito sancionar estatal seriam de ordem primeira, já que fundamentadas na posição do Estado como único legitimado a punir em nome do indivíduo e em substituição a ele.

necesário la demanda de punición y la conseguinte expansión precisamente del Derecho penal. Em efecto, tales datos podrían conducir certamente a una expansión de los mecanismos de protección no jurídicos, o incluso de los jurídicos, pero no necesariamente de los jurídico-penales. Ocurre, sin embargo, que tales opciones o son inexistentes, o parecen insuficientes, o se hallan desprestigiadas. No referimos a la ética social, al Derecho civil u al Derecho administrativo.

²⁰¹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**, 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2005.

A já mencionada posição de Hungria no sentido de que penas e ilícitos administrativos são ontologicamente idênticos é conhecida. Para ele a ilicitude jurídica é uma só e não há diferença qualitativa entre um e outra. Sanções penais e administrativas seriam espécies do mesmo gênero, não sendo possível portanto diferenciar violações de código de postura municipal de uma contravenção penal ou a infração fiscal do descaminho²⁰².

A menção realizada por Luis Regis Prado ao critério quantitativo para diferenciar o ilícito penal do ilícito administrativo sancionador revela sua defesa pela existência de uma unidade substantiva. Para ele, as duas facetas punitivas são qualitativamente idênticas²⁰³.

Para Sandro Lúcio Dezan²⁰⁴ não existe distinção ontológica entre as espécies de ilícitos. Considera ele que todas as sanções são resultado de infração à norma, seja ela de direito econômico, tributário, penal ou administrativo. Ressalta que a tipicidade concentra a identidade ontológica das infrações e atrai a necessidade de responsabilização. O tipo, que é normativo, define o ilícito e a necessidade de punição. Dezan vai além ao debater não só questões de ordem material, mas se aprofundar no processo sancionador e sua garantias básicas e não básicas e que seriam compartilhadas pelos diversos ramos epistemológicos²⁰⁵.

Temos ainda Régis Fernandes de Oliveira, para quem o critério diferenciador entre crimes, contravenções, infrações, penas e sanções é a

²⁰² HUNGRIA, Nélon. **Ilícito penal e ilícito administrativo**. Revista de Direito Administrativo – RDA, v. 1, n 1. p. 25

²⁰³ PRADO. Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 14. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 73.

²⁰⁴ DEZAN, Sandro Lúcio. **Uma Teoria do Direito Público Sancionador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2021. pág. 39. Nas palavras do autor: O direito punitivo do Estado, em seus diversos ramos de direito público, depende de um rol de normas cuja lógica pertence a um direito sancionador pré-epistêmico, o que denominado de direito público sancionador. Queremos com isso afirmar que as normas e os sistemas punitivos do Estado obedecem a uma lógica do punir (ou a uma lógica da sanção de direito público) fundada na certeza e na justiça do Direito. Disso, surge a necessidade de inafastável deferência a garantias de direito material e de direito processual, para se levar a cabo pelo Estado a responsabilização e a aplicação da sanção, que seja ela, v.g. uma pena ou uma sanção administrativa.

²⁰⁵ Por uma questão de justiça da repressão e da responsabilização, a segurança jurídica requer unidade de tratamento para questões fáticas idênticas, não se lhe admitindo modulações deontológicas sancionadoras diversificadas, mesmo em ordens normativas ou sistemas regulatórios distintos. A justiça do Direito assim o requer, esse tratamento unidirecional à política de repressão do ilícito, que seja ele penal, quer administrativo sancionador.

autoridade competente para sua aplicação, sendo que não existiria qualquer distinção ontológica entre elas (Infrações e sanções administrativas)²⁰⁶.

A posição de Alejandro Nieto²⁰⁷ converge com a de Medina²⁰⁸ e fundamenta a tese que discute a real existência de um *jus puniendi* estatal único, do qual decorreria todo exercício sancionador do Estado. É que na prática, o regime jurídico das sanções administrativas, por exemplo, diverge sobremaneira do sistema de penalização penal. A divergência vai, desde hermenêutica empregada para interpretação de princípios, passando pela dogmática diversa, até os objetivos a serem alcançados. As poucas similaridades práticas são aquelas decorrentes da observância à legalidade, da qual decorre o devido processo legal, por exemplo, entretanto, mesmos estes, aplicáveis sob matizes do regime jurídico administrativo.

Medina lança luz sobre um tema importante, qual seja, o dos poderes sancionadores dos organismos supranacionais, asseverando a necessidade de uma visão mais concreta nas necessidades advindas de um mundo cada vez mais globalizado. Para ele, não seria possível atribuir o fundamento da aplicação de penalidades administrativas à unidade do poder punitivo do Estado, quando não estamos falando em Estados Nacionais, quando nos referirmos ao Direito Comunitário e seus órgãos. Questiona ele: “*Pode-se argumentar que os Estados cederam parcelas de suas soberanias à Comunidade Europeia, mas como compreender essa suposta “unidade” de poder punitivo do Estado nesse*

²⁰⁶ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 32.

²⁰⁷ GARCÍA. ALEJANDRO NIETO, **Derecho Administrativo Sancionador**. 5º Ed. Madrid: Tcnos, 2012. Para Nieto: “*De esta manera teremos una explicación alternativa a la hoy tan de moda de la unidad del ius puniendi del Estado, puesto que justifica la potestad sancionadora de la Administración en otras potestades de ella misma, de las que sería un anejo o corolario necesario; o en otras palabras: la potestad administrativa sancionadora forma parte ínsita de la competencia de gestión. Com lo cual podría construirse un sistema menos rígido y menos dogmático. Concebida la potestad sancionadora de la Administración como una potestad aneja a la potestad de regular y de ejecutar la actuación pública em determinadas materias, adquiere mayor sustantividad y flexibilidad;*”

²⁰⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**, 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2005. pág. 140. Nas palavras de Medina (p. 140): “São múltiplas as razões pelas quais não se deve aceitar, sem maiores discussões, a tese do *ius puniendi* único do Estado, a saber, configuração de unitário regime jurídico ao *ius puniendi* estatal. Mas a razão fundamental para a inconsistência teórica dessa suposta unidade reside na diversidade substancial dos regimes jurídicos dos mais diversos poderes punitivos do Estado.

contexto?”²⁰⁹. O próprio autor responde o questionamento afirmando que o fato de os Estados delegarem parcela de seu poder ao organismo supranacional, não implicaria a renúncia à unidade do poder sancionador de cada Estado-Membro.

Importante trazer à baila a visão do Professor de Direito Administrativo da Universidade do Chile, Dr. Raúl Letelier Wartenberg, para quem, a lacuna normativa no sistema de direito administrativo sancionar que possibilitaria seu preenchimento por parte de garantias do direito penal, sob a justificativa do *jus puniendi*, não existe. A lacuna seria criada, artificial²¹⁰. Diz o professor:

“Llegados a este punto surge, entonces, una pregunta, que bien podría calificarse como previa a todo lo que se viene diciendo hasta aquí y que sería la siguiente: si existe una serie de normas especiales que regulan muchas sanciones administrativas y una regulación subsidiaria aplicable a todo tipo de actos administrativos (entre los que se encuentran las sanciones) ¿por qué entonces asumir la existencia de una laguna regulativa al respecto que implique necesariamente tener que salir a buscar un criterio metajurídico – como la derivación de un único *jus puniendi*– como forma de complementar esa regulación, justificar con ello un posterior ejercicio analógico y aplicar, en definitiva, las garantías penales a las sanciones administrativas? La respuesta a esta pregunta es más o menos sencilla. La laguna es simplemente fabricada al momento de considerar (políticamente) insuficientes los requisitos y limitaciones expresados en las referidas leyes para las sanciones administrativas”.

Como se pôde notar, é quase unânime a posição doutrinária quanto a unidade do *jus puniendi*, traduzindo-se na unidade ontológica do poder sancionar

²⁰⁹OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**, 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2005. pág. 136. Muito feliz Medida quando salienta que: “Nesse passo, o Direito Internacional cumpre um papel construtivo da mais alta relevância nesse cenário. Poder-se-ia dizer, no entanto, que haveria uma unidade do Direito Comunitário Europeu Punitivo, o que, no entanto, seria impensável. Isto porque não se trata de unificação das normas ou do Direito Punitivo, mas do reconhecimento de regras e princípios inerentes a uma verdadeira Constituição Européia. A noção de constitucionalismo europeu é que fundamenta, de modo direto ou indireto, a produção de normas superiores, que vinculam os Estados no tratamento dos respectivos Direitos Punitivos.

²¹⁰ LETELIER, Raúl. “**Garantías penales y sanciones administrativas**”. Polít. crim. Vol. 12, Nº 24 (Diciembre 2017), Art. 1, pp. 622-689. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A1.pdf]

do Estado, não haveria, portanto, distinção de origem entre penas e sanções administrativas.

Mesmo aqueles autores que vislumbram nuances de especificidade teórica no mesmo fundamento da sanção administrativa e penal, como Alejandro Nieto, não avançam na discussão por entendê-la não produtora ou desnecessária, ante ao entendimento de que toda punição provém de um ilícito sendo este conceito pré-epistêmico.

É neste contexto que pretendemos debater o tema, de modo a apresentá-lo, mas sem o aprofundamento teórico necessário num cenário de investigação científica. Preferência então para nos concentrarmos nas características próprias que fazem do Direito Administração Sancionar especial em relação a outros ramos do direito e merecedor de atenção desvinculada dos demais.

Quando se afirma que a unidade de pretensão punitiva estatal se refere, pois, fundamentalmente, aos dois mecanismos básicos de que o Estado dispõe para garantir a ordem pública e o ordenamento jurídico globalmente considerados: o direito penal e o administrativo²¹¹, deixa-se de considerar o procedimento civil de improbidade administrativa que tem como finalidade a aplicação de penalidade de ordem civil por infração praticada.

5.3 A Sanção Administrativa e a Divisão de Funções do Estado

A noção de administração pública – e, por conseguinte, de direito administrativo –, faz parte de uma visão maior e primária: aquela que dividiu o próprio Estado em três funções, quais sejam, a de legislar, a de julgar e a de administrar²¹². O direito administrativo deita raízes na divisão de funções do Estado idealizada por Locke e Montesquieu²¹³ ao lado dos federalistas, sendo

²¹¹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**, 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2005. p. 138.

²¹² HAURIOU, André. **A utilização em direito administrativo das regras e princípios do direito privado**. Tradução de Paulo da Mata Machado. Revista de Direito Administrativo. Fundação Getúlio Vargas –FGV, 1945. f. I. fasc., p. 465-473.

²¹³ Montesquieu. **Do Espírito das Leis**. Ed. Martin Claret, São Paulo: 2002. Pag. 166. Nas palavras do próprio Montesquieu: “Há em cada Estado três espécies de poder: o poder

que seu objetivo é a regulação da relação administrativa nos processos internos da própria Administração Pública e desta com o administrado, não havendo dúvidas quanto sua independência conceitual ou como ramo autônomo do direito.

Enquanto o juiz tem como função aplicar a lei, ao administrador público cabe gerir interesses da população executando políticas públicas, emitindo atos administrativos e dentre eles está a aplicação de sanções administrativas que fazem parte do exercício material de sua função.

A teoria da separação dos poderes do Estado, buscou conter a concepção absolutista que concentrava nas mãos do monarca o exercício das tarefas de julgar, legislar e administrar. O poder absoluto visto agora como não desejável, se decompunha e enfraquecido dava lugar a um novo conceito, desta feita baseado em funções (ou poderes) exercíveis por entes diferentes e com atuação especializada.

Ao monarca soberano era entregue a função de administrar (executar leis), poder esse agora separado da função de legislar (legislativo) e de julgar (judiciário)²¹⁴. Vale destacar que tais poderes são partes de um mesmo todo e cada uma das funções especiais são iguais em peso e medida, não se podendo fazer distinção entre elas.

Tal concepção pode ser encontrada no décimo primeiro livro, do capítulo VI do Espírito das Leis de Montesquieu²¹⁵ ou seja, um governo baseado numa divisão tríplice do poder Estatal, como aqui já mencionado, sendo uma de suas principais vertentes a de que somente o poder pode limitar o poder, dizendo-se,

legislativo, o poder executivo das coisas que depende do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Pelo primeiro poder, o príncipe ou magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamaremos este último “o poder de julgar”, e o outro chamaremos, simplesmente de poder “o poder executivo do Estado””.

²¹⁴ Registre-se que originalmente Locke descreve a existências de dois poderes. Ver em BOOBIO, Noberto. **Teoria General Del Derecho**, 2ª ed. Bogotá: Temis. 1997, pág. 231: Diz-se habitualmente que o Estado tem três poderes: Legislativo, Judiciário e Executivo. Todavia, para Locke, considerado muitas vezes, erroneamente, como o pai da teoria dos três poderes, os poderes são apenas dois”

²¹⁵ MONTESQUIEU. Do Espírito das Leis. São Paulo: Martin Claret. 2002

então: *“pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir”*.

Portanto, diante das ideias federalistas, montadas sob o esquete de poderes separados, mas harmônicos, temos que cada uma de suas funções deve ser exercida com responsabilidade e independência.

Somente com o desenvolvimento prático da concepção de separação de poderes é que se organizou o Estado como protetor de direitos, baseado no constitucionalismo.

No contexto da separação de poderes cabe ao poder executivo fazer valer as leis, garantir serviços públicos à população. Para o equilíbrio e convivência harmônica entre administrados, dispõe de instrumentos capazes de regular a vida em sociedade. A aplicação de penalidades ou sanções administrativas por parte da Administração Pública, por ofensa às suas normas, faz parte dessa prerrogativa básica que é a tutela do interesse público.

Para o exercício da autônoma função administrativa foi separado um ramo do direito que trata das coisas relativas a Administração Pública e tratava-se evidentemente do Direito Administrativo. As normas administrativas que executam leis para a regência material e prática da vida em sociedade formam essa ordem jurídica administrativa. A sanção administrativa é instrumento da Administração Pública para a garantia da organização social realizada por aquela mencionada ordem. É, portanto, uma ferramenta, elemento instrumental.

Alexandro Nieto abordou a influência da separação dos poderes no direito administrativo e sua relação com o poder administrativo:

“Del principio de separación de poderes que en cada país tuvo lugar. De esta manera en Francia y Alemania, por ejemplo, se procedió a una radical jurisdiccionalización de la potestad sancionadora en cuarto que su ejercicio fue encomendado, con ligerísimas excepciones, a los Tribunales, mientras que en otros países, como Suiza, Austria e España, el mismo principio de la separación constitucional de poderes en modo alguno impidió a la Administración ser titular de una potestad sancionadora propia, que

incluso, y aunque fuera excepcionalmente, podía ejercer casi con absoluta impunidad²¹⁶.

A divisão de poderes ou funções do Estado possibilitou o destaque da regência executiva por uma de suas funções e garantiu efetividade com o plexo normativo sustentador da execução de políticas públicas e serviços públicos. A sanção administrativa é adjetiva de tal exercício.

5.4 A questão da hermenêutica própria dos princípios aplicáveis ao direito administrativo sancionador (continuação).

A defesa de uma epistemologia própria do direito administrativo sancionador, implica na exigência de razões e fundamentos suficientes que sustentem a real necessidade, conveniência, concretude, independência dogmática e principiológica.

A proposição é a de que nesse aspecto instrumental do direito administrativo, a influência e aplicabilidade dos princípios é diversa, com fundamentos e razões que sustentam essa assertiva.

Para Nieto seria possível aplicar certos princípios de direito penal em sede de direito administrativo sancionador, não normas ou textos²¹⁷.

A defesa que fazemos é a de que a sanção administrativa tem característica própria que a distingue de outras sanções judiciais. Para que se possa sustentar tal assertiva, temos nos princípios e sua interpretação uma importância central.

A aplicação geral ou acrítica de princípios de outros ramos do direito, notadamente de direito penal em ações de direitos administrativo sancionador, poderia inviabilizar a atuação da administração pública em sua mais importante missão de organização da vida em sociedade, como já vimos e veremos.

²¹⁶ GARCÍA. ALEJANDRO NIETO, Derecho Administrativo Sancionador. 5º Ed. Madrid: Tcnos, 2012. p. 53.

²¹⁷ STS de 21 de diciembre de 1977 (Ar. 5049; García Manzano), “la traslación automática e lo que constituyen instituciones o instrumentos dulcificadores de la responsabilidad de previsión expresa en el Código Penal al campo sancionador de la Administración presenta dificultades inherentes a la diversa estructura de ambos ordenamientos” pag. 169

O caso *sui generis* da despenalização das infrações na Alemanha, que passou a punir administrativamente muitos daqueles crimes, precisa ser visto a partir de suas características próprias²¹⁸.

A mais numerosa corrente doutrinária é fatalmente atraída pela necessidade de interpretar o Direito Administrativo Sancionador, a partir de regras e princípios penais²¹⁹. A justificativa mais utilizada é a circunstância de que oriundos da mesma base ontológica, é o Direito Administrativo Sancionador, uma espécie de irmão mais novo do direito penal e a ele está reservado delitos que poderiam ser reconhecidos como criminais, mas que por questões de política punitiva, são rebaixadas a infrações administrativas.

Não encontramos razões científicas que deem base ao raciocínio de que o Direito Administrativo Sancionador seja um direito penal menor, ou mesmo que, por ser ramo punitivo mais novo, deve ser influenciado pela principiologia ou dogmáticas penal.

Creemos que o fundamento para a equívoca interpretação está na linguagem. Ao conjecturarmos a exegese de sistema jurídico que tem como código punir ou não punir²²⁰, somos influenciados pela linguagem empregada e conduzidos a buscar referências em estruturas já concretas e que representam aquele modelo buscado. É por meio da linguagem que construímos nosso conhecimento²²¹. A linguagem do código jurídico penal (punir/não punir) é de tal modo arraigada em nossos sentidos, que não conseguimos enxergar a

²¹⁸ José Suay Rincón, mencionou a experiência Alemã: Emblemático podría ser el caso de Alemania, desde la etapa en que procede a la despenalización de las infracciones (Leyes de 1952 y, sobre todo, de 1968): la penalización interna del Derecho administrativo sancionador es incuestionable, a cambio del reconocimiento de que la Administración pudiera colaborar en efecto con los jueces en el ejercicio del "ius puniendi". Tal fue el compromiso particular alcanzado en este caso. Y, ciertamente, se profundiza después en la penalización del régimen jurídico de las infracciones y sanciones administrativas, a cuyo efecto se maneja un concepto estricto de sanción, que prácticamente reduce a las multas esta consideración (La potestad sancionadora de la administración y sus exigencias actuales: um estudio preliminar, p. 51)

²¹⁹ DEZAN, Sandro Lúcio. **Uma Teoria do Direito Público Sancionador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2021; DEZAN, Sandro Lúcio. **Fenomenologia e hermenêutica do direito administrativo: para uma teoria da decisão administrativa**. Curitiba: Juruá, 2018.

²²⁰ Aqui uma referência à Niklas Luhmann e sua teoria dos sistemas. Cfr. LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução: Javier Torres Nafarrete. México: Universidad Iberoamericana, 2003.

²²¹ Aqui uma referência à Ludwig Wittgenstein, e sua obra acerca do papel da linguagem no mundo em que vivemos. Cfr. Wittgenstein, Ludwig. **Tratado Lógico-Filosófico**. Fundação Calouste Gulbenkian

possibilidade de que um sistema, no caso o administrativo sancionador, que tenha o mesmo código, possa ser independente daquele aprendido como único.

Ao nos referirmos à infração à uma norma administrativa e aplicação de penalidade ao autor da referida infração, temos como lógico e imediato que se trata de atuação do Estado em punir e que devemos aplicar então as mesmas garantias, em modo e forma idênticas ou ligeiramente adaptadas daquelas vistas no direito punitivo mais antigo. É a linguagem que domina nossos sentidos e cria falsa sensação de assemelhado onde somente há diferença.

Ferrajoli menciona que a linguagem, ou seja, o uso da língua, está completamente vinculado à aplicação da jurisdição penal. Sendo assim, enquanto mais clara for a linguagem, mais efetivo e conforme será o princípio da legalidade estrita²²². Em assim sendo, será a linguagem a grande diretriz para o entendimento do que seja as espécies de sanções penais, civis ou administrativas.

No entanto, esse é tema para outro estudo, quando então o deixamos de lado, para focar na ideia dessa hermenêutica própria, influenciada pelo regime jurídico administrativo e seu plexo valorativo que tem no interesse público o maior estandarte.

Poderíamos afirmar que a característica sanção administrativa é muito mais civil que criminal. Essa reflexão foi feita por Alejandro Nieto quando ponderou que “La sanción consistente en pagar una suma de dinero, incluso no estando relacionado con el daño, presenta caracteres de tipo civil (...)”²²³, entretanto, essa não seria uma solução.

Percebemos que não se trata de aplicação de princípios próprios de direito civil para a aplicação da multa administrativa, ainda que haja característica cíveis, muito menos seriam os princípios de direito penal os mais adequados. As sanções administrativas seriam então regidas pelos princípios conhecidos e que garantem um mínimo de segurança ao indivíduo, entretanto, a partir de matizes que os revelam como próprios e específicos.

No ponto 6.2 e no Capítulo 7, abordamos o tema com maior profundidade.

222 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. fls, 77

223 GARCÍA. ALEJANDRO NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*. 5º Ed. Madrid: Tcnos, 2012. P. 394.

CAPÍTULO 6. REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO E SANÇÃO ADMINISTRATIVA

Não há dúvidas de que o Direito Administrativo seja uma disciplina autônoma. O é, pois, composto por princípios e normas próprias, sistematizadas e coerentes, perfazendo uma espécie de conjunto orgânico. As doutrinas internacional e brasileira convergem para um sistema bastante notável e guarda, em geral, uma metodologia própria. Estamos então diante da ciência administrativista²²⁴.

Ocorre que as normas de direito administrativo possuem características singulares e sempre guardam o objetivo de regulação da vida social, tendente à ordem pública.

O notável é que a aludida regulação pretende proteger tanto cada indivíduo como toda a coletividade, sempre no sentido de prevenir condutas em desacordo com a ordem social. A metodologia empregada para a formação das normas e princípios de direito administrativo asseguram o atuar da Administração Pública para a proteção da sociedade e do indivíduo²²⁵.

Pois bem, o conjunto de normas e princípios de que dispõe a Administração Pública para regular a vida em sociedade é o que se chama de

²²⁴ Celso Antônio apresentou a doutrina do interesse público ao Brasil já em 1967, por meio do artigo: “**O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico**”. Publicado na Revista de Direito Público, n.º 2, p. 44-61. 1967.

²²⁵ Ver VORONOFF. Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum. 2018.

“Regime Jurídico Administrativo”. A densidade desse regime é de tal monta que mesmo normas que não são originariamente de Direito Administrativo, quando aplicadas pela Administração Pública, são contaminadas pelas características das normas administrativas, por adentrar ao Regime Jurídico próprio da Administração.

Exemplo da influência do Regime Jurídico Administrativo nas mais variadas normas ou princípios gerais está no consagrado princípio da legalidade. Fundamento da Constituição Federal de 1988, o princípio da legalidade encontra abrigo no artigo 5º, inciso II que prevê que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Quando o administrador de uma unidade de saúde, por meio de uma portaria, estabelece que somente terão atendimento médico uma quantidade tal de pessoas que cheguem em determinado horário e estejam em fila indiana, onde está a legalidade? Onde está a legalidade, quando o diretor de uma escola pública determina por meio de um aviso aos pais, que a partir de uma determinada data, somente estrarão no colégio, os alunos devidamente uniformizados? Do descumprimento de cada uma das regras, redundará uma punição.

Conquanto certamente haja uma norma superior que preveja, genericamente, competência para o diretor da escola ou para o gestor da unidade de saúde editarem normas de organização local, o certo é que naquele momento e para aquela finalidade o administrador público criou um “tipo” e uma pena. Situação completamente diferente da norma penal em branco, por exemplo.

Portando, a resposta é que a legalidade ainda está lá, certamente em normas superiores que autorizam os agentes públicos mencionados a organizar a parcela da sociedade a que estão servindo, no entanto, a determinação de fazer ou não fazer, não está descrita em uma lei formal. É nesse sentido que afirmados então, que o princípio da legalidade sofre a influência do regime jurídico administrativo²²⁶.

²²⁶ Vale, no entanto, mencionar que, como bem adverte Hely Lopes Meirelles, a legalidade deve ser observada pela administração que está adstrita à lei e às exigências do bem comum.

Discorrendo sobre o assunto, Caio Tácito reforça que as faculdades administrativas não violam o princípio da legalidade, pois seria da essência constitucional das garantias do indivíduo a *supremacia dos interesses da coletividade*²²⁷.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a pedra angular o Regime Jurídico Administrativo está consagrado em dois princípios, quais sejam, (i) Supremacia do Interesse Público sobre o privado e (ii) Indisponibilidade dos interesses públicos²²⁸.

Semelhante a visão de Romeu Felipe Bacellar Filho, para quem as bases do regime jurídico-administrativo descansam sobre o princípio do interesse público²²⁹.

Quando adentram o regime jurídico administrativo, princípios como o da tipicidade, legalidade, intranscendência, presunção de inocência, juiz natural, etc, tomam contornos próprios daquele regime e por ele são regidos, por isso devem ser aplicados a bem do interesse público.

O Professor de Direito Penal Chileno, Alex Van Weezel, afirma que *“la sanción administrativa tiene por objeto dotar de eficacia a una determinada regulación”*. Continua o professor, no sentido da observância do regime jurídico administrativo, afirmando que:

“El planteamiento del fallo resulta, entonces, claro y contundente. Para dotar de eficacia a una determinada regulación, el legislador opta por entregar a la administración la potestade de imponer sanciones a través de actos administrativos. El régimen jurídico de estas sanciones se aparta del régimen propio de las sanciones penales. Si se aplicara a las primeras el régimen de estas últimas, se “desnaturalizaría” la potestade administrativa sancionatória”²³⁰.

²²⁷ TÁCITO, CAIO. **O poder de Polícia e seus Limites**, in Revista de Direito Administrativo, vol. 27, p. 18.

²²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo do regime jurídico-administrativo.**, pág. 2

²²⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 40

²³⁰ VAN WEEZEL, Alex “Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo”. Polít. crim. Vol. 12, N° 24 (Diciembre 2017), Art. 9, pp. 997-1043. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A9.pdf]

6.1 Supremacia do interesse público, autoexecutoriedade e presunção de legitimidade como expressões da sanção administrativa

6.1.1 Supremacia do interesse público

Já abordamos de modo aprofundado a influência do interesse público para a formação do regime normativo administrativo e conseguinte para a própria sanção administrativa.

Passaremos ao estudo de outros elementos que caracterizam esse regime e influenciam diretamente a interpretação e aplicação das normas sancionatórias de direito administrativo, completando a proposta de uma hermenêutica própria para interpretação de princípios no seio do regime jurídico administrativo. São eles a presunção de legitimidade e a autoexecutoriedade dos atos administrativos. Senão vejamos.

6.1.2 Presunção de legitimidade

O exercício da Administração Pública atribuído ao Poder Executivo como função própria é realizado por meio de atos administrativos e que expressam a vontade dessa mesma Administração e externam mandamentos aos administrados. Os Atos Administrativos presumem-se legítimos desde a sua exteriorização. Trata-se de um atributo da função administrativa, do próprio ato.

Celso Antônio Bandeira de Mello, afirmou que os atos administrativos se presumem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário²³¹.

É possível encontrar no artigo 37, c/c 19, inciso II da Constituição Federal, fundamento para a presunção de legitimidade dos atos administrativos, podendo então, tal pressuposto, ser considerado como de fundamento constitucional explícito. Também no *Código de Procedimiento Administrativo y de lo*

²³¹ MELO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros. 2015. pág. 427.

Contencioso Administrativo colombiano se encontra previsão expressa da presunção de legitimidade dos atos administrativos.²³²

No ponto específico é clara uma inconciliável diferença entre o procedimento administrativo que impõe uma sanção administrativa e o processo criminal ou civil acusatório (processo de improbidade Administrativa), no Brasil. Enquanto os processos conduzidos pelo poder judiciário, no exercício de sua função própria criminal, sempre partirão da garantia constitucional de presunção de inocência, nos procedimentos administrativos sancionatórios sempre se partirá da presunção de culpa, vez que baseado no presumido ato administrativo hígido que autuou o infrator e fundamenta o processo administrativo. Enquanto nos procedimentos judiciais acusatórios, cabe ao Estado provar a culpa, nos procedimentos administrativos, cabe ao infrator demonstrar sua inocência.

Diferentemente do que pensa Maria Sylvia Zanella Di Pietro e outros administrativistas clássicos, para quem a presunção de veracidade inverte o ônus da prova²³³, nos parece mais adequado o raciocínio segundo o qual, diante do regime jurídico administrativo, nos processos administrativos sancionatórios, o sistema probatório tem como característica formadora a de que é do infrator (administrado) originariamente, o ônus de demonstrar a inadequação do ato sancionador. Portanto, a arguição de nulidade do ato, por qualquer vício apontado, seja de mérito, seja de forma ou mesmo de motivação, sempre estará a cargo do impugnante e até seu desfazimento, terá plena vigência²³⁴.

Não se trata, portanto, de inversão do ônus da prova, mas de um sistema probatório próprio e que tem como premissa a legitimidade do ato expedido pela administração.

Para Hauriou, a obrigação de observância dos atos administrativos, vai além do conceito de legalidade implícita, mas decorreriam de uma moral

²³² “El artículo 88 del CPACA43 declara que los actos administrativos se presumen legales y cuando están en firme son obligatorios a menos que los haya anulado la jurisdicción de lo contencioso administrativo.” Colombia. Congreso de la República. Ley 1437 de 2011, 18 de enero. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial 47956.

²³³ Pietro, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018. p. 278

²³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 2016, Malheiros, São Paulo. p. 183.

Hely Lopes Meirelles, afirma que o ônus da prova é transferido para quem o invoca.

implícita²³⁵, anotando, portanto, uma expressão axiomática que supera a mera normatividade.

Não somente em sede doutrinária, mas também a jurisprudência pacífica dos tribunais consagra o atributo da presunção de legitimidade²³⁶.

Como já delineado, os fundamentos da atuação da Administração Pública estão na Supremacia do Interesse Público e que revela, no caso, o interesse de que atos administrativos sejam cumpridos já que legítimos, por força de atributo.

Essa prerrogativa da função administrativa pode ser questionada na seara judicial, entretanto a atuação judiciária se dará por sua função própria, partindo-se, ainda assim, do pressuposto da validade do ato. Enquanto medida preliminar ou definitiva não suspender a validade do ato, este estará vigendo. Por conta da separação de atribuições, não é possível que por meio de um ato administrativo seu, possa o judiciário sustar ato administrativo do Poder Executivo.

A característica própria de presunção de legitimidade do ato administrativo, o diferencia da sentença judicial ou da edição de uma norma (no caso, pelo legislativo), na medida em que único em seus efeitos e consequências. A sanção administrativa advinda de um ato administrativo em nada tem de semelhante com a sanção judicial, seja ela criminal ou civil, no entanto, nada tem de menor.

6.1.3 Autoexecutoriedade (exigibilidade e imperatividade)

A Administração Pública pode executar imediata e diretamente suas próprias decisões. Trata-se de um outro atributo do ato administrativa, este

²³⁵ HAURIUO, André. **A utilização em direito administrativo das regras e princípios do direito privado**. Tradução de Paulo da Mata Machado. Revista de Direito Administrativo. Fundação Getúlio Vargas –FGV, 1945. f. I. fasc. pág. 375. Sabe-se que o particular pode cometer muitas vilanias, contornando a lei; o mesmo aconteceria com os administradores, se à deontologia profissional da Administração não se acrescentasse a lei, do mesmo modo que a moral vulgar está presente no espírito do particular. A noção de excesso de poder é assim muito mais extensa do que a de legalidade. Corresponde à moral, que é mais extensa que o direito.

²³⁶ 3 - Considerando que um dos atributos dos atos administrativos é a presunção de legalidade, cabe ao Autor o ônus da prova acerca da existência de vício em relação ao ato administrativo, em decorrência do que prescreve o artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil. Preliminar rejeitada. Apelação Cível desprovida. TJ-DF - Apelação Cível APC 20130111653324 (TJ-DF).

denominado autoexecutoriedade, ou exigibilidade para alguns, ou imperatividade para outros. No exercício de sua função típica de administrar, a Administração Pública executa suas próprias decisões.

Também chamado de executoriedade por Celso Antônio, este a conceitua como qualidade pela qual o Poder Público pode compelir materialmente o administrado, sem precisão de buscar previamente as vias judiciais, para cumprimento da obrigação que impôs e exigiu²³⁷.

Para Hely Lopes Meirelles a autoexecutoriedade consiste na possibilidade que certos atos administrativos possam ensejar imediata e direta execução pela própria Administração, independentemente de ordem judicial²³⁸.

Carvalho Filho prefere denominar a autoexecutoriedade como uma característica do ato administrativo que o possibilita, tão logo praticado, poder ser imediatamente executado e seu objeto imediatamente alcançado. Classifica-o de verdadeiro título executivo²³⁹.

Diferentemente dos processos judiciais, nos quais o trânsito em julgado da sentença condenatório é, em regra, necessário para a execução do título, em sede de sanção administrativa, esta pode ser executada de imediato, ainda que pendente de recurso²⁴⁰.

A autoexecutoriedade é atributo de ato da administração pública exercido pelo poder executivo como função própria. Não há relação entre esse atributo e as funções judiciais e legiferantes. O não entendimento da força dos atos administrativos frente aos demais poderes, num sistema de separação, leva alguns a uma tímida utilização do atributo/princípio²⁴¹, nesse sentido diminuindo seu alcance e efetividade.

²³⁷ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 2015, Malheiros, São Paulo. p. 427.

²³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 2016, Malheiros, São Paulo. pág. 185

²³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 186

²⁴⁰ Não há ilegalidade no cumprimento imediato da penalidade imposta a servidor público logo após o julgamento do PAD e antes do decurso do prazo para o recurso administrativo, tendo em vista o atributo de auto-executoriedade que rege os atos administrativos e que o recurso administrativo, em regra, carece de efeito suspensivo (ex vi do art. 109, da Lei 8.112/1990). (MS 19.488/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/03/2015, DJe 31/03/2015)

²⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 2016, Malheiros, São Paulo. p. 186.

Com efeito, desnecessárias as definições que conceituam a autoexecutoriedade como possibilidade de que atos administrativos próprios, possam ser executados de forma direta e pela própria administração, na parte em que mencionam ser “independentemente de ordem judicial”, pois a menção à desnecessidade de ordem judicial, vincula duas ações que não possuem ligação qualquer. Somente seria necessário afirmar a imediata e direta execução do ato administrativo, sendo por si, suficiente para esclarecer que a Administração Pública, pode executar seus próprios atos, ou a parte deles, desde que decorrentes de sua função típica.

No sistema de sanções administrativas, tem a autoexecutoriedade papel fundamental, na medida que permite a rápida atuação da Administração Pública para a obtenção do resultado desejado, sem delongas ou discussões protelatórias. O sentido de tal atuação é a supremacia do interesse público que molda um especial regime jurídico administrativo.

Os atributos do ato administrativos estão contidos nas sanções administrativas, pois tais sanções são essencialmente atos administrativos próprios e não se confundem com atos próprios de outras poderes ou funções do Estado. Portanto, a sanção administrativa é autoexecutável, não dependente de qualquer outra ação legitimadora ou que lhe preste força executória.

6.2 Axiologia e Axiomática Básicas Formadoras da Identidade da Sanção Administrativa

A Constituição é o fundamento do poder sancionador do Estado. Tal conceito já é de muito reconhecido. Observa-se como dogma do pensamento jurídico o entabulamento de uma unidade ontológica em todo o poder sancionador do Estado. Desta forma, o ilícito civil, o direito penal e o direito administrativo sancionador seriam ontologicamente expressões de um mesmo direito de punir²⁴². O raciocínio tem importante lastro, tendo em vista que é sabido que o ato jurídico ilícito é toda atuação humana, omissiva ou comissiva,

²⁴² DEZAN, Sandro Lúcio. **Fenomenologia e hermenêutica do direito administrativo**: para uma teoria da decisão administrativa. Curitiba: Juruá, 2018.

contrária ao Direito²⁴³. Vale, no entanto, mais uma vez repisar, que no específico caso da administração, prerrogativa ou poder, passa necessariamente pela prestação do serviço público.

Reafirmamos que a doutrina alemã tentou distinguir sanções penais de sanções administrativas utilizando como critério a moralidade. A chamada tese das “infrações de ordem pública”²⁴⁴. As sanções de ordem administrativa seriam então desprovidas de moral e não teriam fundamentos em valores culturais da sociedade. Como já mencionado, sua existência estaria ligada, portanto, a uma pura necessidade prática ao contrário das sanções penais sempre carregadas de forte conteúdo valorativo e construídas sobre necessidades culturais de um povo.

As normas de direito administrativo sancionar têm sim relevante conteúdo pragmático, muito mais que qualquer outro ramo de direito sancionar, e esta característica se anexa a tantas outras que informam a sanção administrativa como diferente de outras sanções estatais, notadamente da penal e da civil²⁴⁵.

No entanto, o Direito tem como função oferecer pretensão de cumprimento de um sentimento moral que ronda a sociedade, já que a ordem moral, por si só, não se obriga.

Nessa perspectiva temos que há um plexo de preceitos éticos e morais próprios da administração pública e em desdobramento, em cada um de seus órgãos que precisam ser disciplinados tal qual qualquer outro sistema jurídico.

A moral administrativa é, portanto, o pressuposto de um ordenamento jurídico administrativo e administrativo sancionador, do qual decorrem toda sua organização.

Destarte, não se trata de conteúdo valorativo ínsito no “tipo” administrativo sancionador, pois este é extremamente pragmático e aplicável, não por si, mas por consequência da não observância de uma norma que o fundamenta ou para

²⁴³ Fato, valor e norma. Teoria Tridimensional do Direito. Miguel Reali

²⁴⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador, 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2005. p. 123.

²⁴⁵ Vale mencionar destaque de Fábio Medina Osório (p. 123): Veja-se, ademais, Heinz Mattes, *Problemas de derecho Penal administrativo, história y derecho comparado*, p. 209 ess, especialmente quando cita a doutrina de E. Wolf, que buscou embasar sua distinção nos valores presentes no direito penal e no Direito Administrativo. “El delito administrativo y el de justicia no se distinguen en la antijuridicidade formal, pero sí em la material.” Ambos ostentam “danos”, mas valorados sob perspectivas distintas. p. 211.

a organização de um sistema pré-estabelecido. No caso, o valor está na norma anterior ou no preceito que a antecedeu.

Diferentemente disso encontra-se a norma penal que é extremamente carregada de valores com maior ou menor densidade, mas sempre encontrará nesses valores seu principal fundamento. A título de exemplo temos o tipo penal constante do artigo 121 do Código Penal Brasileiro: “matar alguém”. A pequena descrição é extremamente densa e carrega consigo uma imensa gama dos mais altos valores da civilização, calcados no direito a vida. Por que não devemos matar alguém? De que vida estamos falando? A vida intrauterina é vida? e a vida inviável? Pode permitir eutanásia? E a justificativa do réu? Ou o comportamento da vítima? Quem era a vítima, um jovem estudante ou um agressivo assaltante que lhe ameaçava? A resposta para cada uma dessas simples questões está envolta em tantos e tão complexos valores que, por vezes, não são encontradas. O fato é que na aplicação da pena, o juiz lidará com todos eles, além dos próprios valores que o acompanham, pois o juiz é imparcial, mas não é um autômato.

Já a sanção administrativa é pragmática, formal e com pouca densidade valorativa. O que dizer do dispositivo do Código de Trânsito Brasileiro, Lei Federal que sanciona o estacionamento em local proibido? Primeiro que o local proibido será estabelecido em outra norma, esta de estatuta municipal. Nela não conterà qualquer valor. Ao estabelecer que em determinado trecho da cidade não é permitido estacionar, está a municipalidade cumprindo seu papel de organização da vida na cidade. Os eventuais estudos técnicos que delimitam aquele local como de estacionamento proibido, são meras considerações jurídicas funcionais, sem qualquer conteúdo axiológico.

Estamos diante de uma das principais diferenças entre a pena e a sanção administrativa. A pena visa proteger um sem-número de valores da condição humana, que vai desde a vida, passando pela integridade física, segurança patrimonial, psíquica, saúde, etc. Os tipos penais bastam em si, são comandos à sociedade que, em regra, não necessitam de qualquer outra base normativa. Tem valores como sustento e se aplicam a todos.

Já a sanção administrativa é, em regra, desprovida de valor *per se*. Seu pragmatismo é fundamento para um funcionalismo nato. Não há discussão a cerca deste funcionalismo, até porque essa é a base da norma administrativa e a sanção é seu instrumento.

Portando, a fraca densidade valorativa dos preceitos punitivos no direito administrativo sancionador são sua característica. Os valores a serem protegidos constam de outras normas que disciplinam a vida em sociedade. A sanção administrativa visa portanto a defesa daqueles outros valores que não constam de sua descrição pragmática. Se faz necessária a complementação de uma previsão sancionatória com os preceitos dos valores ético-institucional. Uma forma de densidade axiomática extrínseca.

CAPÍTULO 7. PRINCÍPIOS DE DIREITO E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Não se pode olvidar do papel dos princípios na estrutura, tanto hermenêutica como dogmática, nos sistemas jurídicos atuais. Há muito que os princípios deixaram uma faceta direcionada ao intérprete como valor abstrato e passaram a fazer parte da vida cotidiana como norma, inclusive com pretensão concretizante.

Sabemos por meio de Alexy, Dworkin e outros, que os princípios são mandamentos que permeiam o ordenamento jurídico, retirados que são de valores basilares de cada sociedade, mandados de otimização²⁴⁶.

A hermenêutica jurídica se socorre desses núcleos abstratos de valor para, a partir deles, desenvolver ordenamentos sob seus aspectos de forma a garantir que aqueles valores sociais outrora reconhecidos, influenciem toda a normatividade posta ou suposta.

No sentido proposto, os princípios seriam então o ponto de partida para o entendimento do ordenamento jurídico sob análise ou até mesmo como suporte normativo para a concretização de direitos²⁴⁷.

Seriam os princípios, no entanto, interpretados da mesma maneira em todas as perspectivas em que são aplicados? Se os princípios permeiam sistemas jurídicos, não seriam então também influenciados por eles? A resposta às proposições fundamenta nossa teoria segundo a qual o Regime Jurídico Administrativo e por conseguinte, o Regime Jurídico Administrativo Sancionador influenciam a principiologia constitucional, para recebê-la como pressuposto hermenêutico, fonte de interpretação, mas também são influenciados por ela.

Não se trata da defesa do Regime Jurídico Administrativo como único definidor das características e aplicabilidade das normas de direito administrativo e de direito administrativo sancionador, pelo contrário, o regime jurídico específico seria mais um dos fundamentos da vertente epistemológica própria e reconhecível como densa o suficiente para se por de pé, como *standard* de uma nova ordem.

²⁴⁶ Ver ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015

²⁴⁷ Ver Barroso, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6.a ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Na Constituição Federal de 1998 estão elencados uma série de princípios explícitos e implícitos e que garantem um devido processo legal. Tais princípios, de um modo geral, parecem ser direcionados para o processo judicial criminal. Temos com exemplo, o princípio do Juiz natural (artigo 5º, incisos XXXVII e LIII), do contraditório e da ampla defesa (Artigo 5º inciso LV), da vedação às provas ilícitas (artigo 5ª, inciso LVI), da motivação das decisões judiciais (artigo 93, inciso IX), da razoável duração do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII), da publicidade do processo (artigo 5º, inciso LX), presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII). Muitos dessas garantias estão previstas em convenções internacionais, tais como a Convenção Americana de Direitos Humanos.

A conhecida e sempre lembrada lição de Robert Alexy²⁴⁸ é no sentido de que princípios constituem mandamentos de otimização, que podem ser realizados em diversos graus e que devem ser observados na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas.

Os aspectos jurídicos e fáticos que envolvem o direito administrativo e o Direito Administrativo Sancionador como seu instrumento, são sensivelmente diferentes do contexto da pena que se aplica por si na medida de seu próprio objetivo.

Se, em caso de punições, em nossa Constituição Federal, o princípio da legalidade foi diretamente dirigido, enquanto previsão dogmática, às sanções penais, é possível entender que sua aplicação enquanto princípio pode ter conotação diversa no que se refere ao direito administrativo sancionador.

As preocupações relacionadas à efetividade das sanções administrativas no sentido da eficácia da norma para qual serve de instrumento, devem ser levados em consideração na aplicação prática da dogmática baseada em princípios que inclusive servem de garantia para o cidadão administrado.

A importância da discussão está no fato de que a interpretação de cada princípio constitucional e a definição de sua aplicação direta (hoje defendida por muitos²⁴⁹) ou influência na dogmática decorrente, será preponderante para a

²⁴⁸ Cfr. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

²⁴⁹ Cfr. Barroso, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6.a ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

definição dos rumos de aplicabilidade do direito administrativo sancionador como ramo próprio.

Não é outra a posição do Tribunal Constitucional Espanhol para quem *“la recepción de los principios constitucionales del orden penal por el derecho administrativo sancionador no puede hacerse mecánicamente y sin matices, esto es, sin ponderar los aspectos que diferencian uno y otro sector del ordenamiento jurídico”*²⁵⁰.

O professor peruano Eduardo Melgar, sustenta que a transposição de garantias e princípios de direito penal para o direito administrativo sancionador, ainda que se parta de uma dita “natureza comum” deve considerar os diferentes fundamentos e funções que cada um cumpre no ordenamento de condutas sociais e atividades de gestão. Afirma ele que os preceitos de direito penal não podem ser tidos como imutáveis, pelo contrário, devem ser adaptados de um espaço a outro, tendo como limite o pleno respeito aos direitos contidos na Carta Política²⁵¹

Da mesma forma, os princípios da prevenção e precaução em direito ambiental tem uma lógica de aplicação mesmo antes do cometimento de qualquer infração tendo em vista a necessária tutela imediata do meio ambiente por parte da Administração, sendo a ela, inclusive, possível a responsabilização objetiva do poluidor. Nesta esteira, a responsabilização objetiva de empresas enquadradas na lei anticorrupção (Lei 12.846/2013). São todas medidas diversas daquelas existentes num mundo garantista penal, pois não tem o mesmo fundamento, objetivos e consequências.

Ferrajoli é cirúrgico quando assevera ser a função jurisdicional de aplicação de pena criminal, única e específica da jurisdição penal, sendo, nesse sentido, diverso das demais funções do Estado²⁵². Não é possível comparar a

²⁵⁰ STC 76/1990 de 26 de abril de 1990

²⁵¹ Córdova, Eduardo R. Melgar. **“Quien mucho abarca poco aprieta: Algunas consideraciones a favor de la utilización de la tipificación indirecta”**, Revista de Derecho Administrativo, año I, n° 2 (diciembre 2006): 284-285.

²⁵² Luigi Ferrajoli, Derecho y razón – Teoría del garantismo penal. Madrid: Ed. Trotta. 1995. p. 56: “Está claro que, diversamente do conhecimento científico, as decisões sobre a verdade que intervêm no juízo penal expressam um *poder*, dado que formam o pressuposto do silogismo prático que se conclui numa sentença, seja de absolvição seja de condenação. Trata-se, contudo, de um poder de “comprovação” ou de “verificação”, diverso de qualquer outro poder público e tipicamente próprio da função judicial”.

sentença penal com seu silogismo prático, com uma decisão administrativa, ainda que de punição.

Propomos uma leitura de princípios básicos construtores de um Estado Democrático de Direito a partir de uma visão e aplicabilidade no Direito Administrativo e no Direito Administrativo Sancionador, tentando demonstrar a necessária adequação ao sistema próprio sob pena de desnaturação da finalidade perseguida pelo Estado.

Selecionamos alguns dos principais princípios estruturantes das garantias fundamentais do indivíduo, somente como referencial. Senão vejamos:

7.1 Princípio da legalidade

A legalidade é uma expressão do Estado Democrático de Direito, disciplina e controla toda a atividade administrativa. A teoria clássica sobre o princípio da legalidade o coloca como ponto central de um sistema. A definição comum de que, enquanto o cidadão pode fazer tudo que a lei não proíbe, a Administração somente pode agir nos termos do que ela disciplina, é conhecido de todo operador do direito²⁵³.

É de Caio Tácito²⁵⁴ a afirmação segundo a qual o episódio central da história administrativa no século XIX é a subordinação do Estado ao regime de legalidade e o Executivo somente opera dentro dos limites traçados pelo Legislativo. O marco da implantação do liberalismo se deu com a Revolução Francesa, no Século XVIII, que pretendeu com a legalidade a proteção das liberdades e patrimônio das pessoas livres do jugo autoritário²⁵⁵.

A vinculação da Administração Pública ao princípio da legalidade, está ordenado de forma expressa no Art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988,

²⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 2016, Malheiros, São Paulo. pág. 82. Para Hely Lopes Meirelles, “na Administração não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”.

²⁵⁴ TÁCITO, Caio. **Evolução Histórica do Direito Administrativo**, in Temas de Direito Público, vol. I, ed. Renovar. Rio de Janeiro: 1997. pág. 2. São palavras de Caio Tácito: “O episódio central da história administrativa do século XIX é a subordinação do Estado ao regime de legalidade. A lei, como expressão da vontade coletiva, incide tanto sobre os indivíduos como sobre as autoridades públicas. A liberdade administrativa cessa onde principia a vedação legal. O Executivo opera dentro dos limites traçados pelo Legislativo, sob a vigilância do Judiciário.”

²⁵⁵ Idem.pág. 338.

Senão vejamos: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade (...)”.

Não podemos passar ao largo da crítica trazida por Gustavo Binenbojm segundo o qual o princípio da legalidade como pressuposto intransponível do agir administrativo estaria em crise. Para ele, o reconhecimento de uma força normativa dos princípios constitucionais que se revestiriam de verdadeiros mandamentos concretizantes, ligaria o agir da administração diretamente à Constituição.

Para a discussão da aplicação do princípio da legalidade ao direito administrativo sancionador, pouco importa a vinculação à doutrina clássica que vê na lei o único parâmetro da atuação administrativa ou a aceitação da teoria de Binenbojm²⁵⁶ e Barroso que buscam diretamente na fonte constitucional a base normativa suficiente. É assim, porque em sede de direito administrativo sancionador, entendemos a aplicação do princípio da legalidade, vinculando a Administração tanto aos valores constitucionais, quanto a forma legal, em si. A diferença está na relação da Administração com o cidadão, aquele mesmo que somente seria obrigado a fazer ou deixar fazer qualquer coisa, somente em virtude de lei e sabemos não é bem assim.

O princípio da legalidade na ceira do Direito Administrativo Sancionar tem especial aplicação, necessariamente modulada, para atender a finalidade de regular a aplicação de sanções decorrentes da infração de outras normas que não aquelas diretamente sancionadoras. No caso, uma legalidade diversa daquela verificada no direito penal²⁵⁷.

²⁵⁶ Cfr. BINENBOJM, Gustavo. Da **Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade. Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo**. in Interesses Públicos Versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2007.

²⁵⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**, 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2005. pág. 257. Especialmente no Direito Administrativo Sancionador, vigora, sem dúvida, a legalidade dos tipos sancionadores, porém com importantes distinções em relação à legalidade penal, em virtude das fontes diversas de aplicação. Vale anotar que o Direito Penal conta com previsões mais concentradas e especializadas, rígidas e historicamente concebidas à luz de determinados paradigmas. Já a legalidade do Direito Administrativo Sancionador tem origens um tanto quanto diversas, embora guardando raízes comuns, não conta com o mesmo histórico e vem desempenhando funções mais flexíveis, dentro do leque imenso de demandas que desembocam nas Administrações Públicas, as quais são os principais atores desse ramo jurídico, embora não tenham titularidades privativas.

Oportuno ressaltar o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2998²⁵⁸, onde a Ordem do Advogados do Brasil questionava o parágrafo primeiro do artigo 161 do Código de Trânsito Brasileiro. No texto atacado havia previsão de que as infrações de trânsito cometidas em relação às resoluções do CONTRAN, conforme definição do *caput*, teriam suas penalidades e medidas administrativas definidas nas próprias resoluções²⁵⁹.

Os eminentes Ministros da Suprema Corte evocaram os princípios da legalidade e da reserva legal, para reconhecer que o CONTRAN não pode inovar no mundo jurídico estabelecendo penalidades inexistentes no Código de Trânsito Brasileiro, mas tão somente exercer seu papel regulamentador. Como dito, foi trazida ao tribunal a discussão sobre o parágrafo único do Art. 161, da Lei nº 9.503/1997 que afirmava que: “As infrações cometidas em relação às resoluções do CONTRAN terão suas penalidades e medidas administrativas definidas nas próprias resoluções.” A decisão final foi pela nulidade do parágrafo único.

Ocorre que no deslinde do julgamento foi suscitada a possibilidade de que também o *caput* do Art. 161 do CTB, precisasse de reparo. O texto estabelecia constituir infração de trânsito a inobservância de qualquer preceito daquele código, da legislação complementar ou **das resoluções do CONTRAN**.

Sendo assim, a argumentação do relator Ministro Marco Aurélio foi no sentido de que o texto não precisaria ser suprimido, mas tão somente receber

²⁵⁸ Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou prejudicada a ação quanto ao art. 288, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro - CTB, vencido o Ministro Marco Aurélio (Relator), que o declarava inconstitucional. Por maioria, julgou improcedente a ação, declarando-se a constitucionalidade dos arts. 124, VIII, 128, e 131, § 2º, do CTB, vencido o Ministro Celso de Mello. Por unanimidade, deu interpretação conforme a Constituição ao art. 161, parágrafo único, do CTB, para afastar a possibilidade de estabelecimento de sanção por parte do Conselho Nacional de Trânsito. Por maioria, declarou a nulidade da expressão “ou das resoluções do CONTRAN” constante do art. 161, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber.

²⁵⁹ Lei 9.503/1997: Art. 161. Constitui infração de trânsito a inobservância de qualquer preceito deste Código, da legislação complementar ou **das resoluções do CONTRAN**, sendo o infrator sujeito às penalidades e medidas administrativas indicadas em cada artigo, além das punições previstas no Capítulo XIX.

Parágrafo único. As infrações cometidas em relação às resoluções do CONTRAN terão suas penalidades e medidas administrativas definidas nas próprias resoluções.

interpretação conforme para esclarecer que as resoluções do CONTRAN deveriam estar de acordo com o Código de Trânsito Brasileiro.

Em julgamento apertado a decisão final do Pretório Excelso decidiu por anular a expressão “das resoluções do CONTRAN” do *caput* do Art. 161 e suprimi-la do artigo.

Ao prestar um desserviço à técnica, o Senhor Ministro Presidente Dias Toffoli declarou que gostaria de acompanhar o voto do relator no sentido de manter intacto o *caput* do art. 161, com interpretação conforme, até por concordar com seu argumento, mas votaria acompanhando outros Ministros para que o julgamento não fosse suspenso pelo empate²⁶⁰.

Como dito, o Supremo Tribunal Federal perdeu a oportunidade de discutir a aplicação do princípio da legalidade e sua influência específica frente ao regime jurídico administrativo.

Ocorre que, mesmo que *an passant*, o Ministro Ricardo Lewandowski, relator do acórdão, expressa a dificuldade de estabelecer limites à atuação da Administração Pública no que se relaciona à legalidade. Veja o que diz o Ministro em seu voto:

No Código de Trânsito brasileiro, já há a tipificação de infrações de trânsito, infrações administrativas e mesmo infrações penais, abertas, tipos abertos, que dependem da complementação por parte do Conselho Nacional de Trânsito, ou seja, ele não vai inovar no mundo jurídico. Por exemplo, cito: "trafegar em excesso de velocidade", quem vai estabelecer qual é a velocidade, por resoluções, sempre é o CONTRAN; a partir de uma norma aberta, um tipo administrativo, ou penal, aberto, e o CONTRAN acaba complementando.

O que, a meu ver, pedindo vênias aos entendimentos contrários, não é possível - e aí a conjugação do *caput* com o parágrafo - é o CONTRAN inovar no mundo jurídico, sem nenhuma previsão do

²⁶⁰ Voto do Ministro Dias Toffoli na ADI 2998: Na verdade, eu o acompanharia também quanto ao art. 161, cabeça - como Vossa Excelência costuma dizer -, mas, se eu o fizer, chegaremos a um impasse: haveria um empate de cinco a cinco, e teríamos de suspender o julgamento. Esta cadeira de Presidente me impõe, então, a racionalidade e a eficiência dos nossos julgados. Embora tenha acompanhado inicialmente o Relator, vou aderir à divergência, somando o sexto voto a favor da posição do Ministro Ricardo Lewandowski. Pode ser consultada: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753360980>

próprio Código de Trânsito Brasileiro, e já estabelecer uma sanção; o que é possível é ele complementar a norma. Então, acho que essa divisão que o Presidente levantou é possível, até porque, se ele não estiver complementando a norma legal, não vai existir sanção.

Se ele criar só a tipificação e não puder estabelecer sanção - e aqui me parece que não há divergência em relação à impossibilidade de estabelecimento da sanção -, então, obviamente, levaria a interpretação do caput que o CONTRAN pode complementar as normas legais abertas, que estabelecem as já elementares abertas, e a sanção; aí, ele complementa. Porque, senão, fica sem sentido também ele poder estabelecer uma nova infração sem nenhuma sanção.

Percebe-se do aludido voto que, mesmo sem apresentar maior rigor jurídico argumentativo, o Ministro Lewandowski acaba por consagrar uma abordagem diferenciada do princípio da legalidade por meio da Administração Pública, ao rechaçar a possibilidade de criação e aplicação autônoma de sanção por meio de resoluções do CONTRAN, mas entendendo possível a tipificação com base em previsões legais já existentes.

Nesse sentido o Tribunal Regional Federal da 3ª Região foi mais feliz quando do julgamento da Apelação Civil nº 0006615-34.2011.4.03.6100/SP²⁶¹.

²⁶¹ APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006615-34.2011.4.03.6100/SP. – TRF1 Desembargador Federal José Lunardelli: Insurge-se ainda o apelante no tocante à penalidade aplicada em face da infração ao inciso XXXVIII do art. 3º da Portaria Ministerial 1534/02. Alega a impossibilidade de punição por infração não contida no Estatuto dos Servidores Públicos Federais.

A Portaria Ministerial 1.534/02 instituiu o Regulamento Disciplinar do Departamento de Polícia Federal e, como tal, é natural que atenda às especificidades do referido cargo. O Regulamento não destoia da Lei 8.112/90, sendo certo que somente pormenorizou as generalidades previstas no Estatuto dos Servidores, sem colidir formal ou materialmente com este, na medida em que se limita a classificar e especificar as possíveis transgressões do policial rodoviário federal, atendidas as peculiaridades do cargo.

Ademais, a própria Lei 8.112/90, suscitada pelo apelante, elenca, dentre os deveres funcionais dos servidores, a observância de regulamentos, senão vejamos:

"Art. 116. São deveres do servidor:

III - observar as normas legais e regulamentares;"

Desse modo, inexistente qualquer vício na punição do servidor com base no Regulamento Disciplinar do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, que, não necessariamente, precisa ter um correspondente na Lei 8.112/90.

A penalidade foi cominada conforme previsão da Portaria 1.534/02, tendo atendido aos pressupostos da legalidade. Ressalto, ainda, que a penalidade aplicada situou-se dentro dos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, não havendo como acolher-se a alegação de nulidade formulada pelo apelante.

No caso, servidores públicos federais pretendiam a anulação de penalidade aplicadas com base no Regulamento Disciplinar da Polícia Rodoviária Federal instituído por meio da Portaria 1534 do Ministro de Estado da Justiça. A alegação foi a de que não seria possível a aplicação de punição não prevista no Estatuto do Servidor Público, leia-se Lei 8.112/90.

Em sua decisão o tribunal assentou que ao não confrontar a lei e tão somente especificar condutas próprias do cargo, utilizando como penalidades, inclusive, aqueles constantes da própria Lei 8.112/90, o Regulamento Disciplinar, ainda que instituído por portaria, era válido.

Na fundamentação do acórdão, o Tribunal esclareceu que na própria Lei 8.112/90, em seu Art. 116, inciso III, que é dever do servidor público observar normas legais e regulamentares sob pena de punição.

Nas relações de especial sujeição fica ainda mais evidente a aplicação específica do princípio da legalidade²⁶². É patente tal conotação, pois não seria possível a previsão em legalismos estanques das várias possibilidades de regulamentação da atuação diária de servidores públicos dos mais diversos cargos e atribuições ou de presos nos presídios de norte a sul, ou de militares.

Se ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, inciso II da CF), em sede de direito penal estávamos falando em sentido material e formal. Não é possível, por exemplo, a definição de crimes e tipos penais por intermédio de medida provisória, matéria reservada à lei em sentido formal²⁶³.

No entanto, por ato administrativo do chefe da repartição, este pode determinar que tais ou quais servidores devam trabalhar trajando nova indumentária fornecida pela administração sob pena da sanção administrativa prevista. É possível ao administrador organizar o sistema de trabalho ou prever

²⁶² MELLO. Rafael Munhoz, **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Malheiros. 2007. Pág. 165. A “modulação específica del principio de legalidade” que incide nas relações de especial sujeição tem relevância no direito administrativo sancionador, como não poderia deixar de ser. É geral a opinião de que em tal campo ocorre uma “relativização” do princípio da legalidade, admitindo-se que os regulamentos desempenhem papel mais importante na configuração dos ilícitos administrativos e respectivas sanções. Veja-se a opinião de Daniel Ferreira: “para os regimes de sujeição especial há de se reconhecer uma solução mais flexível: previsão em lei das possíveis sanções e autorizações genérica na lei para estatuição das infrações.

²⁶³ Ver. art. 62, § 1º, inciso I, da CF que veda a relação do direito penal e do processo penal por meio de medida provisória.

em norma interna que o não preenchimento de determinado formulário com os dados dos cidadãos atendidos é uma infração e será punida. Ou que o banho de sol dos detentos será numa ala específica do estabelecimento prisional sob pena do cometimento de uma indisciplina.

São incalculáveis as possibilidades de normatização de obrigações de fazer ou deixar de fazer sem que tais estejam previstas em lei. Se no âmbito da relação de especial sujeição as possibilidades são mais evidentes, não quer dizer que não existam na relação da Administração com o Administrado sem vínculo.

O advento da pandemia COVID-19, nos mostrou, por exemplo, a regulamentação de diversos direitos fundamentais do cidadão por meio de Decretos das Administrações Públicas Estaduais e Municipais. A título de exemplo temos a Ação Direta de Inconstitucionalidade 6855, impetrada pelo Presidente da República do Brasil contra Decretos Estaduais que no contexto da pandemia aludida, restringia direitos fundamentais, tais como a livre circulação de pessoas, com a adoção de toques de recolher, restrição à livre iniciativa com o fechamento de comércios, determinação de uso de máscaras de proteção etc. Os atos administrativos restritivos de direito trazem em si sanções administrativas, inclusive de ordem pecuniária.

Em sua decisão o Supremo Tribunal Federal entendeu como legais os decretos estaduais restritivos e argumentou a adoção dos princípios da precaução e da prevenção, não sendo necessária autorização federal para a adoção de tais medidas²⁶⁴.

Fábio Medina concorda que a legalidade administrativa diverge da legalidade penal, tendo em vista suas características próprias²⁶⁵.

²⁶⁴ ADI 6855 MC / RN - RIO GRANDE DO NORTE. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Julgamento: 23/06/2021. Publicação: 28/06/2021

²⁶⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador, 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2005. 147. A legalidade penal sofre variações no interior do sistema penal, mas não deixa de ostentar características fundamentais que a tornam uma “legalidade penal”. E é claro que as variações são ou podem ser muito relevantes, dependendo da classe de ilícitos submetidos ao crivo dos juristas e julgadores. De outro lado, a legalidade do Direito Administrativo Sancionador não se identifica, substancialmente, com a legalidade penal. Todavia, é possível que essa legalidade do Direito Administrativo sofra alterações de acordo com os casos tutelados, não incidindo de modo uniforme nas diversas relações jurídicas submetidas ao seu crivo. E é possível que essa mesma legalidade cumpra funções similares àquelas conferidas à legalidade penal, desde que ambas se reconduzam a normas superiores de vinculação comum.

Portanto, pelo demonstrado, fica patente que a aplicabilidade do princípio da legalidade em âmbito administrativo sancionar é peculiar e especificamente diverge de sua aplicação em termo de direito penal. Isso não quer dizer que o administrador tenha uma carta em branco para criar livremente normas e sanções, não é isso. O que tentamos demonstrar é que para que a Administração Pública tenha condições de organizar a sociedade do ponto de vista do funcionamento das coisas da cidade, precisa adotar posições ágeis e imediatas que por vezes restringem direitos, determina o fazer ou deixar de fazer, com base em leis, no entanto, no exercício do poder de controle social previsto na supremacia do interesse público.

Para Alice Voronoff o direito administrativo sancionador não pode e nem deve tomar como parâmetro a perspectiva da legalidade existente como a praticada no direito penal, no sentido de um instrumento rígido de proteção dos indivíduos e suas liberdades contra o arbítrio estatal. A aplicação direta da legalidade penal em seara de Direito Administrativo Sancionador não é defendida em termos absolutos no meio jurídico. Alice é categórica ao afirmar que “*de modo geral, diz-se que o princípio se estende à seara administrativa com matizes*”²⁶⁶.

A autora defende, ainda, com arrimo em parte da doutrina nacional, que a Emenda Constitucional 32/2001 criou uma hipótese de reserva regulamentar, significando que somente por meio de decreto presidencial seria possível tratar de matéria relativa a organização e funcionamento da administração federal²⁶⁷. Nesse sentido e partindo-se do pressuposto de uma reserva legal relativa chegaríamos à possibilidade de estabelecimento de normas e tipos administrativos a partir de remissões feitas por leis de maior ou menor densidade²⁶⁸.

²⁶⁶ VORONOFF. Alice. Direito Administrativo Sancionador no Brasil. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p. 216.

²⁶⁷ CF/88. Art. 84, VI, a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos. Nas palavras da autora.

²⁶⁸ VORONOFF. Alice. Direito Administrativo Sancionador no Brasil. Belo Horizonte: Fórum. 2018. Mas a reserva legal relativa pode ser atendida por preceitos com conteúdo normativo ainda mais rarefeito, que, ao invés da previsão das infrações e da especificação das respectivas infrações, remetam essa disciplina ao regulamento administrativo. Ou seja, estabeleçam uma cláusula de remissão, que pode ser direta ou indireta. Será direta quando a lei remeter

O penalista peruano Fernando Londoño Martínez adverte para a especificidade da aplicação do princípio da legalidade em sede de direito administrativo sancionador, ao afirmar que:

“la aplicación en el derecho administrativo sancionador del principio de legalidad y en general de todos los principios que rigen el ius puniendi del Estado, como enseña la doctrina y ha reconocido la jurisprudencia, no necesariamente debe mantener los mismos estándares de su primigenia construcción en el derecho penal, dado que pueden apartarse del tratamiento brindado en aquel ordenamiento, para adquirir una configuración que responda a las finalidades y necesidades en que tiene que operar el derecho administrativo. Esta configuración diferente no es incompatible con la naturaleza de los principios, si tenemos en cuenta que estos permanentemente modulan sus alcances como resultado o para fines de su interacción con otros principios, o también, en función a la necesidad de ponderar intereses de singular importancia para el funcionamiento de la sociedad o subsistencia del Estado, en una permanente búsqueda de equilibrio que nos enseña que, en el derecho y especialmente en materia de principios, no pueden haber absolutos y que, por el contrario, la adaptación a las realidades cambiantes es el mecanismo que asegura su subsistencia, legitimidad y cumplimiento de sus finalidades”.²⁶⁹

Nos detivemos no debate da aplicabilidade modulada do princípio da legalidade no âmbito do processo administrativo sancionador, por entendermos que a partir da visão deste importante princípio poderemos irradiar para todos os demais a noção de que não é possível ou desejável a aplicação simétrica de princípios em direito penal e direito administrativo sancionar, sob pena da perda de efetividade das ações administrativas direcionadas a organização social.

expressamente à competência do Poder Executivo para fixar os tipos e especificar as sanções cabíveis, em conformidade com a política pública estabelecida no marco legal. Será indireta quando a lei simplesmente estabelecer que o descumprimento às normas e determinações estabelecidas por certo órgão ou entidade da Administração Pública constituirá infração (hipótese de tipificação indireta).

²⁶⁹ MARTÍNEZ, Fernando Londoño. **Tipicidad y legalidade em el derecho administrativo-sancionatorio**. Revista de Derecho. Vol. XXVII – Nº 2 – Diciembre 2014. p. 147-167.

7.2 Princípio da tipicidade

Normalmente ligamos o princípio da tipicidade ao direito penal e não sem razão, já que a maioria dos diplomas jurídicos remetem de uma forma ou de outra, o tipo à legalidade da pena. Para o direito penal, tipicidade é um elemento do fato típico. O fato somente será considerado crime se for típico.

A tipicidade decorre da legalidade e é uma garantia do cidadão contra o Estado que não poderá punir sem que haja descrito o fato, anteriormente, em diploma normativo adequado. Trata-se da aplicação do princípio do *nullum crimen sine lege*²⁷⁰. Nesse sentido, a legalidade limitaria o poder estatal para aplicação da pena.

Tipo é a uma descrição de uma conduta ou comportamento. No que se refere a lei penal, trata-se de uma conduta humana descrita, como molde das condutas da vida, ou seja, quais ações são puníveis²⁷¹.

Eugénio Zaffaroni conceituou o tipo penal como sendo " um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes"²⁷².

Trata-se da previsão de um modelo abstrato, proibido e descrito em lei e sua correspondência com um fato. A Constituição Federal de 1988 trouxe previsão expressa do princípio da tipicidade em seu artigo 5º, inciso XXXIX, segundo o qual "*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*". Não se pode deixar de considerar que a pena é uma

²⁷⁰ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática. Madrid: Marcial Pons, 2003. pág. 373. "Se desejamos prevenir os abusos estatolátricos de outrora, mister se faz o desenvolvimento de um sistema político de limitação do Estado que vai muito além do simples aspecto formal da atividade política. Agora, não se vincula o Estado somente pela forma do Direito posto, mas, além disso, pelo conteúdo de um Direito intransponível e irrenunciável: o Ordenamento Constitucional".

²⁷¹ MAYER, Otto. Derecho administrativo alemán. Tomo I. Parte general. Buenos Aires: Editorial DEPALMA, 1949. p. 39.

(...) a rigorosa delimitação do tipo, que pretende significar univocamente quais ações puníveis, e a fixação de um mínimo e um máximo, que deixa a individualização da pena muitas possibilidades, imprimem o selo do direito penal de nossa época.

²⁷² ZAFFARONI, Eugénio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, Parte Geral. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 11ª Ed. 2015.

manifestação de violência do Estado contra o cidadão que tem direitos fundamentais revogados ou tolhidos à força. O tipo penal é uma limitação à violência da pena, ou, como dito, a legalidade é o limitador da violência, o controlador da retributividade.

Toda a construção do direito penal está fundamentada na aplicação da pena e a tipicidade é aspecto da legalidade para a contenção do arbítrio estatal. Ocorre que, como já dito, a tipicidade não é exclusiva do direito penal e encontra no direito administrativo sancionador, aplicabilidade sob o aspecto da segurança jurídica e não surpresa.

A definição da normativa aplicável ao caso concreto não surpreenderá o usuário com “a imposição de uma medida punitiva que desconhecia, escolhida arbitrariamente pela Administração Pública”²⁷³.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o pressuposto das sanções administrativas é o de que as pessoas devem saber, antecipadamente, a possibilidade de existência de risco de uma sanção. Que devem saber qual conduta não devem adotar²⁷⁴.

Portanto, o sentido da doutrina de direito administrativa sancionador brasileira é na direção da necessária existência de prévia descrição dos fatos tidos por ilícitos, para previsibilidade e proteção do administrado, seja pela necessária segurança jurídica, seja pelos limites impostos pela legalidade.

Mas qual seria a extensão e aplicabilidade do princípio da tipicidade em sede de direito administrativo sancionador? Seria o mesmo daqueles previstos em direito penal, ou encontraria nuances próprias? Tentaremos então encontrar respostas que esclareçam as proposições levantadas.

A Ministra Carmem Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF n.º 353 considerou que são diversas as aplicações da tipicidade no direito administração sancionar e no direito penal. Escreveu: “*A aplicabilidade do princípio da tipicidade às infrações administrativas não tem a mesma extensão da matéria penal. É assente na doutrina ser aceitável que as normas legais tificadoras de ilícitos administrativos contenham termos e expressões abertas*”

²⁷³ MELLO, Rafael Munhoz, **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Malheiros. 2007. pág. 134.

²⁷⁴ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 2015, Malheiros, São Paulo. p. 819.

*cujo sentido há de ser determinado, em cada caso e objetivamente fundamentado, pelo administrador*²⁷⁵.

Após discorrer longamente sobre sua defesa do princípio da tipicidade e da legalidade, ressaltando a imprescindível tipicidade no direito administrativo sancionador, Rafael Mello acabou por concordar que o princípio da tipicidade que se adota no Direito Penal e seu código, não é necessariamente o mesmo que se adota em sede de direito administrativo sancionador²⁷⁶. Para ele há casos em que a descrição típica da infração administrativa ganha o mesmo contorno do tipo penal, mas é raro. O autor esclarece que as infrações administrativas são, em geral, tipificadas em normas que disciplinam o modo de atuação dos particulares, sendo as sanções administrativas, geralmente, prevista de modo secundário. Mello cunhou então o conceito de tipificação indireta²⁷⁷.

A tipificação indireta não violaria o princípio da tipicidade, na medida em que seria possível identificar a conduta que venha constituir infração administrativa²⁷⁸.

²⁷⁵ Supremo Tribunal Federal. ADPF 353, Ministra Cármen Lúcia. PUBLICAÇÃO DJE 30/06/2021 - ATA Nº 113/2021. DJE nº 128, divulgado em 29/06/2021.

²⁷⁶ MELLO. Rafael Munhoz, Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 143-144.

²⁷⁷ Idem. Nas palavras de Rafael Mello: Sendo assim, com frequência a tipificação das infrações administrativas é indireta. A lei formal arrola os deveres dos particulares e, noutro dispositivo, determina que a inobservância de tais deveres é infração administrativa punível com determinada sanção. Na tipificação indireta, o dispositivo legal que prevê a infração administrativa faz referência a outro dispositivo, no qual foi estipulada uma obrigação ou proibição, cuja inobservância caracteriza ilícito administrativo.

²⁷⁸ Tribunal Constitucional espanhol, Sala 1ª, RTC 1994/6, Sentencia de 17.01.1994, n. 6/94, Recurso de Amparo 690/92, relator D. Fernando Garcia Mon y Gonzalez Regueral. "Si bien es cierto que el alcance de la reserva de ley en el ámbito administrativo sancionador no puede ser tan estricto como em el caso de los tipos y sanciones penales – sea por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, sea por el carácter em certo modo insuprimible de la potestade reglamentaria em ciertas matérias (STC 2/1987 (RTC 1987/2) -, no lo es menos que aquel precepto constitucional exige, em todo caso, 'la necessária cobertura de la potestade sancionadora de la Administración presentan". Ello significa que la reserva de ley no excluye em este ámbito 'la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible uma regulación independiente y no claramente subordinada a le ley' (STC 83/1984 (RTC 1984/83). Por consiguiente, la colaboración reglamentaria em la normativa sancionadora sólo resulta constitucionalmente lícita cuando em la ley que le ha de servir de cobertura queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conduta antijurídica y la naturaliza y limites de las sanciones a imponer (STC 3/1988, fundamento jurídico 9º). El artículo 129.3 LPC há intentado precisar esa colaboración reglamentaria: las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaliza o limites de las que la ley contempla, contribuyen a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes. Sin embargo, el Reglamento de desarrollo de

Por fim, Rafael Mello admite que a ideia de tipificação indireta das infrações administrativas demonstra o reconhecimento “*das peculiaridades do direito administrativo sancionador em face do direito penal*”. Para ele, o direito administrativo não tem por objeto normas que tornam “*ilícitos comportamentos reputados contrários à ordem social, tipificando-os como crimes. O direito administrativo tem por objeto normas jurídicas que disciplinam o exercício da função administrativa (...)*”²⁷⁹.

Fábio Medina Osório comentou o princípio da tipicidade como sendo uma garantia comumente vinculada ao Direito Penal, mas que seria um fenômeno do direito. Destarte, os tipos então são trabalhados no direito da Administração e desempenham funções relacionadas ao desdobramento do princípio da legalidade²⁸⁰.

O autor faz uma defesa aguerrida da tipicidade em direito administrativo sancionador, afastando quase que por completo ideia de cláusulas gerais ou tipos vagos e fundamentando também na segurança jurídica a necessidade de tipos certos, anteriores e determinados. Critica as normas em branco e chama a atenção para o limite dessa técnica para que não seja ampliada demasiadamente a discricionariedade do julgamento pela administração pública. Diz ele que “*a garantia da tipicidade não pode ser interpretada em dissonância com o princípio da segurança jurídica, tendo em conta, sempre, a dinâmica interna do Direito Administrativo Sancionador, que é diferente do direito penal, mas guarda raízes comuns com a normativa que preside o Direito Público Punitivo*”. Admite, então, uma tipicidade que possa ser interpretada de modo diferente daquela do Direito Penal.

Pois bem, Medina classifica o Direito Administrativo Disciplinar como sub-ramo integrante do sistema de Direito Administrativo Sancionador. Ocorre que nesse momento admite que em sede de Direito Administrativo Disciplinar haja uma forte modulação do princípio da tipicidade, reconhecendo uma maior flexibilidade em sua aplicação. No particular, entende como possível a utilização

la LPC del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, de 4 de agosto de 1993, artículos 1.2 y 2.2, se refiere a la posibilidad de que simple Ordenanzas Locales tipifiquen como infracciones hechos y conductas, previsión claramente ilegal, además de inconstitucional”.

²⁷⁹ Ob. Cit. p. 116

²⁸⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador, 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2005. p. 240.

de cláusulas gerais ou em branco com maior amplitude, inclusive, comumente utilizados²⁸¹. Continua esclarecendo que no âmbito do Direito Administrativo Disciplinar vige a análise de conceitos abstratos como a moral ou ética administrativas, no entanto, objetivadas para alcançar aqueles valores protegidos pela Administração Pública.

Trata-se do princípio da tipicidade aplicada aos agentes submetidos à relação especial de sujeição (militares, servidores públicos, policiais, detentos etc.), que tem um dever de obediência e vinculação ativa à legalidade. Nestes casos, valores morais e éticos, desde que vinculados à uma atividade específica podem ser abarcados pela juridicidade²⁸².

Nesse contexto Maria Silva Zanella de Pietro é bastante segura quando afirma que em sede de Direito Administrativo Sancionador vige o princípio da atipicidade. Ou seja, da legalidade decorreria uma tipicidade modulada com muito maior espaço de atuação da Administração Pública e abrangência de normas com menor densidade²⁸³.

Como demonstrado, mesmo a respeitável doutrina defensora de uma legalidade forte, aplicável ao direito administrativo sancionador, mesmo esta, sucumbe à inevitável modulação na aplicabilidade concreta da tipificação, tal qual é realizada no Direito Penal. O reconhecimento da modulação mencionada se impõe, não pelo reconhecimento teórico em si, pois percebe-se um evidente incômodo nesse reconhecimento, mas, sobretudo pela real necessidade prática

²⁸¹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2005. p. 258.

²⁸² GARCÍA. ALEJANDRO NIETO, **Derecho Administrativo Sancionador**. 5º Ed. Madrid: Tcnos, 2012. p. 45. Nas palavras de Alejandro Nieto: Si esto es lo normal em el Derecho Penal (ausencia de norma primaria, que se encuentra implícita em la secundaria), em el llamado Derecho Administrativo Sancionar es más común la situación inversa: existe la norma primária, em la que se enumeran cuidadosamente las obligaciones, pero no existe la norma primaria, em la que se enumeran cuidadosamente las obligaciones, pero no existe la norma secundaria precisa, que queda sustituida por una declaraciones genérica: es infracción cuanto contratamente licita y de la que me ocupar é com detenimiento en el capítulo dedecado al mandato de tipificación.

²⁸³ Di PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018. Para Di Pietro: No direito penal, o crime constitui uma atividade típica (ação ou omissão ajustada a um modelo legal), antijurídica (contraria ao direito) e culpável. No direito administrativo, existe a exigência de antijuridicidade, que constitui aplicação do princípio da legalidade, significando que o ilícito administrativo tem que ter previsão legal. No entanto, a tipicidade nem sempre está presente, tendo em vista que muitas infrações administrativas, ainda que previstas em lei, não são descritas com precisão, ou seja, não correspondem a um modelo definido em lei.

da Administração Pública em sua função de organizadora da vida em sociedade. Questão do fenômeno, do ser.

O direito não pode negar o fato. Não é porque a lei diz que a grama é azul que ela deixa de ser verde. Se um ofício circular de um Diretor de Departamento com conteúdo normativo tem o poder de obrigar o cidadão a apresentar determinado documento em dia e hora estabelecida, que ao descumpri-lo poderá ser punido com o indeferimento de determinado direito. Como não enxergar aí uma tipicidade diversa? Por óbvio que tanto o ofício-circular, quanto o indeferimento devem estar fundamentados em atos normativos com maior densidade, entretanto, ainda assim, tem poder jurígeno.

Noutra senda, o recrudescimento de um discurso na linha de uma tipicidade estrita, inviabilizaria a atuação do prefeito de uma pequena cidade do interior que edita atos diários que possibilitam o funcionamento de uma escola, estabelecendo normas relativas e.g. ao uniforme, o funcionamento de postos de saúde, ou drástico limite de horário para circulação nas ruas, em tempos de pandemia.

O artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal que afirma não haver crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia comunicação legal é muitíssimo claro quanto a seu direcionamento penal, sem qualquer vinculação com o Direito Administrativo Sancionador. Não concordamos com a posição de Fábio Osório Medina, para quem a ausência de referência ao direito administrativo no dispositivo estaria ligada a uma ignorância de um momento histórico por parte do constituinte que não anteviu o desenvolvimento deste ramo do direito e que haveria sido deixada uma abertura à atualização da norma²⁸⁴. Não é assim. A uma porque não há qualquer espaço para a possibilidade de atualização da norma constitucional na espécie. A duas, pois não é óbvia a ignorância do legislador constituinte, muito pelo contrário.

O disposto no artigo 5º, XXXIX da CF é direcionado para questões relativas ao direito penal. Tal situação salta aos olhos com a utilização de termos muito específicos como pena, crime e lei. O desenvolvimento do próprio Direito

²⁸⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**, 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2005. p. 141.

Administrativo Sancionar não permite que ele acolha para si, por simples interpretação, um preceito constitucional evidentemente elaborado para outro ramo do direito, quando já conhecido de há muito o próprio conceito de sanção administrativa. A ideia seria a de reconhecimento nos dias atuais de garantias previstas hoje, mas que na verdade já eram conhecidas no momento da elaboração da norma constitucional. As doutrinas que defendiam e defendem até os dias de hoje uma legalidade modulada em termos de direito administrativo sancionador eram conhecidas na época e o desenvolvimento da sanção administrativa não sofreu nenhuma brusca modificação desde 1988, muito pelo contrário.

Noutra linha argumentativa, temos que topograficamente muito próximo do artigo 5º, inciso XXXIX está o inciso LV, que trata do contraditório e da ampla defesa. *In verbis: LV – aos litigantes em processo judicial ou administrativo, aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.* Neste caso, no mesmo artigo e poucos incisos depois, ainda falando de garantias aos acusados, o constituinte mencionou o processo administrativo. Isso demonstra que não houve esquecimento ou ignorância. Houve sim o reconhecimento de que a legalidade/tipicidade penal é específica e não abarca o Direito Administrativo Sancionador, sob pena de tolher a Administração Pública na sua mais específica função.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Chileno, Corte Suprema daquele país, considera a potestade sancionatória da Administração Pública, como instrumento a serviço do bom funcionamento da máquina pública e aceita uma ideia de tipicidade modulada, ou com matizes ou alargada, por entender o papel dessa mesma Administração e dificuldade de uma tipicidade no modelo penal. No STC Rol nº 2264 (2013), cons. 38º afirma:

“el legislador no puede ir más allá, porque no puede prever la infinidad de incumplimientos en que puede incurrir una determinada empresa. Para ilustrar lo anterior, baste considerar que la Ley de Servicios Eléctricos tiene 225 artículos y el Reglamento de esta ley (D.S nº 327/98, Ministerio de Minería) tiene 327 artículos. La mayoría de estas disposiciones establecen para las empresas, que eventualmente pueden ser transgredidos. La única forma que encuentro el legislador de englobar todos estos

deberes, es sancionando la infracción de normas y el incumplimiento de instrucciones y órdenes.”²⁸⁵

Nesse sentido, o tribunal acabou por rechaçar a ideia de tipos fechados e específicos em sede de sancionatório administrativo.

Portando, nos parece inadequado o controle do Direito Administrativo Sancionador por meio de uma tipicidade estrita, como por exemplo a do direito penal. Em direito sancionador, a legalidade da qual a tipicidade é corolário, cria um padrão normativo. Cada entidade administra adequa sua atuação àquele padrão, e seus regimentos internos nele se baseiam. Ocorre que um simples ofício circular de uma pequena prefeitura pode criar proibições e, portanto, “tipos” administrativos que se conectem àquele padrão e à lei. É o exemplo do direito administrativo disciplinar, senão vejamos: O chefe de uma repartição pode informar a todos que a partir daquela data fica proibido que se estacionem veículos particulares no local destinado aos veículos oficiais. Se o órgão for do executivo federal, aquele ofício-circular se liga diretamente à lei que disciplina ser dever do servidor observar as normais legais e regulamentares.

7.3 Princípio da Intranscendência da Sanção

No ordenamento jurídico brasileiro temos a previsão constitucional presente no inciso XLV do Art. 5º no sentido de que nenhuma pena deva passar da pessoa do condenado e que a eventual obrigação de reparar o dano ou decretação de perdimento de bens, deve se manter no limite do patrimônio transferido²⁸⁶.

A pena criminal somente pode atingir o sentenciado²⁸⁷. As palavras de Cernicchiaro resumem muito bem a norma contida no texto constitucional. Nesse sentido, a pena somente aflige quem cometeu o ilícito. Mesmo a necessidade de

²⁸⁵ STC Rol nº 2264 (2013)

²⁸⁶ Constituição Federal, art. 5º, inciso XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

²⁸⁷ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Costa Júnior, Paulo José. **Direito Penal e Constituição**. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995. pág. 92.

reparar eventual dano causado, não pode passar de seu próprio patrimônio, estando ele sob sua tutela ou transferido para terceiro.

Ao apresentar o conceito de ilícito, Dezan afirma que a exemplo do direito penal, o direito administrativo sancionador é pessoal e, portanto, somente o autor do ilícito deve ser efetivamente punido. Essa concepção decorreria do que para ele, seria um sistema público punitivo do qual fariam parte tanto o Direito Penal, quanto o Direito Administrativo Sancionador. Nas palavras do autor: “... *somente a pessoa acusada de ser a autora da conduta ilícita no âmbito administrativo possui legitimidade para ser punida*”²⁸⁸.

Fábio Medina compartilha a visão de Dezan. Afirma que o princípio da pessoalidade da pena (é dessa forma que o autor se refere), que é desdobramento do princípio da culpabilidade, se estende, em tese, ao Direito Administrativo Sancionador ²⁸⁹.

A posição de Rafael Melo não destoaria e afirma que ainda que não houvesse previsão expressa no texto constitucional brasileiro a respeito da pessoalidade da sanção, ainda assim seria aplicável ao Direito Administrativo Sancionador, pois trata-se de corolário lógico do princípio da culpabilidade. Portanto, o terceiro que não participou da conduta típica é inocente e não pode ser responsabilizado por ela ²⁹⁰.

Destarte, há um entendimento corrente na doutrina brasileira no sentido de que a previsão constitucional de que a pena deve somente afetar o autor do crime, não podendo ser transferida para terceiros, tem aplicação direta no direito administrativo sancionador.

Ousamos discordar dessa corrente tão fortalecida, para sustentar que no caso da sanção administrativa, o princípio da pessoalidade da pena ou intranscendência em relação ao autor, não tem a mesma aplicação daquela ocorrente no Direito Penal. É dizer que, em sede de Direito Administrativo Sancionador é possível ser punido por ato praticado por outrem.

²⁸⁸ DEZAN, Sandro Lúcio. Uma Teoria do Direito Público Sancionador. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2021. p. 15.

²⁸⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 407.

²⁹⁰ MELLO. Rafael Munhoz, Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 195.

Para o Direito Administrativo Sancionador não há, de fato, uma preocupação específica com ligação entre aquele que praticou a infração e foi sancionado e aquele que de fato sofrerá as consequências. A assertiva parece estranha e até injusta quando comparada com o instituto garantista e protetor do Direito Penal, mas guarda forte lógica no sistema de regime administrativo.

Enfrentando a questão dogmática desde logo, temos que a previsão constitucional relativa ao princípio da pessoalidade da pena (Art. 5º, inciso XLV) é diretamente direcionada ao Direito Penal e à aplicação da pena e suas consequências. O texto constitucional é bem preciso, tanto em relação aplicação da “pena”, quanto no que se refere a suas consequências.

A doutrina interpreta a possibilidade de aplicação do princípio em sede de Direito Administrativo Sancionador, tomando por base uma noção garantista que leva em consideração a aflição da pena contra aquele que praticou o crime. Revela ainda a questão da culpabilidade e as perspectivas de culpa e dolo penais, também não aplicáveis na espécie.

Como defendemos e temos tentado demonstrar, a sanção administrativa não cumpre a mesma função da pena. Enquanto esta busca retribuir o mal, castigar, a administrativa se refere à regulação e organização, com caráter eminentemente funcional. A aflição causada pela sanção administrativa não faz parte do objetivo da sanção.

Exemplo do que aqui se colocou pode ser encontrado no Código de Trânsito Brasileiro, Lei 9.503/97. A notificação por infração de trânsito é a apresentada ao proprietário do veículo que tem certa quantidade de dias para indicar o real condutor que pagará pela multa e demais medidas decorrentes. Caso o proprietário não apresente o real condutor infrator, sofrerá as consequências, sendo então responsabilizado tanto com a multa pecuniária, quando com os pontos negativos em sua CNH. No caso, o proprietário poderá ser ou não o infrator, mas será responsabilizado. Trata-se de uma ficção que considera o proprietário do veículo como infrator, ainda que não tenha sido.

Encontramos a mesma ocorrência quando tratamos de infrações administrativas ambientais. O proprietário da área de mata será responsabilizado pela derrubada de espécies protegidas, ainda que tenha sido outro o efetivo causador do dano ambiental. Não são poucos os exemplos que demonstram não

ser possível a efetiva e invariável aplicação do princípio da intranscendência em sede de Direito Administrativo Sancionador.

Ocorre que não seria mesmo possível essa aplicação acrítica, sem que se inviabilizasse aqueles objetivos da atuação administrativa que é a organização da vida em sociedade. Veja:

É vital que se organize o trânsito na cidade de modo a segurança de motoristas e pedestres. O regramento é no sentimento de que todos respeitem as normas de trânsito e assim mantenha-se a organização. Ao causador da infração é atribuída uma sanção. Ocorre que há notificações com a abordagem do infrator e aquelas realizadas sem abordagem. Seria extremamente inseguro admitir que diante de uma notificação por infração de trânsito sem abordagem, o proprietário do veículo afirmasse que não era o condutor naquele momento e atribuísse à Administração o ônus da prova da irregularidade praticada e o seu autor. Uma norma nesse sentido desorganizaria completamente o sistema que propõe a necessária segurança no trânsito.

Destarte, a legislação cria uma ficção. O proprietário é o responsável, pagará e terá a pontuação de todas as infrações de trânsito causadas na direção daquele veículo, ainda que não tenha sido o real condutor, a não ser que apresente a pessoa que de fato cometeu a infração.

O Professor Alex Van Weezel, ao ponderar acerca da aplicação de princípios penais ao direito administrativo sancionador descreveu um caso interessante julgado pelo Tribunal Constitucional Chileno. O professor se referiu a uma pessoa natural que foi sancionada em sede administrativa por infração à Lei nº 18.045 que se refere ao Mercado de Valores do Chile; A sanção imposta pela Superintendência de Valores e Seguros (SVS), constituiu-se em pagamento de uma multa substancial. Dentro do prazo legal, o sancionado deduziu recurso ao tribunal competente. O procedimento recursal seguiu seu curso em diversas instâncias. Durante a tramitação do recurso, que a corte suprema acabou por rechaçar, faleceu a pessoa multada. Quando o fisco cobrou a multa dos herdeiros, estes se negaram a efetuar o pagamento, aduzindo que a multa consistia numa sanção administrativa e, como tal, estava sujeita ao princípio da personalidade das penas. Argumentaram que, conforme o artigo 20 do Código Penal, as sanções administrativas, como manifestações do *jus puniendi* devem se sujeitar aos mesmos princípios do direito penal, ao menos em geral. O caráter

personalíssimo da responsabilidade penal – também denominado “pessoalidade das penas” – seria um desses princípios. Por isso, as multas administrativas não seriam transmissíveis aos herdeiros.

A decisão do Tribunal Constitucional Chileno foi no sentido contrário à tese apresentada. No Considerando n.º 8, da SCS 30.X.2014, Rol n.º 1079-2014, a sentença de cassação destacou que toda a discussão gira em torno da eventual aplicação dos princípios penais à potestade sancionadora da administração e uma possível “relação de semelhança” entre a sanção administrativa e a sanção penal”. No Considerando n.º 9, são aduzidas três operações para esclarecer a questão: “(i) destacar que la sanción administrativa se impone mediante um “acto administrativo”; (ii) recordar la doctrina jurisprudencial sobre las relaciones entre derecho sancionatorio administrativo y derecho penal, enfatizando la existência de “matices”, y luego (iii) desarrollar in extenso tales matices y diferencias entre los regímenes jurídicos de ambas clases de sanción”²⁹¹.

Para a Administração pública não há relevância nessa questão, pois não objetiva retribuir mal ao causador da infração, inflingindo pena. O objetivo, no caso, é regar o trânsito por meio de promessas de penalidades que previnam a infração.

7.4 Princípio do devido processo legal

O devido processo legal está insculpido na Constituição Federal Brasileira de 1988, expressamente, a saber: “Art. 5º (...) ²⁹², LIV ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Como é sabido o *due*

²⁹¹ VAN WEEZEL, Alex “Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo”. Polít. crim. Vol. 12, N.º 24 (Diciembre 2017), Art. 9, pp. 997-1043. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A9.pdf]: En otro pasaje del mismo considerando se afirma que “dicha carencia legislativa [de un régimen general para el derecho sancionatorio administrativo] y el común origen de ambas sanciones no autorizan para aplicar de manera automática las normas y principios propios del derecho penal al derecho administrativo sancionador, sino que tal aplicación debe efectuarse dentro de los márgenes del procedimiento administrativo en general y del sancionatorio en particular, sin perder de vista el contexto que tuvo en vista el legislador para optar por una u otra sanción”.

²⁹² CF. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

processo of low tem origem na Inglaterra e sua Magna Carta de 1215, e teve como objetivo a proteção da propriedade e à liberdade do cidadão frente aos excessos da monarquia vigente.

A cláusula do devido processo legal permeia todos os ramos do direito no Brasil e reconhece a necessidade de um processo formalmente descrito e observado, como também de substancialmente aplicável. Trata-se de um mandamento de amplíssimo espectro, surgido no ceio do *Common Law*, mas também desenvolvido no constitucionalismo americano e no Brasil, sob a doutrina do *Civil Law*.

Trata-se de um princípio constitucional presente no direito público, mas também no direito privado. Se reconhece que não é possível a privação do direito de outrem sem um processo devido onde haja o mínimo de garantia formal e aplicação substancial.

No seio do direito público consta a Lei 9.784/99 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelecendo normas básicas sobre processo administrativo visando a especial proteção dos direitos dos administrados e alcance dos fins da Administração²⁹³.

Vale ressaltar que o diploma aludido determina em seu artigo 2º que a Administração Pública obedecerá, entre outros, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

O devido processo legal, portanto, encontra assento constitucional e garante a todos os litigantes em processo administrativo a observância de uma série de preceitos lógicos, notadamente vinculados à mais ampla defesa formal (aspecto normativo) e substancial (garantia de efetividade).

Portanto, para a aplicação de penalidades no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, se faz necessária a observância de um processo que garanta defesa num sistema leal entre o administrado e a Administração Pública. A aplicação do princípio sob análise é direta e não encontra ressalvas, senão a de que somente é possível entender o devido processo legal em sede de Direito Administrativo Sancionador ante a perspectiva do regime jurídico administrativo.

²⁹³ Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm)

Nesse sentido, o princípio tem características influenciadas pelo poder decorrente da administração pública e seu regime próprio. Todas as garantias que decorrem do devido processo legal, não necessariamente encontram simetria com outros sistemas punitivos.

É necessário, portanto, entender o Devido Processo Legal sob a perspectiva do Regime Jurídico Administrativo, ou seja, modulá-lo, não no sentido de diminuir seu alcance, mas de adaptá-lo para que o processo administrativo sancionador tenha a fluência necessária²⁹⁴.

É por demais evidente a necessidade de observância de um devido processo legal com aspectos muito próprios do Direito Administrativo Sancionador²⁹⁵. Dessarte, o processo acusatório sancionador é instaurado pela própria Administração Pública que delimita a autoria e materialidade, instrui e julga. É a mesma Administração que conhece de eventual recurso, por vezes em instância do mesmo órgão julgador.

É forçoso reconhecer, portanto, que a independência e equidistância do julgador (juiz natural) deve ser vista por um aspecto especial. A inexistência de órgão acusador independente é uma realidade, bem como a desnecessidade de defesa técnica por advogado.

A presunção de legalidade do ato administrativo relativiza a presunção de inocência e a autoexecutoriedade importa na execução imediata das decisões, não sendo necessário um eventual “trânsito em julgado”.

A garantia do devido processo legal é também imposta à Administração Pública, entretanto, envolta em pressupostos próprios. Ao administrado deve ser sempre preservado direito ao contraditório, a ampla defesa, um julgamento justo e imparcial (ainda que o julgador seja a própria administração).

7.5 Princípio da Presunção de inocência

²⁹⁴ Cfr. HESSE, Konrad. A forma normativa da Constituição. Porto Alegre: Ed. Fabris. 1991: “procedimento justo” expressão de Konrad Hesse. Para ele a existência de garantias processuais é um colorário do princípio do Estado de Direito.

²⁹⁵ MELLO. Rafael Munhoz, **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Malheiros. 2007. Mello entende que fere o princípio da isonomia que o mesmo órgão que realizou a instrução processual seja o mesmo que realize o julgamento. Defende, portanto, que a instrução e julgamento sejam realizados por órgãos distintos.

A presunção de inocência é uma garantia plenamente vigente no processo sancionar, cuja análise resulta, portanto, imperiosa. O Art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, determina que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Vale, portanto, asseverar, nos termos da previsão constitucional, que nenhuma pessoa física será considerada culpada por crime, até que se transite o prazo final do último recurso judicial em sede do processo penal ao qual responde.

De início, temos o dispositivo constitucional insculpido no inciso LVII do Art. 5º é completamente direcional à pena e ao Direito Penal. A estrutura do artigo, sua construção e objetivo demonstram a preocupação do constituinte com a não culpabilidade a priori, com o devido processo legal e com a legalidade.

De fato, o encarceramento como medida final do direito penal é demasiadamente gravosa e repercute de modo indelével na vida do homem, ainda que autor de um crime. Faz todo o sentido que sua culpa somente seja finalmente decretada após um processo probatório que garanta ser aquela a palavra final do Estado quanto a responsabilidade do autor do crime.

No entanto, não é assim que se opera em sede de Direito Administrativo Sancionador. No caso, por conta de dois postulados de direito administrativo, qual sejam, da presunção de legitimidade do ato administrativo e de sua autoexecutoriedade, acabamos por, em regra, termos a presunção lógica de que os atos administrativos são presumivelmente hígidos, legais e executáveis de imediato.

Portanto, se estamos admitindo a presunção de legalidade do ato administração que determinou a responsabilidade por uma infração administrativa, temos que, por consectário lógico, cabe ao administrado (físico ou jurídico) desconstituir aquele ato. A presunção aí não é de inocência do administrado, mas de sua culpa.

Em que pese a visão doutrinária dominante²⁹⁶, defendemos a total inaplicabilidade do instituto em sede de direito administrativo sancionador. Senão vejamos.

A doutrina clássica de direito administrativo admite que a presunção de veracidade do ato administrativo inverte o ônus da prova em matéria de direito administrativo sancionador²⁹⁷. Não é essa, exatamente nossa visão.

Entendemos que o regime jurídico administrativo sancionador (círculo interno do regime jurídico administrativo), guarda em si um sistema acusatório próprio, baseado não na retribuição do mal²⁹⁸, na expiação, na punição por si. Naquele regime o que se busca é a organização, ele não retribui, ordena. Assim, naquele sistema que busca a ordem, temos um sistema probatório com ônus próprio, não invertido, mas próprio.

Portanto, no sistema de Direito Administrativo Sancionador, o ônus de provar sua conduta como correta é do administrado, ante um ato jurídico com pressuposto de legitimidade que lhe atribui culpa.

7.6 Princípio do Juiz Natural

Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXVII e LIII. A Constituição Federal parece direcionar tal princípio para os processos tipicamente judiciais. Ao determinar que ninguém será processado ou sentenciado senão por autoridade competente, ou que não haverá juízo ou tribunal de exceção, nitidamente está referindo-se à processos, julgamentos, juízos e tribunais judiciais. Entretanto, o

²⁹⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2005. pág. 481-484. MEDINA trouxe importante lição do direito francês no que se relacionado à presunção de inocência no bojo da tese doutoral de Georges Dellis, *Droit pénal et droit administratif – L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, p. 347 e ss. "Afirma o autor que a presunção de inocência não é exatamente uma presunção no sentido jurídico do termo, mas sim uma ficção, um procedimento técnico consistente em considerar verdadeiro um fato diverso da realidade, daí deduzindo consequência jurídicas.

²⁹⁷ Di PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018. p. 278.

²⁹⁸ Hans. **Teoria Pura do Direitos**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. pág. 123. A interpretação segundo a qual esse fim consiste em prevenir, pela intimidação, a ação ou omissão contra a qual a pena é dirigida, é uma interpretação que também é possível em face de ordenamentos jurídicos penais cujo aparecimento não foi determinado pela ideia de prevenção, **mas o foi tão simplesmente pelo princípio de que se deve retribuir o mal com o mal**. Fls. 123 - Kelsen

espectro principiológico retirado de tais dogmas atinge todos os regimes jurídicos, entretanto, cada qual em sua medida e aplicabilidade.

No caso dos processos judiciais, a garantia do juiz natural sobe à própria autoridade julgadora e não somente ao órgão²⁹⁹, o que não se vê em processos administrativos, quando é possível naturalmente a substituição da autoridade julgadora no decorrer do processo, por qualquer motivo ou sem ele, sendo que em nada impacta o próprio processo em andamento.

Trata-se de aplicabilidade muito própria. A Conversão Americana de Direitos Humanos aborda a necessidade de julgamento por um juiz imparcial, independente e pré-constituído³⁰⁰.

Ocorre que no âmbito do direito administrativo o processamento, julgamento e aplicação de sanção se dá no âmbito da própria administração acusadora da infração praticada. Não se trata, portanto, de julgamento por terceiro imparcial, equidistante. O princípio do juiz natural deve então ser tido sob aspecto de máxima imparcialidade e independência possível e definição prévia da autoridade julgadora.

²⁹⁹ Merçon-Vargas, Sarah. **Teoria do Processo Judicial Punitivo Não Penal**. Jus Podivm, Salvador: 2018. p. 137.

³⁰⁰ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITO HUMANOS, 1978: “1. toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

CAPÍTULO 8. CULPABILIDADE E SANÇÃO ADMINISTRATIVA. APLICABILIDADE DIVERSA. INFLUÊNCIA NA PRINCIPIOLOGIA DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A culpabilidade pode ser primeiramente entendida como o conjunto de valores que formam o juízo de reprovação contra o acusado do cometimento de um delito³⁰¹. A reprovabilidade da conduta ilícita pode ser percebida ainda, como princípio ou como parte do conceito de crime, conceito analítico³⁰².

A Constituição Federal de 1988 não traz a culpabilidade como princípio expresso. Sua ocorrência é extraída do artigo 1º, inciso III da Carta Magna, que estabelece como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana³⁰³. Pois bem, é da exigência de que à toda pessoa humana seja garantida a dignidade, que se interpreta um sistema penal acusatório que leve primeiramente em consideração, na descrição dos motivadores de um crime, elementos subjetivos que tenham influenciado o autor³⁰⁴ e normativos que balizem sua aplicação.

O Código Penal Brasileiro prevê em seu artigo 18 os conceitos de dolo e culpa, delimitando, portanto, que o autor do crime deve ser julgado a partir de uma perspectiva volitiva. A vontade marca a conduta do ser humano que deve então ter a sua responsabilidade por crime, avaliada sob essa perspectiva³⁰⁵.

Da forma como construída, a legislação brasileira banuiu a possibilidade de responsabilização objetiva como forma de determinação do crime. Nos delitos

³⁰¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – Parte Geral. Vol.1, p. 379

³⁰² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, p.390

³⁰³ LOEBENFELDER, Carlos Künsemüller. *Culpabilidad y Pena*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 2001, p. 52.

³⁰⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1:parte geral. 1. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

³⁰⁵ WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico Penal**. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001, p. 85

criminais cometidos no Brasil, sempre se observa se o autor agiu com dolo ou culpa³⁰⁶.

Noutro fundamento, temos ainda, com base na dignidade da pessoa humana, que não se admite a aplicação de penas desproporcionais, indignas ou que passem da pessoa do condenado. São todos critérios que permeiam a culpabilidade³⁰⁷. Não seriam esses valores restritos do direito penal, pelo contrário, por ter matriz constitucional e máxima densidade, temos que a dignidade da pessoa humana e seus consectários influenciam todo o ordenamento jurídico nacional.

Parte da doutrina pátria e de direito comparado, entende a construção do sistema de punição por faltas administrativas, como sendo baseado justamente na premissa de que toda sanção aplicável está ancorada na mesma base ontológica do direito penal (direito de punir do Estado). Por conseguinte, essa linha de pensamento indica que além da antijuridicidade, caberia também a análise da culpabilidade, quando da aplicação daquelas sanções³⁰⁸.

Ainda com base na dignidade da pessoa humana, estaria então o direito administrativo sancionador associado à análise do ânimo que move a conduta do infrator da norma administrativa reguladora, ou seja, também em sede de sanção administrativa estariam presentes e deveriam ser perquiridos aqueles mesmos conceitos subjetivos de culpa e dolo, tal qual o Direito Penal³⁰⁹.

Reafirmando, a justificativa para adoção da culpabilidade como sendo parte da “estrutura” do conceito de sanção administrativa ou como princípio, seria, além da já mencionada dignidade da pessoa humano, o paralelismo advindo da ideia de unicidade de *jus puniendi*.

Apesar da ampla aceitação da tese exposta, entendemos que não se pode simplesmente ignorar as notáveis diferenças entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, principalmente em seu objeto de atuação (bem jurídico tutelado), aplicabilidade e finalidade.

³⁰⁶ WELZEL, Hans apud GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Direito Penal: parte geral**, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 555.

³⁰⁷ MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *O novo conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. 2ª edição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

³⁰⁸ Ver DEZAN, Sandro Lúcio. *Uma Teoria do Direito Público Sancionador*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2021.

³⁰⁹ DEZAN, Sandro Lúcio. *Op. Cit.* p. 15

Abordaremos então tais diferenças.

8.1 Breves notas acerca da culpabilidade penal e aplicação em sede de direito administrativo sancionador.

O conceito e forma de entender a culpabilidade na ação humana no que se refere o cometimento do crime, vem sendo estudada e encontra-se bastante evoluída, com o refinamento dos raciocínios no decorrer dos tempos. Desde os idos da escola clássica, quando se confiava no livre arbítrio, até o funcionalismo³¹⁰ dos tempos modernos passamos por diversas fazes e que ajudaram na construção da ideia de reprovação da conduta criminosa.

No decorrer do evoluir mencionado, o desenvolvimento iniciou-se com o advento da escola clássica³¹¹ que defendia a punição do homem pela falha no uso da liberdade da qual gozava. Em seguida a escola positiva liderada por Lombroso³¹² que retirou o componente da liberdade do arbítrio e passou a determinar fatores biológicos para definição do homem criminoso. Ainda na escola positiva, temos Ferri³¹³ que debateu os fatores sociais influenciadores da ação humana, negando o livre arbítrio, trabalhando sob a perspectiva da periculosidade.

Após passagem pelas escolas causalista e neokantista, chegamos então ao finalismo quando se propôs um retorno ao livre-arbítrio como fundamento da culpabilidade. Temos em Welzel um representante dessa escola e defensor da tese segundo a qual o homem é um ser livre responsável pelos seus atos. Trata-se de um conceito normativo que atribui valor à conduta³¹⁴.

³¹⁰ ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Trad. por Diego-Manuel Luzon Peña; Miguel Diaz y Garcia Conlled e Javier Remesal. 1. ed. Madrid: Editorial Civitas, S.A, 1999. Tomo I.

³¹¹ ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. **Três escolas penaes**. 3. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica. Saraiva & Cia, 1928. p. 43

³¹² Ver LOMBROSO, CESARE. **O homem delinquente**. Ed. Edjur. 2020

³¹³ FERRI, Enrico. **Sociologia criminal**. Trad. por Soneli Maria Melloni Farina. Sorocaba: Editora Minelli, 2006.

³¹⁴ WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico Penal**. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001,

Sem embargo do pensamento funcionalista de Roxin, a coculpabilidade de Zaffaroni ou revolucionária ideia de culpabilidade e imputação de Jakobs³¹⁵, temos, no Brasil o finalismo como escola determinante.

Destarte, a culpabilidade em direito penal deve ser verificada a partir das estruturas de imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Do ponto de vista principiológico, se faz necessário o vasculhar do âmbito psicológico do sujeito autor, perquirindo, portanto, o dolo ou a culpa.

Pois bem, é nesse contexto que tratamos a culpabilidade quando da aplicação de penas em sede de infrações à normas de direito administrativo. Quanto da culpabilidade normativa ou principiológica caberiam na senda do direito administrativo sancionador?

Trata-se do exercício da entrega do serviço público para a gestão dos interesses públicos³¹⁶. A noção de interesse público, na verdade permeia toda a vida em sociedade e é predominante no dia a dia das populações nas cidades. As regras de trânsito, de meio ambiente, de urbanística, a relação com a administração por parte de empresas privadas, nos processos licitatórios, nas regras de mineração, barragens, construções, ou seja, em todos os atos da vida em sociedade há uma necessária regulação do proceder dos indivíduos e tal regulação é realizada pela Administração Pública no uso de suas prerrogativas, mas atuando em vista do interesse público³¹⁷.

8.2 A culpabilidade (Elemento subjetivo) e sua aplicabilidade diversa em termos de direito administrativo sancionador

A culpabilidade é estrutura marcadamente penal, apesar dos esforços doutrinários brasileiros para posicioná-lo numa estatura constitucional, evocando

³¹⁵ Cfr. JAKOBS, Gunther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

³¹⁶ GARCÍA, Alejandro Nieto. **Derecho Administrativo Sancionador**. 5º Ed; Madrid: Tcnos, 2012. p. 37.

³¹⁷ Por evidente que nem toda ação da Administração Pública será em busca do bem comum ou terá essa consequência, vide o desvio do ato administrativo. No entanto, tais equívocos devem ser entendidos como decorrências do sistema e não desnaturam o ser.

para tanto princípios como o da dignidade da pessoa humana ou do conjunto de garantias que envolve o direito dos acusados em geral.

Vale ressaltar que nem mesmo a culpabilidade penal encontra previsão expressa na Constituição Federal brasileira. Trata-se de uma construção que se observa no implícito mandamento de observância à garantia de um devido processo acusatório, que envolve a legalidade e por conseguinte a presunção de inocência.

Como já observado, a culpabilidade faz parte da estrutura do conceito de crime e repercute na reprovabilidade da conduta. Para parte da doutrina, não seria um princípio, mas parte do mecanismo de atribuição de culpa³¹⁸.

A doutrina penal é pródiga em conceitos de culpabilidade e somente a título de exemplo temos a lição de Greco, para quem “culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal que se faz sobre a conduta ilícita do agente”³¹⁹.

Dezan vê na intrancendência da pena e na presunção de inocência o requisito da condição de culpabilidade³²⁰. Para ele, então, a presunção de inocência é o fundamento da culpabilidade penal. Portanto, a verificação do elemento subjetivo, parte da presunção de inocência. Não é condizente com o direito penal a responsabilização objetiva, sem que se perquirira o dolo ou a culpa.

Para Medina o princípio da culpabilidade não está subordinado ao direito penal. Por se tratar de dispositivo de estatura constitucional deve limitar o direito punitivo como um todo, baseado na consagração de garantias individuais, contra o arbítrio do Estado punitivo autoritário³²¹. Entretanto, o autor reconhece que a “culpabilidade administrativa diverge da culpabilidade penal e, em que pese teoricamente defensável, existe uma enorme dificuldade prática de sua aplicação”.

³¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, volume 1: parte geral. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

³¹⁹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. Vol.1, p 24

³²⁰ DEZAN, Sandro Lúcio. **Uma Teoria do Direito Público Sancionador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2021. p. 15.

³²¹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**, 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2005: De qualquer sorte, o problema é que a culpabilidade que se projeta no Direito Penal não é necessariamente a mesma que se vislumbra no Direito Administrativo Sancionador, dadas as diversidades desses ramos jurídicos e suas peculiaridades. Já se disse, então que a maior dificuldade não seria a identificação da culpabilidade como requisito genérico para imposição de uma pena, mas sim a onetuação da culpabilidade no campo do Direito Administrativo Sancionador, tarefa, por si só, tão enigmática quanto árdua.

Para compatibilizar seu pensamento, Medina propõe uma aplicação do conceito de dolo de modo diferenciado para agentes públicos vinculados à Administração por uma especial relação de sujeição, daqueles com vínculo jurídico por forma das circunstâncias, ou mesmo dos particulares que são simplesmente regidos por normas estatais interventivas como no caso do Código de Trânsito. Por fim o autor sugere uma possível quebra na unidade teórica da aplicabilidade do princípio da culpabilidade em termos de direito administrativo sancionador quando o ato punível for praticado por pessoa jurídica.

O Direito Administrativo Sancionador é direcionado a toda pessoa física ou jurídica que infringe uma norma legal ou regulamentar da administração pública, para a qual se preveja uma sanção. Para o Direito Administrativo não há diferenças entre a relação com pessoas físicas ou jurídicas. No caso da culpabilidade nos termos garantistas de Ferrajoli³²², seria o caso de processos punitivos distintos? Uns ligados a punição de pessoas físicas e outros para pessoas jurídicas, como defendeu Medina?

O questionamento tem razão de ser pois, o mencionado Ferrajoli descreve o chamado *modelo objetivista* de sanção sem culpabilidade, como sendo um modelo autoritário³²³.

Decerto que o primeiro obstáculo a ser vencido para uma aplicação linear do princípio da culpabilidade em sede de direito administrativo sancionador está no fato que de que este ramo prevê punição indistinta para pessoas físicas e jurídicas, na maioria das vezes, pelas mesmas infrações.

A respeito da culpabilidade se manifestou Manuel Rebollo, afirmando que os princípios:

“se proyectan directamente tanto sobre las penas como sobre las sanciones administrativas. [...] estos principios no se concretan ni tienen que concretarse exactamente en las mismas reglas en uno y otro Derecho. Lo que defendemos no se basa en una identidad radical entre pena y sanción, entre Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador. No sólo es que el legislador conserve cierto margen para concretar esos principios y para hacerlo de

³²² Luige Ferrajoli, *Derecho y razón – Teoría del garantismo penal*. Madrid: Ed. Trotta. 1995. p. 487-505.

³²³Luige Ferrajoli, *Derecho y razón – Teoría del garantismo penal*. Madrid: Ed. Trotta. 1995. p. 80.

forma diferente en uno u otro orden punitivo. Es que resulta más que razonable que, en efecto, establezca concreciones diferentes”.

324

No caso do prazo final para apresentação do imposto de renda (no Brasil), por exemplo, a sanção prevista para a pessoa física inadimplente é mesma para a pessoa jurídica, qual seja, pagamento de multa. Não há previsão de dilação probatória para verificação do elemento subjetivo em qualquer dos casos, sendo neste último, impossível.

Outra é a questão da previsão de responsabilização objetiva em casos de infrações administrativas, tanto para pessoas físicas ou jurídicas. Trata-se de uma realidade completamente incorporada em nosso sistema jurídico e pode ser verificada em diversos diplomas já testados em sede de constitucionalidade, como por exemplo o Código Ambiental (Lei 6.938/81) em seu art. 14, caput³²⁵, c/c 70 da lei 9.605/98, ou no artigo 2º da Lei 12.846, de 2013³²⁶.

Por fim, um dos pilares da ideia de culpabilidade, a presunção de inocência, em sede de direito administrativo sancionador tem uma abordagem diversa daquela verificada no direito penal.

Como se pode observar os pilares da aplicação linear da culpabilidade, seja como princípio, seja como pressuposta, estão minados pela necessidade de adequar a garantia constitucional da dignidade da pessoa humano com o interesse público.

Nesse sentido, normas e garantias não podem ser tais que inviabilizem a vida organizada em sociedade, criando assim um paradoxo, consistente na possibilidade de que o direito criado para a organização social, seja o mesmo conjunto de normas causador de confusão na sociedade.

³²⁴ REBOLLO, Manuel. Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones. <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/09/2.-REBOLLOPUIG-Los-principios-de-legalidad-personalidad-y> .

³²⁵ Lei 6.938/81 Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores.

³²⁶ Lei 12.846/2013: Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

8.3. O interesse público e o regime jurídico administrativo. Sua influência na tradução de uma culpabilidade diversa

O capítulo tem a intenção de tentar demonstrar a razão pela qual defendemos a aplicabilidade diferenciada da culpabilidade no direito administrativo sancionador. Pois bem, entendemos que a supremacia do interesse público seja ao mesmo tempo a linha dorsal e fundamento de um regime jurídico próprio da Administração Pública.

A persecução de uma epistemologia características é pano de fundo para a discussão acerca do próprio poder administrativo sancionador no ordenamento jurídico brasileiro.

A prática de ilícitos administrativos por parte dos administrados (Lei nº 9.784, de 1999); aplicação de penalidades administrativas por parte de agências reguladoras; penalidade administrativa disciplinar em face de servidores públicos federais (Lei nº 8.112, de 1990); penalidades administrativas e a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846, de 2013).

Em que pese o tronco ontológico do direito de punir do Estado – donde parte a ramificação epistemológica das sanções penais, civis e administrativas – , tal base apenas transmite para seus ramos uma axiologia básica, identitária da formação daquele Estado de Direito, v.g. legalidade, devido processo legal, contraditório. Caberia, portanto, a cada um dos ramos a construção de sua própria organização e método³²⁷.

Alejandro Nieto García se aplicou nos estudos do direito punitivo do Estado Espanhol e nos demonstra que naquele País o compartilhamento de princípios de direito sancionador, entre o direito administrativo e o direito penal são aqueles que entre nós tem matriz constitucional, tal como igualdade, ampla defesa e contraditório. Ele assevera textualmente que a utilização de princípios de direito penal somente se tolera pela “necesidad de garantizar los derechos

³²⁷ É possível cogitar-se, portanto, de intensidades diferentes para os princípios constitucionais do processo. O princípio da ampla defesa, por exemplo, pode, a partir de um mesmo suporte fático, ter diferentes graus de incidência em diferentes processos, desde a apresentação de defesa formal, no espectro inferior, até à possibilidade reiterada de defesa, no espectro máximo. Essa variabilidade decorre da própria estrutura jurídica dos princípios e, para os adeptos da corrente do suporte fático amplo, nenhuma restrição *a priori* seria aceitável

fundamentales del ciudadano em um mínimo suficiente que impida una desigualdade intolerable de trato entre el processado y el expedientado”³²⁸.

No aprofundamento do tema, referindo-se especificamente ao procedimento administrativo disciplinar Espanhol, José Garberí Liobregat adverte que “finalmente, el procedimiento administrativo sancionador común previsto em el RP no será de aplicación, ni siquiera a título de derecho supletório, cuando se trate del ejercicio de la potestade sancionadora disciplinaria de las Administraciones Públicas desarrollada em el seno de las reacciones especiales de sujeción”.

A dogmática tem relevante valor na concepção de um ordenamento jurídico que hodiernamente já busca a responsabilização baseada na voluntariedade/objetiva, ou ao menos, utilizador de uma culpabilidade diversa. As críticas de Alejandro Nieto e sua advertência ao sistema de sanções administrativas espanhol são relevantes modelos de estudo e comparação, bem como a lição de Otto Mayer acerca do direito administrativo alemão³²⁹. O estudo dessa dogmática deve levar em consideração princípios fundamentais de direito administrativo, mas sem se afastar de seus fundamentos históricos.

O desenvolvimento de um sistema próprio (coeso, coerente e completo), possibilita a construção de conceitos operacionais e reconhecimento de princípios que tornem a aplicação de sanções por parte da Administração Pública mais coerente com sua estrutura dogmática, finalidade e objetivo. Nesta quadra, colabora para a reafirmação da Administração como função do Estado dotada de independência.

A sanção administrativa busca a justiça, mas também o bem-estar social, a cooperação do individual com o bom andamento do que é estabelecido por ele próprio como parte da sociedade. Ao que parece, ao reconhecermos no direito penal as notas de garantia ao cidadão contra o Estado, tendemos, muito naturalmente, a entender que tais garantias são gerais, já que buscam a contensão do Estado frente a sociedade. Ao assumirmos tal postura, assumimos

³²⁸ Cfr. GARCÍA. ALEJANDRO NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*. 5º Ed. Madrid: Tecnos, 2012.

³²⁹ MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Tomo I. Parte general. Buenos Aires: Editorial DEPALMA, 1949.

também a linguagem empregada já que estamos falando de sanção, confundida então com pena, falamos de produção de provas, de aplicação de sanção.

No entanto, desconsidera-se que as normas de direito penal são dotadas de máxima abrangência e caráter eminentemente retributivo. A enunciação enunciada é no sentido de que a sociedade se abstenha da prática de qualquer daqueles tipos previstos sob pena de sanção, com caráter de retribuição.

Não é dessa forma que se comporta a norma administrativa. De um modo geral, a Administração Pública edita normas específicas para atendimento compartimentado de cada uma das facetas de sua atuação. São Decretos, Instruções Normativas, Portarias, Resoluções que de modo autônomo³³⁰ ou regulamentar trazem regras de atuação junto ao Estado/Administração. A previsão de sanções para o descumprimento de tais regras são sempre acessórias de caráter dissuasivo ou preventivo e com a finalidade de que o cidadão permaneça no que foi regrado. A nota é evidentemente funcionalista, com mínima abstração.

Por evidente, que tal característica não está a salvo da necessidade de oferecer ao administrado as garantias inerentes a um processo penalizante, entretanto, sob aquele viés de uma interpretação baseada no regime administrativo próprio.

É nesse sentido que é possível afirmar que nos processos administrativos sancionatórios parte-se do princípio da responsabilidade. Inclusive da responsabilidade objetiva, sendo que neste último caso, em procedimentos muito específicos. Vale ainda ressaltar que está fora dessa assertiva os processos administrativos disciplinares, para a punição de servidores públicos. Este tem regramento próprio e sempre contarão com a necessária dilação probatória.

As relações entre a administração pública e os administrados é marcada por tensões, atritos e irritabilidades. Decorre do sistema de direito administrativo, o subsistema de direito administrativo sancionador, com regramentos e principiologia própria, que não se confunde com outros ramos do direito sancionador, notadamente, com o direito civil e penal.

³³⁰ Sobre a teoria dos Decretos Autônomo

No direito penal a responsabilidade subjetiva é a regra inarredável³³¹. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello destacou em voto que “não existe, no ordenamento positivo brasileiro, ainda que se trate de práticas configuradoras de macrodelinquência ou caracterizadoras de delinquência econômica, a possibilidade constitucional de incidência da responsabilidade penal objetiva. Prevalece, sempre, em sede criminal, como princípio dominante do sistema normativo, o dogma da responsabilidade com culpa (‘nullum crimen sine culpa’), absolutamente incompatível com a velha concepção medieval do ‘versari in re illicita’, banida do domínio do direito penal da culpa”³³².

Se é certo afirmar que a antijuridicidade é una e deve ser aplicada a todos os ramos do direito, indistintamente, não se faz plenamente adequado que a culpabilidade siga o mesmo caminho ou, ao menos, que seja aplicada da mesma forma para todos.

No direito administrativo é possível afirmar a aplicação da sanção administrativa detêm características muito próximas das verificadas na sanção civil. Este é o caso do artigo 2º da Lei nº 12.846, de 2013, ao dispor que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos na lei. Igual perspectiva pode ser observada no Código Tributário Nacional e no Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503, de 1997).

Neste passo, prefere-se adotar o entendimento de Otto Mayer para quem “es necessário que la ciência del derecho administrativo tenga su método próprio, de la misma manera que la ciencia del derecho civil”³³³. A abordagem do tema está relacionada à defesa epistemológica da axiologia própria do sistema de punição da administração pública

³³¹ WELZEL, Hans. Teoría de la Acción Finalista. Astrea, 1951. Buenos Aires. Pág. 22: O direito penal tem antes uma função ético-social e em seguida uma função preventiva (Hans Welzel, fls. 22)

³³² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 84.580/SP. Rel. Min. Celso de Mello.

³³³ Ver MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Tomo I. Parte general. Buenos Aires: Editorial DEPALMA, 1949.

8.4 Não Cabimento de Análise da Imputação Subjetiva com Aferição de Dolo ou Culpa – Culpabilidade Diversa – Imputação objetiva possível.

Parte da doutrina pátria e de direito comparado, entende a construção do sistema de punição por faltas administrativas, baseado justamente na premissa de que toda sanção aplicável está ancorada na mesma base ontológica (direito de punir do Estado). Por conseguinte, essa linha de pensamento indica que além da antijuridicidade, caberia também a análise da culpabilidade e, portanto, responsabilidade sempre se deveria apurar subjetivamente, vale dizer considerando o dolo ou culpa.

Em que pese a corrente majoritária, não se pode simplesmente ignorar aquela que entende possível uma visão a partir da qual se possa defender que a matriz ontológica do direito de punir, garanta direito de defesa e devido processo legal, deixando a cargo de cada um dos ramos epistemológicos a construção de seu sistema de sanções, próprio.

Temos como exemplo o direito civil, portando de seu próprio sistema de sanções, em que se observa a obrigação de reparar o dano por ato ilícito, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. A previsão descrita está no artigo 927 do Código Civil Brasileiro.

O derradeiro princípio a ser analisado está justamente nesta posição, pois necessitou da contextualização dos demais para que pudesse ser observado sob tais influências³³⁴.

Como já dito, a culpabilidade é estrutura marcadamente penal, apesar dos esforços doutrinários para posicioná-lo numa estatura constitucional.

De fato, a culpabilidade penal não encontra previsão expressa na Constitucional Federal brasileira. Essa construção doutrinária, oferece ao

³³⁴ Cfr. WELZEL, Hans. Teoría de la Acción Finalista. Astrea, 1951. Buenos Aires Teoria Finalista = La acción humana es, por lo tanto, un acontecimiento “finalista” y no solamente “causal”. La “finalidade” o actividad finalista de la acción, se basa em que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever em determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a al obtención de esos objetivos.

administrado usuário do serviço público, a possibilidade de um processo acusatório devido.

É de nosso conhecimento que a presunção de inocência é o fundamento da culpabilidade penal. Não é condizente com o direito penal a responsabilização objetiva, sem que se perquirira o dolo ou a culpa. Não há no texto constitucional referência expressa à culpabilidade.

Para Medina o princípio da culpabilidade não está associado ao direito penal. Por se tratar de dispositivo de estatura constitucional deve limitar o direito punitivo como um todo, baseado na consagração de garantias individuais, contra o arbítrio do Estado punitivo autoritário. Entretanto, o autor reconhece que a culpabilidade administrativa diverge da culpabilidade penal e, em que pese teoricamente defensável, existe uma enorme dificuldade prática de sua aplicação³³⁵.

8.5 Responsabilização da pessoa jurídica

Talvez um dos fatores que mais marcadamente dividem o direito administrativo sancionador do direito penal é justamente a responsabilização de pessoa jurídica. O que em Direito Penal é um dogma, quando tratamos de sanção administrativa estamos diante de uma regra que vige em paralelo com a responsabilização de pessoa física.

A questão da infração praticada por pessoa jurídica e sua sanção é tão comum e ordinária que entendemos que toda teoria relacionada ao Direito Administrativo Sancionador deveria ser desenvolvida também sob esta perspectiva. Não é o que ocorre. A maior parte da doutrina pátria foca seu estudo no ilícito administrativo praticado por pessoa natural e trabalha a questão da pessoa jurídica como uma espécie de exceção³³⁶.

³³⁵ De qualquer sorte, o problema é que a culpabilidade que se projeta no Direito Penal não é necessariamente a mesma que se vislumbra no Direito Administrativo Sancionador, dadas as diversidades desses ramos jurídicos e suas peculiaridades. Já se disse, então que a maior dificuldade não seria a identificação da culpabilidade como requisito genérico para imposição de uma pena, mas sim a onetuação da culpabilidade no campo do Direito Administrativo Sancionador, tarefa, por si só, tão enigmática quanto árdua.

³³⁶ ENTERÍA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo II**, Madrid: Civitas, 2013, p. 178.

Ocorre que a maior parte das infrações praticadas por pessoas físicas, também podem ser praticadas por pessoa jurídica. Em alguns casos somente pessoas jurídicas podem praticar determinadas infrações.

Nesta senda, pessoas jurídicas proprietárias de veículos podem ser responsabilizadas por infrações de trânsito causadas por seus empregados. No caso de infrações em trânsito a multa recai sobre a empresa proprietária. No caso de infração por transporte de produtos perigosos, a empresa embarcadora é a infratora e somente a ela é atribuída a infração.

O exemplo acima vale para infrações de ordem ambiental como por exemplo as empresas proprietárias de áreas sob proteção, ou que possuem barragens como em Brumadinho/MG, ou proprietárias de campo de petróleo etc.

Não há o que se falar da questão fiscal. As pessoas jurídicas são diretamente responsabilizadas por infrações fiscais.

Para fechar os inúmeros exemplos de responsabilização direta de pessoas jurídicas temos a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 que dispõe sobre responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública. O artigo 1º do mencionado diploma não deixa dúvidas quando expressamente estabelece se tratar de Lei que dispõe sobre a responsabilidade objetiva de empresas que atentem contra a Administração Pública.

O Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015 estabelece o Processo Administrativo de Responsabilização-PAR e que tem uma fase inicial, investigatória não punitiva e uma fase acusatória. Neste processo, a administração apresentará à empresa acusada o material produzido, que terá prazo de 30 dias para indicar provas e 10 dias para alegações finais. Evidentemente que não há um elemento subjetivo a ser perquirido, trata-se de um procedimento objetivo que aponta a ocorrência de ato lesivo à Administração, suas circunstâncias e responsabilidade da pessoa jurídica acusada. Evidentemente que observada a garantia de defesa e contraditório.

Ao comentar acerca da responsabilidade de pessoas jurídicas no que se refere ao Direito Administrativo Sancionador, Fábio Osório Medina admite a existência do fenômeno e afirma ser indiscutível em sede de sanção administrativa. Ocorre que, diante de impossibilidade de se desviar do tema, o autor propõe uma cisão na unidade conceitual, uma ruptura na culpabilidade

para então comportar dentro de um mesmo sistema de Direito Administrativo Sancionador duas modalidades de culpabilidade, uma quando a infração for praticada por pessoa jurídica e outra quando praticada por pessoa física³³⁷.

Ocorre que apesar de central, o tema é tangenciado pelo autor que não explica como seria operacionalizada a cisão proposta. Por evidente que sua obra não se trata de um manual de aplicação, muito pelo contrário. No entanto, seria necessário abordar ainda que teoricamente como um mesmo fato praticado por uma pessoa jurídica e uma física, poderiam ter regimes de apuração distintos.

Na visão de alguns, se a ocultação de patrimônio for praticada por pessoa jurídica, esta responderá um processo administrativo fiscal, com responsabilidade objetiva. Se a mesma infração for então praticada por pessoa física, esta poderia, em tese, responder a um processo acusatório onde se pudesse perquirir acerca do elemento subjetivo (culpa ou dolo), etc³³⁸.

Rafael Melo também aborda, *an panssant*, o tema da infração administrativa praticada por pessoa moral e sugere solução diferente. Para ele, haveria uma espécie de desconsideração da pessoa jurídica para então considerar os atos praticados por ele, como praticados por seus dirigentes, estes sim dotados de subjetividade capaz de ser medida³³⁹. O autor não aprofundou sua análise, mas possibilitou o entendimento de que, verificada a infração administrativa a responsabilização recairia sob o dirigente da pessoa jurídica que responderia pessoalmente, observada as garantias da culpabilidade e somente então, após delimitada a culpa, ainda sim a penalidade recairia contra o ente moral.

Não parece fazer sentido o posicionalmente de Rafael Melo, pois desconsidera a atuação própria das entidades jurídicas e sua personalidade. Por outro lado, não fica claro se conceitos da culpabilidade aplicados a pessoa física seriam aproveitados pela pessoa jurídica.

³³⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador, 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2005. p. 409-419.

³³⁸ MELLO. Rafael Munhoz, Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Malheiros. 2007. pág. 208-209. Na Itália, por meio da Lei 689/1981, considera-se como a vontade da pessoa jurídica, como sendo aquela da pessoa física (art. 6º).

³³⁹ MELLO. Rafael Munhoz, Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 205.

Dessarte, não é demais asseverar que em sede de Direito Administrativo Sancionador, a pessoa jurídica é tão autora quanto a pessoa física. Em diversos casos, exclusivamente (licitações, lei anticorrupção,). A possibilidade de sanções tanto para personalidades diversas é parte do regime jurídico administrativo e da peculiaridade do próprio sistema sancionatório administrativo.

Ao estabelecer prazo para entrega da declaração de imposto de renda, a Administração deseja, tão somente, organizar os administrados, pessoas físicas e jurídicas para que não incorram na infração de não manter suas declarações. No caso da infração, perda do prazo, não se busca a verificação do elemento subjetivo presente, inclusive, inexistente em sede de pessoa jurídica. Será aplicada uma multa, direta e objetiva. Isso vale para a pessoa jurídica, como vale para a pessoa física.

CONCLUSÃO DA SEGUNDA PARTE

Sem embargo de posições garantistas que veem no direito penal um conjunto de normas limitadoras do poder do Estado em relação ao hipossuficiente cidadão, entendemos inaplicável tais termos quando abordamos o direito administrativo sancionador.

Como tentamos demonstrar nesta segunda parte do trabalho, a sanção administrativa faz parte de uma categoria diferenciada de ato administrativo e que não tem como objetivo o flagelo do infrator, ou sua reeducação, nem mesmo sua expiação, tornando-o exemplo para os demais. Longe disso, a sanção administrativa tem como principal objetivo a proteção do próprio infrator, a gestão de riscos da vida em sociedade, a regulamentação da vida social.

Toda construção normativa administrativa esta calcada na proteção e interesse da própria sociedade, sendo então denominado de interesse público. É esse interesse que determina a necessidade de um regime jurídico administrativo e que influencia a criação e aplicação de normas próprias e impróprias, quando importadas de outros ramos do direito.

A culpabilidade guarda, portanto, uma relação especial com o direito administrativo sancionador, não podendo ser aplicada em toda a sua extensão e profundidade. Dentre as normas de direito, temos aquelas que observam um elemento subjetivo e perquirem o dolo e a culpa, noutras se observa a mera voluntariedade e noutras ainda, temos a previsão da responsabilidade objetiva. Todas são aplicáveis na medida de sua adequação e contexto.

Portanto, entendemos que não é possível um transporte acrítico dos princípios garantidores de direitos fundamentais do indivíduo, muitos deles com características e aplicabilidade em sede de Direito Penal para o direito administrativo sancionador, pois tais não encontram paralelo, seja em seu objeto de aplicação, forma ou finalidade.

Em resposta as questões colocadas na primeira parte dessa dissertação, temos que, é possível elencar uma séria de elementos próprios do direito administrativo sancionador, que o diferenciam bastantes de outros ramos do

direito. Não há uma correlação direta entre pena e a sanção administrativa, salvo este inútil (do ponto de vista teórico) compartilhamento do *jus puniendi* estatal.

Demonstramos que há consistência epistemológica a sustentar a premissa de um direito sancionar próprio, como instrumento da atuação do Estado/Administração.

Foi possível perceber que uma série de princípios materiais e processuais, garantes da defesa do cidadão contra o Estado, tem aplicação em sede de direito administrativo sancionar, entretanto, com matizes. Que não seria possível um transporte direto, acrítico, sem consequências, sob pena do caos.

Utilizando-se do referencial teórico fincado na primeira parte, chegamos à conclusão de uma moral comunitária a balizar a vida em sociedade e as regras que a organizam, notadamente, as regras de direito administrativo, fontes da sanção administrativa.

Deixamos completamente claro que é possível a aplicação objetiva de sanções administrativas quando se trata de infrações praticadas por empresas e indivíduos e que não há uma razão suficiente para que não seja dessa forma, já que tudo está envolto ao regime jurídico administrativo.

Desenvolvemos a questão do interesse público e como ele norteia o atuar da administração pública, inclusive no que se refere a aplicação da sanção.

Por fim, concluímos respondendo à questão proposta na primeira parte, qual seja, a da existência de uma característica própria do direito administrativo sancionador o que o torna único no sistema jurídico brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vertente nascida a partir do regime liberal, atribui ao Estado uma função fundamental, qual seja, a de prestar serviços públicos. Léon Duguit chega a afirmar que o Estado somente existe para a prestação de serviços públicos e essa seria a origem do pacto social.

O desenvolvimento do serviço público motiva o Estado que precisa de normas próprias para sua regulação e regulação das atividades nas cidades, surgindo, portanto, o direito administrativo. Sendo esse conjunto de regras e princípios que regulam a Administração Pública e os administrados.

Ao atuar, o Estado/Administração é movido na direção do que seria a melhor ação para cada indivíduo e para toda a sociedade. Tal movimento, pode ser chamado de interesse público.

A aplicação desse plexo normativo, no sentido de um interesse público que o influencia pode ser definido como Regime Jurídico Administrativo.

Em que pese os ataques sofridos, a noção de interesse público continua existindo como axioma propagador de valores ínsitos ao direito, neste caso, ao direito administrativo. As críticas não desqualificam esse que é a espinha dorsal de todo um regime de atuar com vistas ao bem-estar da comunidade.

A partir do conceito de interesse público se formam diversos princípios, regras e modos de agir próprios da Administração Pública e que não encontram paralelo. É apequenar sua supremacia, abordá-lo somente por sua vertente do negócio jurídico, nas compras (licitações), e demais contratos com terceiros. Talvez esse seja onde tenha, de fato, a menor força.

O interesse público é desapropriar, requisitar, intervir, policiar, punir e regular a vida em sociedade e para tanto influencia um conjunto complexo de normas e princípios denominados regime jurídico administrativo.

A norma que regula os padrões urbanísticos de uma cidade é de direito administrativo e sua observância visa o bem-estar de toda a cidade. A infração à norma tem como consequência uma sanção e essa punição tem como base o interesse público e será aplicada sob a influência do regime jurídico

administrativo. Tudo com objetivo de prestação do melhor serviço público, início e fim.

A sanção administrativa somente existe dentro desse sistema que regula a vida em sociedade, diminui riscos, protege os cidadãos e a coletividade. Ela não tem as mesmas características, objetivos ou consequências da pena criminal e dela em tudo difere. Trata-se de um ato administrativo dotado de coerção, presunção de legalidade e autoexecutoriedade, baseado no interesse público. A sanção administrativa não se basta e precisa necessariamente de um suporte normativo. Ela é instrumental e vinculada.

Não somente no Brasil, mas em muitos países se vê crescente o movimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de entender o direito administrativo sancionar como espécie integrante de um direito sancionador estatal *lato senso*, aproximando-o do direito penal e dotando-o de garantias similares.

É um movimento compreensível já que sob a perspectiva de uma nova concepção de Estado, aquele constitucional de direito. A evolução do estado social, agora dota o cidadão das máximas garantias, não somente contra a arbitrariedade, mas agora como reclamante de uma ação protetora de seus direitos.

Não compartilhamos desse mesmo sentimento, não caminhamos com essa nova proposta e entendemos que nem sempre máximas garantias individuais, refletirão o bem-estar coletivo.

Já na história temos visto que o Estado não existe por si. O surgimento desse ente tem lugar na garantia de pactos, tal qual mencionou Hobbes em *Leviatã*, a garantia de que o grande pacto social que protege os homens seja a força de justiça e do bem. Trata-se de uma teoria clássica e a partir desses conceitos e de outros decorrentes de uma visão comunitária, da garantia de serviços públicos e da atuação da Administração tendo em vista o interesse público é que deriva o desenvolvimento da ideia de atuação sancionatória com ênfase na proteção e no controle.

Não há paralelo entre essa atuação e outros ramos punitivos, como por exemplo do direito penal. Outros objetivos, outros fundamentos e outros propósitos. Definitivamente não são atuações similares e não podem ser tratadas de uma mesma maneira.

Outra é a discussão sobre o fundamento ontológico final da sanção administrativa. Para muitos seria ela decorrente do *jus puniendi* estatal que abriga todas as penas aplicadas pelo Estado. Talvez a origem da sanção administrativa seja mesmo aquela, entretanto, isso não é, de fato, importante. No mundo deôntico é a sanção administrativa regida pelo interesse público e aplicada sob influência do regime jurídico administrativo. Para nós, essa é a questão.

Conforme observado ao longo de todo o texto, as visões garantistas têm primordial atenção na proteção de direitos e promoção da igualdade material, entretanto devem se adequar à essa finalidade, qual seja, de bem-estar final pra o indivíduo. Não pode ser manejada para prejudicá-lo.

Demonstramos essa interrelação que não precisa de modo algum ser belicosa, entre a pena e a sanção administrativa. E no escopo de princípios coligados, por vezes eles somente precisam encontrar a regulação de sua aplicação, motivo e circunstâncias para atuar.

A advertência da multa para o motorista que avançar o sinal vermelho ou que ultrapassar o limite de velocidade, tem o sentido da proteção do próprio condutor do veículo, em primeiro lugar, e dos demais atores sociais, em seguida. A autuação decorrente da infração é individual e objetiva dissuadi-lo de colocar sua vida em risco. Ela não é publicada ou divulgada para que o infrator seja exemplo para outros cidadãos.

Entendemos o valor comunitário e esse aspecto a ser considerado quando tratamos de direito individuais. A formação normativa da Administração Pública deve levar em conta esses paralelos que dirigem a sociedade em direção ao bem-estar. Não se trata, portanto, de uma individualidade desligada da comunidade.

As características apresentadas demonstram a singularidade da sanção administrativa frente a outros regimes sancionatórios. A presunção de legitimidade e a autoexecutoriedade são instrumentos vitais para a proteção da sociedade. Não podem ser tratadas como arbítrio de um Estado totalitário. Tais instrumentos estão presentes todos os dias na rotina de escolas, postos de saúde, no trânsito, nas cidades, tudo no sentido da ordem e da vida segura.

Todas são ações da administração pública e que não podem depender de um elenco de tipicidades que nunca abarcariam as diversas necessidades peculiares de cada um dos órgãos administrativos em sua especificidade.

A defesa teórica de aplicação de princípios garantistas penais ao direito administrativo sancionador desconsidera o mundo real, da vida, da atuação do Estado como garantidor da organização da sociedade e o vital papel do direito administrado e da sanção administrativa para a proteção dessa mesma sociedade. A aplicação como pretendida, acrítica e direta, somente oferece uma falsa sensação de proteção ao cidadão.

Na verdade, ao tolher a Administração Pública com garantias destoantes de seu papel levaria a um desarranjo social e risco ao particular (físico ou jurídico). Ai então, que a garantia que visa proteger, está levando ao risco.

Garantias processuais como a de um juiz natural, em seu conteúdo de equidistância e imparcialidade seria simplesmente impossível, na medida em que é o Estado que propõe a norma a ser seguida, que aplica a notificação por infração, processa possível questionamento e julga a se próprio. É somente um exemplo.

Todas as considerações expostas nos conduzem ao entendimento de que, por suas características e finalidades, a sanção administrativa difere completamente de outros sistemas sancionatórios, e especialmente da pena.

A sanção administrativa, imersa no Regime Jurídico Administrativo, adjetiva de um direito administrativo, lato senso, encontra em princípios e regras próprios, seu modo de atuação. Por evidente que garantias dirigidas ao direito penal são aceitas e aplicáveis em sede de sancionatório administrativo, entretanto com matizes. Somente são quando permeadas por esse plasma ou regime próprio.

A ilusão do bem teórico (jusnatural) dá lugar ao necessário interesse público, derivado na norma e que necessita de eficiência e certeza para a consecução da melhor prestação de um serviço público eficaz.

À luz de uma moral comunitária, e controle de riscos para sociedade, entendemos possível o raciocínio acerca da ponderação de princípios garantidores de direitos individuais em prol do próprio indivíduo e da sociedade onde está inserido.

Possível, então considerar a existência desse sistema específico, a partir da sanção estatal em toda sua amplitude, sem descuidar da influência de outros ramos do direito.

Nesse sentido, a importância da teoria do serviço público com fundamento no liberalismo que tem desenvolvimento marcado, inclusive quanto a participação de sua vertente comunitarista.

Todo esse regime está ligado ao necessário comportamento preventivo do Estado, e por conseguinte a noção da prevenção de risco.

É nessa quadra que abordamos o serviço público. O apresentamos como fundamento do atuar administrativo e utilizador da sanção administrativa como instrumento da organização social. É o interesse público o *standard* da Administração Pública, fincado em um contrato social há muito apresentado.

Afirmamos e concluímos que é patente uma teoria do direito administrativo sancionador a partir de uma epistemologia com raízes no direito público estatal e fundamento na Constituição Federal. Nesta linha trabalhamos o referencial de Leon Duiguit, discorremos sobre serviço público e interesse público, a partir de seu introdutor no Brasil, Celso Antônio Bandeira de Mello e abordamos a sanção administrativa com espeque em um de seus maiores estudiosos, Alejandro Nieto.

Ao evoluirmos na defesa de nossa posição discorremos sobre o Regime Jurídico Administrativo e sua relação com a sanção administrativa. Tentamos clarificar a influência que regime jurídico administrativo exerce sobre princípios garantistas de direitos e sobre a sanção administrativa.

Discutimos e apresentamos uma visão da culpabilidade sob o aspecto do direito administrativo sancionador, defendendo a existência de uma aplicação muito própria e diversa daquela verificada em sede de direito penal. Nesse contexto introduzimos a discussão, sobre responsabilidade da pessoa jurídica em infrações administrativas. Defendemos que não haveria razões, tampouco base teórica que justifique formas diversas de tratamento de pessoas físicas e jurídicas quando praticantes da mesma infração.

Concluimos, portanto, reafirmando a existência de uma identidade própria da sanção administrativa, esta decorrente do direito administrativo da qual é instrumental. A aplicação de princípios garantidores e protetores de direitos individuais, somente possível no seio de um regime jurídico administrativo, com

o objetivo da organização da sociedade. Nesse contexto, princípios gerais garantidores de direitos e ou advindos de outros sistemas sancionatórios somente aplicáveis com matizes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015

ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. **Três escolas penais**. 3. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica. Saraiva & Cia, 1928

ÁVILA, Humberto. Repensando o “**Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular**”. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2005

BARCELAR FILHO, Romeu Felipe. **Dignidade da pessoa humana, garantia dos direitos fundamentais, direito civil, direitos humanos e tratados internacionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2008

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005

Barroso, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6.a ed. São Paulo: Saraiva, 2004

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 1.aed. São Paulo; Rideel, 2003

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Ed. 34. São Paulo: 2011

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Immanuel Kant** (trad. bras. UnB, 1984)

BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Edunb, 1997

BOBBIO, Norberto. **Teoria General Del Derecho**, 2ª ed. Bogotá: Temis. 1997

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2013

BORGES, Alice Gonzalez. **Interesse Público: um conceito a determinar**, Revista de Direito Administrativo

BINENBOJM, Gustavo. **Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade. Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. in Interesses Públicos Versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2007

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal, Parte Geral, volume 1**, 9º edição, São Paulo: Saraiva, 2004

CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977

CANARIS, Claus-Willhelm. **Pensamento sistêmico e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012

CASSASE, Sabino. **Diritto amministrativo europeo: principi e istituti. Terza edizione**. Milano: Giuffrè, 2011

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Costa Júnior, Paulo José. **Direito Penal e Constituição**. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995

Cretella Jr., José. **Prática de Processo administrativo**. 4.a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

DELLIS, Georges. **Droit pénal et droit administratif**. Paris: LGDJ, 1997

DEZAN, Sandro Lúcio. PEREIRA, Elionmar da Silva. **Contributo da Teoria do Delito para Imputação Jurídica no Direito Público Sancionador**. Revista Estudos Institucionais, v. 8, n.1

DEZAN, Sandro Lúcio. **Administração Pública & Políticas de Meio Ambiente**. Curitiba: Juruá. 2012

DEZAN, Sandro Lúcio. **Ilícito administrativo disciplinar em espécie: comentários às infrações previstas no estatuto dos servidores públicos federais -Lei 8.112/1990**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2020

DEZAN, Sandro Lúcio. **Uma Teoria do Direito Público Sancionador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2021

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O princípio da supremacia do interesse público**. *Interesse Público*, no 56, Belo Horizonte: Fórum, p. 35-54, jul./ago. 2009.

DUGUIT, León. **Las transformaciones del derecho (público y privado)**. Buenos Aires: Editorial Heliastás, 1975.

DUGUIT. Leon. **Traité de Droit Constitutionnel**. E. de Bocard. Paris, 1923

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

ENTERRÍA, Eduardo García, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. (Tomo I, 16. ed., e Tomo II, 13 ed.). Madrid: Civitas, 2013

ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

FERRI, Enrico. **Sociologia criminal**. Trad. por Soneli Maria Melloni Farina. Sorocaba: Editora Minelli, 2006

FONTECILLA, Jorge Correa. Algunas consideraciones sobre el interés público en la Política y el Derecho. *Revista Española de Control Externo*, no 24, Madrid: Tribunal de Cuentas, p. 135- 161, ene./abr. 2006

GARCÍA. ALEJANDRO NIETO, **Derecho Administrativo Sancionador**. 5º Ed. Madrid: Tcnos, 2012

GARCIA, Basileu, **Instituições de Direito Penal, vol. I, Tomo II**, 1º edição, São Paulo: Max Lumonad editor de livros de direito, 1952

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral. Vol.1**

HACHEM. Daniel Wunder. Princípio constitucional da supremacia do interesse público. Belo Horizonte: Fórum, 2011

HART. Herbert L. A, **O conceito de Direito**. 2ª ed. Lisboa: Gulbenkian. 1994

HAURIOU, André. **A utilização em direito administrativo das regras e princípios do direito privado**. Tradução de Paulo da Mata Machado.

Revista de Direito Administrativo. Fundação Getúlio Vargas –FGV, 1945. f. I. fasc., p. 465-473

HAURIOU, Maurice. **Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits**. t. I. Paris: Libraire du Recueil Sirey, 1929

HUERGO LORA, Alejandro. **Las sanciones administrativas**. Madri: Iustel, 2007

HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. Rio de Janeiro: Ed. Vozes. 2015

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007

HUNGRIA, Néelson. **Ilícito penal e ilícito administrativo**. Revista de Direito Administrativo – RDA, v. 1, n 1

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1949

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal Parte Geral**. 32 ed.; São Paulo: Saraiva, 2011

JEZE, Gaston. **Les principes généraux du droit administratif**, Paris: Nabu Press. 1926, p. 88-106

JUSTEN, Monica Spezia. **A Noção de Serviço Público no Direito Europeu**. Ed. Dialética: São Paulo. 2003

JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo**. in Revista Trimestral de Direito Público-26. Ed. Malheiros. São Paulo: 1999

LETELIER, Raúl. “**Garantías penales y sanciones administrativas**”. Polít. crim. Vol. 12, Nº 24 (Diciembre 2017)

LOBO DA COSTA, Helena. **Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada**. 2013. Tese (Livre-Docência em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013

LOEBENFELDER, Carlos Künsemüller. **Culpabilidad y Pena**. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 2001

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Ed. Edjur. 2020

LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo Civil**. Ed. Martins Fontes. São Paulo: 1998

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros. 2007

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução: Javier Torres Nafarrete. México: Universidad Iberoamericana, 2003

MADUREIRA, Claudio. **Advocacia Pública**. Belo Horizonte, Fórum, 2015

MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Tomo I. Parte general. Buenos Aires: Editorial DEPALMA, 1949

MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. (Vinculação à Lei, Poder Discricionário e Conceitos Jurídicos Indeterminados). São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000

MATTIAS, Guyomar. **Les sanctions administratives**. Paris: Lextenso (LGDJ), 2014

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 2016, Malheiros, São Paulo

MELO, Celso Antônio Bandeira de. ***Curso de Direito Administrativo***, 2015, Malheiros, São Paulo

MELLO. Rafael Munhoz, **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Malheiros. 2007

MELLO. Rafael Munhoz, **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Malheiros. 2007

MERÇON-Vargas, Sarah. **Teoria do Processo Judicial Punitivo Não Penal**. Jus Podivm, Salvador: 2018

MONCADA. Luís S. Cabral de. **A relação jurídica administrativa: para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret. 2002

MORELA, Luis de La Morena Y de La. **Derecho Administrativo e Interes Publico: Correlaciones Basicas**. Revista de Administración Pública. Nº 100-102, 1983

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005

PRADO. Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 14. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015

Pietro, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018

POSNER, Richard, “**An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration**”, *Journal of Legal Studies*, vol. 2 (1973)

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Ed. Martins Fontes. São Paulo: 2000

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003

RINCÓN, José Suay. **La potestad sancionadora de la administracion y sus exigencias actuales: un estudio preliminar**.
<file:///Users/wendelbenevides/Downloads/9601-Texto%20del%20art%C3%ADculo-10909-1-10-20110803.pdf>

RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime. **El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones Públicas**. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Guilherme Amintas Pazinato da Silva (Coords.). *Direito Administrativo e Integração Regional: Anais do V Congresso de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010

RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz, 2011, p. 38-44 e p. 112-114.

LIMA. RUY CIRNE. *Princípios de Direito Administrativo*

ROUSSEAU, J.J. **O Contrato Social. Princípios do Direito Político**. Ed. Martins Fontes. São Paulo: 1999

ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Trad. por Diego-Manuel Luzon Peña; Miguel Diaz y Garcia Conlled e Javier Remesal. 1. ed. Madrid: Editorial Civitas, S.A, 1999. Tomo I.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **La expansión Del Derecho Penal** – Buenos Aires, 2006, bdef editora

SANDEL, Michael j. **O liberalismo e os limites da justiça**. Ed, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa: 2005

SANDULLI, Aldo M. **Manuale di diritto amministrativo**. Tomo 1, XV Edizione. Napoli: Jovene Editore, 1989

SANTIAGO, José Maria Rodríguez de. **La administración del Estado social**. Madrid: Marcial Pons, 2007

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Madrid: Marcial Pons, 2003

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002

SUNDFELD, Carlos Ari. **Princípios Desconcertantes do Direito Administrativo. Tratado de Direito Administrativo**, vol. 1. Adilson Abreu Dallari, Carlos Valder do Nascimento e Ives Gandra da Silva Martins (coords.). São Paulo: Saraiva, p. 276-297, ISBN 978-85-02- 18190-8, 2013

TÁCITO, Caio. **Evolução Histórica do Direito Administrativo**, in Temas de Direito Público, vol. I, ed. Renovar. Rio de Janeiro: 1997

TÁCITO, Caio. **O poder de polícia e seus limites**. Revista de Direito Administrativo, nº 27, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 1-11, jan./mar. 1952

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad.: Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla, 2009

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Ed. Martins Fontes. São Paulo: 2006

VAN WEEZEL, Alex “Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo”. Polít. crim. Vol. 12, N° 24 (Diciembre 2017), Art. 9, pp. 997-1043. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A9.pdf]

VORONOFF. Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum. 2018

WALZER, Michael. Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico Penal**. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001

WELZEL, Hans apud GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Direito Penal**: parte geral, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, volume 1: parte geral. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros, 2009