

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP

Francisco Octavio de Almeida Prado Filho

Extensão do controle jurisdicional das sanções administrativas

MESTRADO EM DIREITO DO ESTADO

SÃO PAULO

2008

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP

Francisco Octavio de Almeida Prado Filho

Extensão do controle jurisdicional das sanções administrativas

MESTRADO EM DIREITO DO ESTADO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello.

SÃO PAULO

2008

Banca Examinadora

---

---

---

*Aos meus pais,  
Francisco Octavio (in memoriam) e Sonia,  
motivos de orgulho, admiração  
e exemplos de vida.*

*À Inês, com amor e carinho.*

Em primeiro lugar, agradeço ao Prof. Dr. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, não apenas pelas aulas, pela forma com que conduziu as discussões em sala, convidando à reflexão e estimulando a crítica, mas também pela valorosa e paciente orientação. Um exemplo de Professor.

À Profa. WEIDA ZANCANER pelo privilégio de ter sido seu assistente nas aulas de graduação em Direito Administrativo da PUC-SP e pelo constante incentivo.

Aos professores MÁRCIO CAMMAROSANO e CLOVIS BEZOS pela acolhida na equipe de professores do curso de especialização em Direito Administrativo da COGEAE, PUC-SP.

Aos professores PAULO DE BARROS CARVALHO, SILVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA, LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO e DINORÁ ADELAIDE MUSSETI GROTTI pelas inestimáveis lições no curso do Mestrado.

Desde o início do curso, as discussões, o apoio e a amizade dos colegas foram fundamentais não só para a atividade acadêmica, mas também para tornar o período de estudos ainda mais agradável. Entre os amigos, destaco ANDRÉ LUIZ FREIRE, ÂNGELO AUGUSTO COSTA, GABRIELA ZANCANER e CAROLINA ZANCANER ZOCKUN, juntos desde o primeiro crédito, e GABRIEL LIRA, MAURÍCIO ZOCKUN e TAIANE LOBATO, amizades para toda vida.

Aos companheiros de escritório, RICARDO PENTEADO, MARCELO CERTAIN TOLEDO, AMILCAR RIBEIRO, EDUARDO MIGUEL CARVALHO, GUILHERME CORRÊA DA SILVA, RACHEL MALHEIROS, JOANA DE CARVALHO ALVES e, especialmente, ARNALDO MALHEIROS, meus sinceros agradecimentos pelo apoio e pela fraternal amizade.

Ao Dr. TITO COSTA, pela amizade e incentivo.

## RESUMO

O tema da presente dissertação envolve o estudo da discricionariedade administrativa aplicada ao campo específico do direito administrativo sancionador, com a indicação dos princípios e regras que vinculam o administrador na aplicação de sanções. Aplicada às infrações e sanções administrativas, a teoria da discricionariedade apresenta peculiaridades não verificadas em outros campos, especialmente no que concerne aos conceitos jurídicos indeterminados. Assim, o capítulo I trata da estrutura constitucional do Estado brasileiro com indicação das principais funções por ele desempenhadas na criação, aplicação e controle das infrações e sanções administrativas. O capítulo II trata do princípio da segurança jurídica e do princípio da legalidade, como expressão do princípio democrático e fundamento da atividade administrativa. O capítulo III trata, particularmente, do controle jurisdicional e discricionariedade, com explicitação dos limites ao controle jurisdicional dos atos administrativos. O capítulo IV trata do regime jurídico aplicável às infrações e sanções administrativas, consideradas expressão do *jus puniendi* estatal. O capítulo V trata da discricionariedade aplicada ao direito administrativo sancionador, com considerações a respeito da utilização de conceitos jurídicos indeterminados na descrição de infrações. O capítulo VI trata de outros princípios a serem observados na imposição das sanções administrativas, todos eles passíveis de controle pelo Poder Judiciário. O capítulo VII trata das excludentes da infração e da questão da transmissibilidade das sanções administrativas a terceiros e por força da sucessão. Ao final são apresentadas as conclusões do estudo.

Palavras-chave: legalidade, discricionariedade, infração, sanção, sancionador, administrativo, controle, jurisdicional, tipicidade, transmissibilidade.

## ABSTRACT

This dissertation deals with the study of administrative discretion applied specifically to the legislation concerning administrative sanctions, with regard to the principles and rules that apply to the administrator when sanctions are used. When applied to infringement and administrative sanctions, the discretion theory shows some unique characteristics that are not to be encountered in other areas, especially as far as undetermined legal concepts are concerned. Chapter One will therefore describe the constitutional structure of the Brazilian state, showing the main functions performed by the said state in creating, using and controlling infringement and administrative sanctions. Chapter Two will cover the principle of legal security and the legality principle as the expression of the democratic principle and the fundamentals of the administration activity. Chapter Three will deal particularly with jurisdictional control and discretion, and will explain the limits to the jurisdictional control of administrative acts. Chapter Four will shed light on the legal regime, which may be applicable to infringement and administrative sanctions that are considered as an expression of the government *jus puniendi*. Chapter Five will address discretion when applied to sanctioning administrative law, with considerations on the use of undetermined legal concepts in the description of infringement. Chapter Six will mention other principles under the control of the Judiciary Power to be considered upon the enforcement of administrative sanctions. Chapter Seven will deal with infringement exculpatory, as well as with the issue of transferability of administrative sanctions to a third party by means of succession. Finally, we will present the conclusions of this study.

Key words: legality, discretion, infringement, sanction, sanctioner, administrative, control, jurisdictional, elements of crime, transferability.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I - O ESTADO BRASILEIRO.....	13
I.1.    Estrutura Constitucional .....	14
I.2.    Funções do Estado .....	20
I.2.1.    A Tripartição dos Poderes .....	21
I.2.2.    Função Legislativa.....	25
I.2.3.    Função Jurisdicional .....	29
I.2.4.    Função Administrativa .....	32
CAPÍTULO II - SEGURANÇA JURÍDICA E LEGALIDADE.....	35
II.1.    Princípio da segurança jurídica .....	35
II.2.    Princípio da legalidade .....	41
II.2.1.    Legalidade no Estado Democrático de Direito.....	42
II.2.2.    Legalidade como fundamento da atividade administrativa: A submissão da administração à lei. ....	46
CAPÍTULO III - CONTROLE JURISDICIONAL E DISCRICIONARIEDADE.....	50
III.1.    A inafastabilidade do controle jurisdicional e a discricionariedade .....	51
III.2.    A Lei como fonte da discricionariedade.....	54
III.3.    Os conceitos jurídicos indeterminados .....	58
III.4.    Discricionariedade em face do caso concreto.....	67
CAPÍTULO IV - INFRAÇÕES E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS .....	70
IV.1.    A unidade do jus puniendi estatal.....	70
IV.2.    Infração e sanção .....	74
IV.3.    Infração como ato jurídico.....	78
IV.4.    Critério diferenciador .....	79
IV.5.    Estrutura da norma legal sancionadora.....	81
IV.6.    Estrutura do ato administrativo sancionador .....	82
IV.7.    Finalidade da sanção administrativa.....	84
IV.8.    Legalidade e tipicidade .....	87
IV.9.    Exigência de dolo ou culpa.....	90
CAPÍTULO V - CONTROLE JURISDICIONAL DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVA ..	94
V.1.    Discricionariedade na norma sancionadora.....	94
V.1.2.    Discricionariedade na hipótese da norma .....	96
V.1.3.    Discricionariedade na consequência da norma (sanção) .....	101
V.2.    Inexistência de discricionariedade in concreto .....	104
VI.3.    Utilização de conceitos jurídicos indeterminados na descrição das infrações. ..	107
CAPÍTULO VI - OUTROS PRINCÍPIOS A SEREM OBSERVADOS NA IMPOSIÇÃO DAS SANÇÕES.....	111
VI.1.    Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade .....	111
VI.2.    Princípio do ‘non bis in idem’ .....	117
VI.3 - Princípio da motivação.....	123
VI.4.    Princípio da anterioridade e retroatividade da lei mais benéfica.....	125
VI.5.    Contraditório e ampla defesa no processo administrativo.....	129
CAPÍTULO VII - EXCLUDENTES DA INFRAÇÃO E A QUESTÃO DA TRANSMISSIBILIDADE DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS .....	133
VII.1.    Excludentes da infração administrativa.....	133
VII.1.1.    Caso fortuito e força maior.....	133

VIII.1.2. Estado de necessidade, Legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito.....	135
VII.1.3 Doença mental.....	136
VII.1.4. Coação irresistível e obediência hierárquica.....	136
VII.1.5 – Erro.....	137
VII.1.5.1. Erro de tipo.....	138
VII.1.5.2. Erro de proibição.....	139
VII.2. Transmissibilidade das sanções administrativas.....	140
VII.2.1. Responsabilização de terceiros.....	141
VII.2.2. Transmissibilidade no caso de sucessão.....	144
CONCLUSÕES.....	147
BIBLIOGRAFIA.....	155

## INTRODUÇÃO

O tema relativo a infrações e sanções administrativas, que até há pouco despertava reduzido interesse por parte da doutrina brasileira, mereceu, nos últimos anos, inúmeros e valorosos estudos a demonstrar o seu crescente prestígio entre nós.

Fato é que o estudo do direito administrativo sancionador, que tinha sua importância ligada, fundamentalmente, ao processo administrativo disciplinar, ganhou relevo com a ampliação da competência sancionadora da Administração Pública acompanhada da previsão legislativa de sanções administrativas cada vez mais graves.

De outro lado, a discricionariedade administrativa é tema que, embora guarde intermináveis polêmicas, já de há muito vem despertando interesse da doutrina, estando razoavelmente sedimentado.

O que se pretende, sob o tema “a extensão do controle jurisdicional das sanções administrativas”, é abordar a discricionariedade aplicada ao direito administrativo sancionador, com indicação dos princípios e regras que vinculam o administrador na aplicação de sanções.

Para tanto, parte-se da análise da estrutura constitucional do Estado brasileiro e das principais funções por ele desempenhadas para a previsão, aplicação e controle das sanções administrativas.

No capítulo seguinte, são analisados a segurança jurídica e o princípio da legalidade, tendo a lei como expressão maior do interesse público em razão de sua legitimidade democrática nos termos da Constituição Federal.

As anotações a respeito da estrutura constitucional do Estado, da segurança jurídica e do princípio da legalidade afiguram-se especialmente relevantes no momento atual em que a Constituição Federal é freqüentemente desrespeitada e as garantias do cidadão são esgarçadas por interpretações enviesadas, e por vezes tendenciosas, de regras e princípios constitucionais.

Parte-se, então, para o estudo do controle jurisdicional e da discricionariedade dos atos administrativos, com a indicação de seus fundamentos e apontamentos a respeito de seu regime jurídico.

Logo em seguida, examina-se o regime jurídico das infrações e sanções administrativas no ordenamento jurídico brasileiro para, mais adiante, tratar, especificamente, do controle jurisdicional das sanções administrativas, com o exame da discricionariedade na norma sancionadora e considerações a respeito de sua subsistência diante do caso concreto.

Em seqüência, são apresentados os princípios a serem observados na tipificação de infrações e aplicação de sanções administrativas, todos sujeitos a controle jurisdicional.

Por fim, são indicadas as excludentes da infração, passíveis de reconhecimento pelo Poder Judiciário, e analisados os casos em que é possível a transmissão das sanções administrativas a terceiros responsáveis ou por força da sucessão.

Assim, parte-se do geral para o particular, procurando-se abordar o tema de maneira abrangente, com a apresentação das premissas necessárias, mas sem perder o foco daquilo que constitui o objeto central do presente estudo: a extensão do controle jurisdicional das sanções administrativas.

## CAPÍTULO I - O ESTADO BRASILEIRO

O controle judicial das sanções administrativas é atividade que implica tanto o exercício da função jurisdicional quanto das funções legislativa e administrativa.

Ocorre que, para a aplicação de uma sanção administrativa há necessidade de lei que, ao descrever as infrações e prescrever as respectivas sanções, autoriza e ao mesmo tempo limita a atividade administrativa. Ao Judiciário, por sua vez, cabe analisar se o exercente da função administrativa, ao aplicar uma sanção, agiu ou não de acordo com os ditames legais.

Trata-se, em última instância, da análise da relação existente entre as três principais funções estatais (legislativa, administrativa e jurisdicional), aplicada ao campo específico das infrações e sanções administrativas e limitada ao ordenamento jurídico brasileiro, objeto do presente estudo. Para tanto, faz-se necessário analisar a estrutura do Estado brasileiro, que se adota como ponto inicial para o desenvolvimento do presente trabalho.

E para a investigação a respeito da estrutura do Estado deve-se partir, necessariamente, da Constituição.

Como ensina Paulo Bonavides

do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª Edição. São Paulo. Malheiros: 2007. p. 80.

Acrescenta o constitucionalista que “não há Estado sem Constituição”.

### **I.1. Estrutura Constitucional**

De acordo com a Constituição a República Federativa do Brasil “constitui-se em Estado Democrático de Direito”<sup>2</sup>.

Poder-se ia, partindo da norma constitucional, recorrer a conceitos histórico-filosóficos para determinar o significado de “Estado Democrático de Direito” e, tendo determinado, tirar as conseqüências dele decorrentes.

Embora não se negue a importância do conceito histórico, a que a Constituição inegavelmente faz referência, o estudioso do Direito deve, em primeiro lugar, buscar no próprio texto constitucional elementos que lhe permitam formar o conceito sem ter que recorrer a idéias pré-existentes.

A Constituição brasileira apresenta, logo em seu artigo 1º, como fundamentos do Estado, “a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político”. Dispõe também, e é essa a matriz constitucional do princípio democrático, que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, nos termos da Constituição.

No artigo 2º, está determinado que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

---

<sup>2</sup> Art. 1º, *caput*, da Constituição Federal brasileira.

É a tripartição dos poderes, inicialmente proposta por Montesquieu<sup>3</sup>, adotada para o Estado brasileiro. Ressalte-se, desde logo, a independência e harmonia entre os Poderes, o que depende da constante “vigilância” de um Poder sobre o outro e do efetivo exercício, por parte de cada um dos Poderes, das funções que lhe foram atribuídas<sup>4</sup>.

Logo de início, portanto, estão consagrados em nossa Constituição, o princípio democrático e a separação dos poderes como pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Além dos princípios citados, são direitos e garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito os “direitos e garantias individuais e coletivos”, previstos no art. 5º e seus incisos, e os “direitos sociais” previstos nos artigos 6º a 11, todos da Constituição. São exatamente esses direitos e garantias, ditos fundamentais, que conferem aos cidadãos uma parcela inalienável de direitos que limitam e condicionam a atuação estatal (art. 5º) e garantem, aos cidadãos, um mínimo de dignidade a ser obrigatoriamente proporcionada pelo Estado através de sua efetiva atuação (arts. 6º a 11).

---

<sup>3</sup> *“En cada Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas ao derecho de gentes, y el poder ejecutivo de las cosas que dependem del derecho civil.*

*En virtud del primero, el principe o jefe del Estado hace leyes transitorias o definitivas, o derroga las existentes. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadas, establece la seguridad pública e precave las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos y juzga las diferencias entre particulares. Se llama a esta último poder judicial, y al otro poder ejecutivo del Estado.”* (MONTESQUIEU. *Del Espíritu de Las Leyes*. Livro XI, Cap. VI: “De La Constitución de Inglaterra”, trad. Nicolás Estévanez. México. Editorial Porrúa S.A.: 1971)

<sup>4</sup> De acordo com Jessé Torres Pereira Junior: “A solução foi, e ainda é, a de estabelecer freios e contrapesos entre os Poderes, todos independentes e harmônicos entre si, mas sujeitos a controles recíprocos, que somente a Constituição pode criar com força cogente, porque a todos se impõe como pacto negociado pela sociedade que, a seu turno, deve ser mais participante na definição de políticas e na cobrança de resultados.” (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Controle Judicial da Administração Pública: Da Legalidade Estrita à Lógica do Razoável*. 2ª Edição. Belo Horizonte. Ed. Fórum: 2006. p. 20.)

Nos artigos 14 a 16 da Constituição estão previstos os direitos políticos, já o artigo 17 trata dos partidos políticos, ambos importantes instrumentos de realização da democracia.

Com relação aos direitos políticos merece especial menção o artigo 14 que determina que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular”. Com relação aos partidos políticos cabe ressaltar a liberdade para sua *criação, incorporação e extinção* e a garantia do *pluripartidarismo*.

A organização do Estado está prevista no Título III da Constituição, sendo o Capítulo I relativo à organização político-administrativa que, nos termos do artigo 18, “compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos nos termos” da Constituição.

Após tratar mais especificamente de cada um dos entes da federação e disciplinar os casos de intervenção nos Estados, Distrito Federal e Municípios, passa a Constituição à disciplina da “Administração Pública” nos artigos 37 a 43.

Curioso notar, nesse ponto, que o artigo 37, *caput* faz menção à “administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União” e não apenas do Poder Executivo, a indicar, desde logo, que a atividade administrativa é comum aos Três Poderes.

Feita a observação, cumpre esclarecer que quando faz referência aos *Poderes da União* a Constituição adota um critério subjetivo, descrevendo o conjunto de órgãos que têm sua organização e funcionamento por ela

determinados em capítulos próprios – *Do Poder Legislativo; Do Poder Executivo e do Poder Judiciário* - todos inseridos no Título IV: *Da Organização dos Poderes*.

A cada um dos três Poderes foi conferido certo grau de autonomia para tratar de sua organização administrativa interna e regime de pessoal<sup>5</sup> o que reforça o entendimento de que há atividades que, por sua natureza, lhes são comuns.

Voltando à soberania popular e à democracia, curioso notar, em relação aos Poderes da União, que tanto os membros do Legislativo, quanto o chefe do Executivo exercem mandato e são eleitos pelo voto popular, já os integrantes do Poder Judiciário, em regra, ingressam na carreira por meio de concurso público (art. 93, I).

Para justificar a diferença de tratamento cabe fazer referência às lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello para quem a gerência dos negócios do Estado envolveria apenas as suas ações legislativa e executiva e não a ação judicial.

De acordo com o autor

Legislativo e Executivo constituem dois sistemas orgânicos autônomos, por razões formais, constitucionais, porém do mesmo poder, o político; enquanto o Judiciário constitui sistema orgânico

---

<sup>5</sup> Nesse sentido, cabe fazer referência aos seguintes artigos constitucionais:

- com relação ao Poder Legislativo: 49, VI e VII; 51, III e IV e 52, XII e XIII;

- com relação ao Poder Executivo: 61, §1º, I e II; 84, I, II, VI e XXV; e

- com relação ao Poder Judiciário: 93; 96, I, “a”, “b”, “c”, “d”, “e” e “f”; 96, II, “a”, “b”, “c”, “d”; 96, III; 99 e parágrafos.

deles separado, pela própria natureza do seu objeto, e participante de outro poder, o jurídico<sup>6</sup>.

Ainda que se discorde da classificação dúplice proposta pelo autor citado, que enxerga as ações legislativa e executiva como manifestações de uma mesma função do Estado, dita administrativa, não se pode negar a procedência de algumas de suas afirmações.

Como bem ressaltado pelo Prof. Bandeira de Mello as ações legislativa e executiva “constituem, na verdade, os fins utilitários do Estado-poder, de gerência dos seus negócios, mediante programa de ação e sua efetivação”<sup>7</sup>. Já a ação judicial, para o autor, tem preocupação diversa,

a de manter a ordem jurídica em vigor, a de assegurar o direito vigente, acaso ameaçado ou desrespeitado, que busca proteger, e a realização efetiva da decisão, sua consequência lógica.<sup>8</sup>

Sendo as ações legislativa e executiva as responsáveis pela *gerência dos negócios do Estado*, por fixar as diretrizes e dar efetividade à ação estatal, participante do *poder político*, constitui imperativo do princípio democrático que aqueles em última análise responsáveis pelo seu exercício sejam eleitos pelo voto popular. De outro lado, sendo a ação judicial participante do *poder jurídico*, uma atividade técnica de proteção do direito vigente, não-responsável pela fixação e execução de diretrizes políticas, é razoável e até desejável que a escolha de seus exercentes seja feita mediante a comprovação da capacidade técnica específica, através do concurso público.

---

<sup>6</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios de Direito Administrativo*. vol. I. 3ª Edição. São Paulo. Malheiros: 2007. p. 58

<sup>7</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Op. Cit. p. 50.

<sup>8</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Op. Cit. p. 50.

Vale ressaltar que após determinar que o “Poder Legislativo será exercido pelo Congresso Nacional” (art. 44) e o “Poder Executivo pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros do Estado”, a Constituição deixa de mencionar, de forma expressa, o exercício do Poder Judiciário. Ao tratar do Poder Judiciário, inicia a Constituição pela enumeração dos órgãos que o compõem (art. 92) sem mencionar expressamente o “exercício de um poder”.

A diferença de tratamento indica que, diferentemente do que ocorre com o Poder Judiciário, ao tratar dos Poderes Legislativo e Executivo, embora adotando o critério orgânico ou subjetivo, o texto constitucional faz referência a um poder político, incumbindo seu exercício aos detentores de mandato popular e seus auxiliares diretos.

A despeito de reconhecer as semelhanças entre as ações legislativa e executiva do Estado, entretanto, faz-se necessário esclarecer a existência de diferenças que justificam tratá-las como funções distintas, o que será melhor explorado mais adiante, em tópico específico.

Inúmeras outras características foram delineadas pela Constituição, mas uma idéia, ainda que bastante superficial, como a que acabou de ser apresentada, sobre a estrutura constitucional do Estado brasileiro é, além de essencial, suficiente para servir de base ao entendimento do regime jurídico das infrações e sanções administrativas e seu controle judicial, objeto do presente estudo.

## I.2. Funções do Estado

Como mencionado no tópico anterior “todo o poder emana do povo que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente”. É, portanto, exigência do princípio democrático a titularidade do poder pelo povo. Tira-se, daí, que aquele que exerce o poder estatal não o exerce em nome próprio, mas sim em nome da coletividade, estando a ela vinculado.

Nesse sentido, Renato Alessi diz que “o poder estatal, considerado como dirigido às finalidades de interesse coletivo, e enquanto objeto de um dever jurídico em relação com sua aplicação, constitui uma função estatal”<sup>9</sup>.

Extraí-se, das lições de Alessi, que as finalidades a serem satisfeitas pela atuação estatal são aquelas determinadas pelo interesse coletivo expresso através do ordenamento jurídico. É de fundamental importância a constatação feita pelo autor italiano de que os poderes estatais são objeto de um dever jurídico e, portanto, apenas instrumentos necessários para a sua realização.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello

função pública, no Estado Democrático de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica<sup>10</sup>.

Não se pode perder de vista, portanto, o caráter instrumental dos poderes estatais, que somente serão legítimos enquanto necessários ao cumprimento das finalidades públicas a que estão predispostos. Daí porque,

<sup>9</sup> ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Trad. da 3ª edição italiana por Buenaventura Pellisé Prats. Tomo I. Bosch. Barcelona. Casa Editorial: 1970. p.6

<sup>10</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª edição. São Paulo. Malheiros: 2008. p. 29

seguindo as lições do Prof. Celso Antônio, em um Estado Democrático de Direito não cabe falar em poder estatal, mas sim em dever-poder, a realçar a importância do dever e a instrumentalidade do poder que lhe é correlato.

Dessa forma, sempre que houver referência a uma função estatal estar-se-á evidenciando a existência de um dever de perseguir e realizar determinadas finalidades públicas mediante a utilização de poderes que são conferidos aos agentes públicos. O uso de tais poderes somente será legítimo quando estritamente necessário ao cumprimento das finalidades públicas a que se dispõem<sup>11</sup>.

Como consequência do que se acaba de expor, é preciso esclarecer, ao menos com relação ao Estado brasileiro, a inexistência de um poder estatal que não seja instrumento de um dever, vinculado a uma determinada finalidade, que não seja fundado e de alguma forma limitado pela ordem jurídica.

### **I.2.1. A Tripartição dos Poderes**

Ao tratar do Estado Liberal e suas bases ideológicas, modelo construído em meados do século XVIII, com base no *Contrato Social* de Rousseau e *O Espírito das Leis* de Montesquieu, Juan Alfonso Santamaría Pastor narra que o princípio da divisão dos poderes não era apenas uma medida de racionalização do aparato estatal, mas, antes de tudo, um instrumento de

---

<sup>11</sup> Sílvio Luís Ferreira da Rocha, ao tratar da função social da propriedade pública, afirma que “a sujeição da Administração ao atendimento de um fim legal marca de tal modo o conteúdo da função administrativa, que projeta efeitos sobre a relação jurídica de domínio, transformando-a”. (FERREIRA DA ROCHA, Sílvio Luís. *Função Social da Propriedade Pública*. 1ª edição. São Paulo. Malheiros:2005. p. 126)

defesa da liberdade dos cidadãos, uma aspiração burguesa como forma de contenção do poder político que se encontrava nas mãos da nobreza<sup>12</sup>.

O modelo então criado, inicialmente uma aspiração burguesa de contenção do poder nobiliárquico, teve tamanha aceitação e foram tantos os seus méritos que, ainda hoje, continua sendo amplamente adotado.

#### De acordo com Geraldo Ataliba

a tripartição do poder aparece como a forma mais perfeita, para assegurar-se o regime republicano representativo, com os seus necessários ingredientes de responsabilidade e igualdade (ou isonomia jurídica), diante do poder do estado. Engendra um sofisticado mecanismo de ‘checks and balances’ – como o designam os doutrinadores norte-americanos – que tende a realizar o postulado de que ‘o poder contenha o poder’<sup>13</sup>.

E é esse modelo, da tripartição do poder, justamente o que foi adotado entre nós.

Como visto, o Estado brasileiro é constituído pelos chamados Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Cada um desses Poderes é, na acepção empregada, um conjunto de órgãos estatais que recebem tratamento específico da carta constitucional. Não se trata, portanto, de poder propriamente dito, entendido como capacidade ou possibilidade de agir, de produzir efeitos<sup>14</sup>, mas, sim, como já afirmado, de conjunto de órgãos estatais que tem seu regime jurídico delineado pela constituição federal.

<sup>12</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. vol. I. 1ª Edição. Madrid. Ilustel: 2004. p. 44.

<sup>13</sup> ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais: 1985. p. 20.

<sup>14</sup> BOBBIO, Norberto, MATEUCCI, Nicola e PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. 2ª Edição. Brasília. Editora Universidade de Brasília: 1983.

Pode-se afirmar, dessa forma, que a Constituição, ao tratar da separação dos poderes, toma como ponto de partida o critério orgânico ou subjetivo, descrevendo as diferentes “pessoas” - conjunto de órgãos – incumbidas do desempenho das mais variadas funções estatais.

Não se pode afirmar, entretanto, que a cada um desses conjuntos de órgãos corresponda uma e apenas uma função<sup>15</sup>. O que é possível dizer, tomando por base as lições de Alessi<sup>16</sup>, é que cada um dos poderes tem atribuído a si, de forma normal e característica, o exercício de uma função. Assim, de forma normal e característica, é atribuído ao Judiciário o exercício da função jurisdicional; ao Executivo da função administrativa e ao Legislativo da função legislativa.

A atribuição de uma determinada função, de forma normal e característica, a um dado Poder não implica, entretanto, impossibilidade do exercício de outras funções que não lhe sejam típicas, daí ser insuficiente o critério orgânico ou subjetivo para a definição das funções estatais.

---

<sup>15</sup> Vale lembrar, nesse ponto, o quanto afirmado em tópico anterior (I.1) sobre a existência de atividades que, por sua natureza, são comuns aos três Poderes.

De acordo com Agustín Gordillo: *“Todo sería sencillo si las funciones legislativa, administrativa y jurisdiccional estuvieran respectiva y exclusivamente a cargo de los órganos legislativo (Congreso), administrativos (órganos dependientes del Poder Ejecutivo) y judiciales (órganos independientes). Pero las dificultades surgen de que ello no es así; de que cada órgano no se limita únicamente a la función que le corresponde y que, por lo tanto, la separación de funciones en cuanto atribución de éstas a órganos diferenciados se realiza sólo imperfectamente”*. (GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1º. Parte General. 8ª Edición. Buenos Aires. F.D.A.: 2003. p. IX-3.)

<sup>16</sup> Diz Alessi: *“Segun la teoria de la división de poderes, para conseguir la garantia de las libertades civiles y politicas, cada una de las tres series de actividades que corresponden a las tres funciones fundamentales antes citadas (legislativas, jurisdiccional y ejecutiva) que deben distinguirse en el conjunto generico de las funciones estatales, ha de ser atribuida a un orden distinto de órganos del Estado como competencia, si no absoluta, como pretendia la formulacion original, de la teoria (lo que seria prácticamente irrealizable y perjudicial), al menos como competencia característica y normal”*. (ALESSI, Renato. Op. Cit. p. 10.)

Sendo insuficiente o critério orgânico, cabe indagar se seria possível a utilização de um critério puramente objetivo, material, para se definir as diversas funções estatais. A resposta, mais uma vez é negativa.

Fato é que, ao invés de optar por um critério, com exclusão dos demais, deve-se buscar, no ordenamento, o regime jurídico das atividades estatais para, somente então, valendo-se das características comuns, agrupá-las em conjuntos distintos, correspondentes, cada qual, a uma determinada função estatal. A definição dos conjuntos, nesse caso, pode requerer – e de fato requer – a conjugação dos critérios orgânico e material. O essencial é que o critério escolhido seja útil para identificar os diferentes conjuntos de atos estatais submetidos, cada um deles, a um regime jurídico comum.

Poder-se ia, ainda, cogitar a utilização de um critério negativo ou residual para a definição da função administrativa, justamente aquela que apresenta maior dificuldade<sup>17</sup>. Nesse caso, definidas as funções legislativa e jurisdicional do Estado através de seu regime jurídico, o restante das atividades estatais seria considerado exercício de função administrativa.

Ocorre que é preciso considerar a possibilidade da existência de atividades desempenhadas pelo Estado que não configuram o exercício de

---

<sup>17</sup> De acordo com José Luis Villar Palasi: “*La variedad de actividades de la Administración pública, la multiforme acción que ésta realiza, la heterogeneidad de fines que son servidos por la Administración hacen que, ya, intuitivamente, se evidencie la dificultad de encuadrar a la Administración pública en una definición científica y estable.* (PALASI, José Luis Villar. *Derecho Administrativo, Introducción y Teoría de Las Normas.*” Madrid. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones: 1968. p. 39.)

função legislativa, jurisdicional ou administrativa<sup>18</sup>. A existência de atividades que não configuram o exercício de qualquer das funções mencionadas implica, desde logo, a ineficiência, a imprestabilidade da utilização de um critério residual, da definição de função administrativa pela exclusão das demais mencionadas.

Feitas as considerações gerais, passa-se à análise de cada uma das três funções essenciais.

### **I.2.2. Função Legislativa**

De acordo com Otto Mayer a grande novidade trazida pelo direito constitucional moderno ao conceito de legislação foi a necessária participação do “corpo representativo” na sua formação. De acordo com o autor a legislação, que era o estabelecimento de *reglas gerais e obligatorias para todos os súditos pelo soberano*, adquiriu um *novo elemento característico*. Dessa forma, para o autor, legislação continuava a ser o “estabelecimento de regras de direito pelo poder soberano” com a diferença de que esse poder somente poderia se manifestar com o “concurso de um corpo representativo”<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Nas lições de Otto Mayer: “*no es administración todo aquello que el Estado hace fuera de la legislación y de la justicia*. Como exemplo de atividades que não se enquadram em nenhuma das três funções citadas o autor indica as *actividades auxiliares do direito constitucional e os atos de governo*.” (MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Tomo I. 2ª Edição inalterada. Buenos Aires. Ediciones Depalma: 1982. p 10)

Agustín Gordillo, por sua vez, esclarece que “*un criterio residual o negativo, en efecto, solamente puede ser útil en la medida en que se pueda precisarse aquello que se excluye: no estando aproximativamente estipulado el concepto de las funciones excluidas, no resulta entonces clara la caracterización o descripción de lo que se identifica como residual*”. (GORDILLO, Agustín. Op. Cit. p. IX5.)

<sup>19</sup> MAYER, Otto. Op. Cit. p. 6

Alessi, ao tratar da função legislativa, afirma que do ponto de vista jurídico legislação “é a emanção de atos de produção jurídica primários, fundados única e exclusivamente no poder soberano, do qual constituem exercício direto e primário”<sup>20</sup>. Esclarece o autor que a lei não é só uma inovação no mundo jurídico, o que a equipararia, em certa medida, ao ato administrativo, à sentença e ao próprio negócio jurídico primário, mas também uma inovação primária.

Tratando do ordenamento jurídico brasileiro tem-se que a aprovação de leis é de competência exclusiva dos órgãos legislativos<sup>21</sup> e, nos termos da Constituição, somente a lei pode inovar no mundo jurídico, criando direitos e obrigações.

Ocorre que, ao lado da lei, prevê a Constituição, em seu artigo 62, que “em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”.

Assim como a lei, portanto, a medida provisória pode inovar originariamente na ordem jurídica. Cumpre esclarecer, portanto, se a edição de medidas provisórias constitui ou não exercício de função legislativa pelo Poder Executivo.

---

<sup>20</sup> ALESSI, Renato. Op. Cit. p. 7

<sup>21</sup> É preciso esclarecer que, nos termos do artigo 68 da Constituição Federal, há possibilidade de elaboração de lei (lei delegada) pelo Presidente da República em caso de delegação pelo Congresso Nacional, que deverá especificar o conteúdo e os termos do exercício da competência delegada. São insuscetíveis de delegação os atos e matérias descritos no artigo 68, §1º da Constituição.

Dessa forma, é possível ao órgão legislativo, titular exclusivo da competência, delegá-la nos termos das disposições constitucionais.

Nesse sentido, importante ressaltar que, além das restrições com relação à matéria e dos requisitos constitucionais para sua edição – relevância e urgência –, as medidas provisórias são destinadas a produzir efeitos por tempo determinado até que haja sua apreciação pelo Poder Legislativo que poderá convertê-las ou não em lei.

Vale ressaltar, nos termos do artigo 62, §3º da Constituição Federal que

as medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

Tem-se, portanto, que as medidas provisórias são destinadas a produzir efeitos por tempo limitado, cabendo ao Congresso Nacional não só decidir sobre sua conversão em lei, mas também disciplinar, por meio de decreto, as relações jurídicas decorrentes das medidas que perderam sua eficácia em razão de não terem sido convertidas no prazo constitucional.

Com o que se expôs é possível afirmar que a edição de medida provisória pelo Presidente da República marca o início do processo legislativo que pode resultar desde sua conversão até, no extremo oposto, a perda de sua eficácia, desde o início, cabendo ao Congresso disciplinar os efeitos já produzidos.

Assim, a edição de medida provisória não dever ser entendida como exercício acabado da função legislativa, mas, de forma diversa, como uma espécie de iniciativa de lei proposta pelo Poder Executivo que, em razão de sua relevância e urgência, é submetida a processo legislativo especial sendo capaz

de gerar efeitos desde sua edição, antes mesmo da aprovação pelo Congresso Nacional. Somente a efetiva urgência e relevância da matéria são capazes de justificar o uso do procedimento especial mencionado e, conseqüentemente, a produção de efeitos imediatos, previamente à manifestação do Poder Legislativo.

Feitas essas breves considerações iniciais, passa-se à conceituação de função legislativa. Diz Seabra Fagundes que “pela função legislativa o Estado edita o direito positivo posterior à Constituição, ou, em termos mais precisos, estabelece normas gerais, abstratas e obrigatórias, destinadas a reger a vida coletiva”<sup>22</sup>.

Na mesma linha, mas com diferenças, o conceito do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello para quem função legislativa: “é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de normas gerais, normalmente abstratas, que inovam inicialmente na ordem jurídica, isto é, se fundam direta e imediatamente na Constituição”<sup>23</sup>.

De ambos os conceitos que acabam de ser apresentados, assim como o de Alessi, pode-se dizer não têm uma maior preocupação com o aspecto subjetivo, com os órgãos incumbidos do exercício da função. Ambos os conceitos limitam o caráter subjetivo à menção ao Estado ou ao poder soberano.

Fazendo uso das lições de Otto Mayer, mencionadas acima, cabe acrescentar, portanto, ao conceito, a menção ao corpo representativo, a demonstrar a necessidade de participação dos órgãos legislativos no exercício da

---

<sup>22</sup> FAGUNDES, SEABRA. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 4ª Edição. São Paulo. Saraiva: 1984. p.4.

<sup>23</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. Cit. p. 35.

função que lhes é correlata, evidenciando, dessa forma, a separação dos poderes e a impossibilidade do exercício de função legislativa pelos demais órgãos do Estado.

Assim, pode-se dizer, tomando por base o conceito do Prof. Celso Antônio, mas com a alteração mencionada, que função legislativa é

a função que o Estado, e somente ele, com a participação de seu corpo representativo (legislativo), exerce por via de normas gerais, normalmente abstratas, que inovam inicialmente na ordem jurídica, isto é, se fundam direta e imediatamente na Constituição.

Vale ressaltar, por fim, a despeito de estar implícito, que o exercício da função legislativa encontra limites negativos e positivos no texto constitucional, ao qual está diretamente vinculada.

### **I.2.3. Função Jurisdicional**

Diz a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. É do Judiciário, portanto, a competência para resolver conflitos de forma definitiva.

Como bem ilustrado pelo Prof. Jessé Torres Pereira Junior

na pirâmide dos controles, o vértice é ocupado pelo Judiciário, posto que lhe cabe dar a última palavra sobre se as normas expedidas e os atos praticados nos mais recônditos escaninhos da ordem jurídica se compadecem, ou não, com os princípios e normas do sistema.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Op. Cit. p. 29

Assim, os demais Poderes, ainda quando decidam processos administrativos de sua competência, estão sempre sujeitos ao controle de legalidade por parte do Poder Judiciário, daí porque não se pode dizer que têm competência para decidir de forma definitiva o que, por si só, já é suficiente para afirmar que sua atuação no processamento e julgamento de processos administrativos está sujeita a regime jurídico distinta daquela exercida pelo Poder Judiciário na solução de conflitos.<sup>25</sup>.

Ainda, com relação aos demais Poderes, pode-se dizer que, a despeito do dever de imparcialidade que se lhes impõe, decidem conflitos de que são partes enquanto o Judiciário atua como terceiro desinteressado.

A titularidade do exercício da função jurisdicional pelo Poder Judiciário não permite, entretanto, definir a função apenas pelo aspecto subjetivo. Ocorre que, embora seja o único Poder legitimado para exercer função jurisdicional, é preciso lembrar, conforme já demonstrado em tópicos anteriores, que o Judiciário exerce também outras funções.

Feita a introdução, passa-se ao conceito formulado pelo Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello a respeito da função jurisdicional:

---

<sup>25</sup> Nesse sentido, as lições de Agustín Gordillo tendo por base a Constituição Argentina: “*El régimen jurídico propio de la función jurisdicional es que la decisión pueda ser definitiva y, fundamentalmente, que sea producida por un órgano imparcial (ajeno a la contienda; un tercero desinteresado del proceso) e independiente (no sujeto a órdenes o instrucciones de nadie: por ello la primera virtud de un juez debe ser la coraje). Ello nasce como exigencia desde el art. 18 de la Constitución, cuando expresa que es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. Lo reafirma el art. 109 en cuanto prohíbe al Poder Ejecutivo ‘ejercer funciones judiciales, arrogar-se el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas’.* Sería inconstitucional, a la luz de estas normas, querer atribuir a la administración la facultad de decidir controversias entre particulares en forma definitiva, sin posibilidad de que éstos recurran ante la justicia” (GORDILLO, Agustín. Op. Cit. p. IX, 12.)

é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de ‘coisa julgada’, atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido recurso<sup>26</sup>.

A referência a “decisões que resolvem controvérsias” exclui, logicamente, a chamada jurisdição voluntária em que não há conflito entre as partes, que buscam apenas uma chancela do Poder Judiciário. A referência à força de “coisa julgada” e ao Poder Judiciário, por sua vez, excluem da função jurisdicional todos os casos de contencioso administrativo e funções exercidas pelos demais poderes.

Vale ressaltar que a simples menção à solução de conflitos pelo Poder Judiciário seria insuficiente porque o contencioso administrativo encontra-se presente também no Judiciário, como é o caso, por exemplo, dos processos administrativos disciplinares movidos contra magistrados ou qualquer outro integrante do referido poder.

Tem-se, portanto, que o conceito identifica de forma satisfatória as atividades do Estado que configuram o exercício de função jurisdicional e é aqui adotado sem qualquer modificação para delimitar e esclarecer o tema do presente estudo.

---

<sup>26</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. Cit. p. 36

#### I.2.4. Função Administrativa

A função administrativa, embora típica do Poder Executivo não lhe é exclusiva conforme já demonstrado, o que implica a imprestabilidade de qualquer tentativa de sua definição pelo aspecto subjetivo.

Do ponto de vista subjetivo, entretanto, é importante mencionar que das três funções principais é a única passível de ser exercida por particulares, não integrantes do aparelho estatal, como é o caso, por exemplo, dos concessionários de serviço público.

O aspecto subjetivo, portanto, tem importância na demonstração da possibilidade de a função ser exercida por qualquer agente público<sup>27</sup>, aqui considerado em sua acepção mais ampla, incluindo, além dos agentes políticos e servidores estatais, os particulares em colaboração com a Administração.

A constatação é importante e não pode ser ignorada na formulação do conceito, sob pena de se chegar a resultado restritivo, incapaz de abarcar a totalidade dos atos expedidos no exercício da mencionada função.

O desafio, portanto, está na formulação de um conceito suficientemente amplo para abarcar a totalidade dos atos administrativos, mas restritivo o bastante para diferenciá-los das demais atividades do Estado.

---

<sup>27</sup> Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello: “essa expressão – agentes públicos – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Op. Cit. p. 242.)

Para se chegar a tal resultado pode-se começar afirmando que a função administrativa, normalmente, tem por objeto a execução de lei sendo, portanto, atividade infralegal. Há casos, ainda, em que a atividade administrativa, excepcionalmente, é fundada diretamente em normas constitucionais.

A atividade infraconstitucional somente se justifica quando, em razão da precisa delimitação de seus elementos, a norma constitucional pode ser aplicada diretamente, sem necessidade de lei que a regule.

Outra importante característica que se pode verificar a respeito da função administrativa é que seu exercício pelos órgãos estatais, incluindo os órgãos legislativos e judiciários, se dá na “intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos”<sup>28</sup>. É justamente essa uma das características que permite diferenciar, no Poder Judiciário, os processos administrativos dos processos judiciais.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> Do conceito de função administrativa de Celso Antônio Bandeira de Mello: “é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. 2008. Op. cit. p. 36.)

<sup>29</sup> Na definição de Maria Sylvia Zanella di Pietro, tendo por base definição formulada por Mário Masagão hierarquia pode ser entendida como “o vínculo que coordena e subordina uns aos outros os órgãos da Administração Pública graduando a autoridade de cada um.” Ainda, após ressaltar a existência de órgãos administrativos nos Poderes Legislativo e Judiciário, submetidos a um regime hierárquico, esclarece a autora, “Nos Poderes Judiciário e Legislativo não existe hierarquia no sentido de relação de coordenação e subordinação, no que diz respeito às suas funções institucionais. No primeiro, há uma distribuição de competências entre instâncias, mas uma funcionando com independência em relação à outra; o juiz da instância superior não pode substituir-se ao da instância inferior, nem dar ordens ou revogar e anular os atos por este praticados. No Legislativo, a distribuição de competências entre Câmara e Senado também se faz de forma que haja absoluta independência funcional entre uma e outra Casa do Congresso.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª edição. São Paulo. Atlas: 2007. p. 84)

Vale ressaltar que quando a função é exercida por particulares em colaboração com a Administração não cabe falar em hierarquia.

Por fim, tem-se que a atividade administrativa, fundada na lei ou na Constituição, estará sempre sujeita a controle de legalidade pelo Poder Judiciário a quem, fazendo uso das já citadas palavras do Prof. Jessé Torres Pereira Junior, “cabe dar a última palavra sobre se as normas expedidas e os atos praticados nos mais recônditos escaninhos da ordem jurídica se compadecem, ou não, com os princípios e normas do sistema”.

Com base no que foi até aqui exposto, já é possível afirmar que função administrativa é a função que o Estado, através de uma *estrutura e regime hierárquicos*, ou quem lhe faça as vezes, exerce através de atividades fundadas diretamente na lei ou, excepcionalmente, em normas constitucionais, quando precisos seus elementos, todos sujeitos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

A importância da definição para o presente estudo está no fato de que seu objeto restringe-se às sanções impostas no exercício da função administrativa, excluindo-se as demais.

## CAPÍTULO II - SEGURANÇA JURÍDICA E LEGALIDADE

### II.1. Princípio da segurança jurídica

Muito se fala de segurança jurídica sem, no entanto, dar ao princípio a importância e o alcance que ele merece. Trata-se, contudo, como bem ressaltado pelo Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello de um princípio “comum a todo e qualquer sistema jurídico”<sup>30</sup>.

A constatação não se deve tanto ao fato de todos os sistemas jurídicos terem adotado tal princípio, mas, de forma diversa, à percepção de que não é possível existir sistema jurídico sem uma mínima garantia de segurança.

É que a própria existência de um sistema de normas postas decorre da necessidade do ser humano em ver garantido um certo grau de certeza e de estabilidade nas suas relações, alguma previsibilidade a respeito das conseqüências de seus atos e uma esfera de direitos minimamente protegida.

Não é por outra razão que Márcio Cammarosano afirma que “o princípio da segurança jurídica é fundamental, constituindo-se a própria razão de ser do Direito”<sup>31</sup>.

Além de se apresentar como razão de ser do Direito, no entanto, a garantia de segurança apresenta-se, também, como sua inevitável decorrência lógica, o que ressalta, ainda mais, sua importância.

<sup>30</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Op. Cit. p. 87.

<sup>31</sup> CAMMAROSANO, Márcio. *O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa*. Belo Horizonte. Editora Fórum: 2006. p. 36.

Qualquer sistema jurídico, por menos que trate dos direitos e garantias fundamentais, por mais abertos que sejam seus comandos, é suficiente para, quando aplicado, assegurar um mínimo grau de segurança àqueles que a ele estão submetidos.

A partir do momento em que se determina que um comportamento deve gerar uma dada conseqüência, exclui-se, para aquele dado comportamento, qualquer conseqüência jurídica diversa daquela prevista. O só fato de existir um sistema de normas cogentes implica, inevitavelmente, alguma restrição ao grau de incerteza e arbitrariedade a que estão submetidos os membros de uma determinada coletividade<sup>32</sup>.

Falou-se, até aqui, em segurança como razão de ser do ordenamento e, ainda, como conseqüência lógica sua. Uma noção de segurança jurídica, entretanto, embora implícita em algumas das afirmações acima, ainda não foi apresentada.

Nesse sentido, fazendo uso das palavras da Profa. Cármen Lúcia Antunes Rocha “a segurança jurídica pode ser considerada como a certeza do

---

<sup>32</sup> Ilustrativo, nesse ponto, o exemplo imaginado por Lourival Vilanova: “Imaginemos tribunais e juízes decidindo os litígios ao acaso, sem direito escrito algum – a não ser o *minimum* de direito, a regra constitucional que os pusessem como tribunais e juízes, e distribuindo-lhes competência, não a demarcassem, fosse regra em branco, para o julgador preencher a seu individual juízo – dizemos, sem direito escrito algum, sem vinculação à interpretação uniforme. ou decisão uniforme, sem precedentes de julgamento, pois, e teríamos a incerteza, a imprevisão do comportamento judiciário, e os dois grandes riscos: o erro judiciário e a injustiça.” (VILANOVA, Lourival. *O Poder de Julgar e a Norma. in Escritos Jurídicos e Filosóficos*. vol. 1. São Paulo. Axis Mundi IBET: 2003. p. 358.

indivíduo na correta aplicação dos valores e princípios de Justiça absorvidos pelo sistema de direito adotado em determinada sociedade”<sup>33</sup>.

Apresentadas considerações a respeito do valor “segurança jurídica” cabe tecer consideração a respeito do princípio que a ele se reporta. A extensão do princípio é dada pelo grau de proteção conferida ao valor “segurança jurídica” em cada ordenamento.

Como bem enfatizado pelo Prof. Souto Maior Borges, “a segurança postula, para a sua efetividade, uma especificação, uma determinação dos critérios preservadores dela própria, no interior do ordenamento jurídico”<sup>34</sup>. Assim, para estabelecer o conteúdo e extensão do princípio da segurança jurídica no Brasil, é preciso investigar quais os critérios preservadores da segurança jurídica aqui adotados.

Observa o Prof. Almiro do Couto e Silva que “a segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes, uma de natureza objetiva, outra de natureza subjetiva”<sup>35</sup>. De acordo com o professor a primeira parte, de natureza objetiva, é aquela relativa aos limites da retroatividade dos atos estatais, incluindo os atos legislativos. Como normas garantidoras da segurança jurídica em seu sentido objetivo

---

<sup>33</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro*. Revista Trimestral de Direito Público 17/5-33. São Paulo. Malheiros: 1997. p. 7.

<sup>34</sup> BORGES, José Souto Maior. Marcos Juruena Villela. *O Princípio da Segurança Jurídica na Criação e Aplicação do Tributo*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 13. abril - maio 2002. p. 1. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 6 de maio de 2008.

<sup>35</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. *O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (lei nº 9.784/99)*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº2. abril/maio/jun 2005. p. 3. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 11 de junho de 2008.

estariam o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e a irretroatividade das leis.

Ainda, de acordo com as lições do Prof. Couto e Silva, o princípio em seu aspecto subjetivo “concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação”<sup>36</sup>.

Para Canotilho a proteção da confiança constitui princípio autônomo, embora estreitamente associado à segurança jurídica. Diz o autor que

estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção à confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica<sup>37</sup>.

De forma bastante simplificada, a proteção da confiança consiste em reconhecer a força e a legitimidade dos atos estatais, sejam eles administrativos, legislativos ou jurisdicionais, de forma que o administrado, ao agir de acordo com orientação veiculada, estará isento de responsabilidade. Dessa forma, garante-se ao administrado que, quando estiver agindo de boa-fé, poderá seguir e tomar por verdadeiras as orientações emanadas dos órgãos e agentes estatais sem que, posteriormente, possa ser responsabilizado por eventual ilegalidade ou, ainda, prejudicado pelo não cumprimento daquilo que o Estado havia se comprometido a fazer.

A “proteção da confiança”, no entanto, mereceu em nosso ordenamento - e mesmo em nossa doutrina e jurisprudência - muito menos

<sup>36</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. Op. Cit. p.4.

<sup>37</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª Edição (Reimpressão). Coimbra. Almedina: 1999. p. 252.

atenção do que o princípio da segurança jurídica visto em seu aspecto objetivo. A despeito de ter sido pouco explorada entre nós, a “proteção da confiança” é importante instrumento de garantia da segurança jurídica, daí a considerarmos como aspecto subjetivo do referido princípio.

Rafael Munhoz de Mello, ao tratar do erro de proibição como hipótese capaz de afastar a incidência da sanção administrativa, acaba por aplicar o princípio da segurança jurídica em seu aspecto subjetivo, embora não lhe faça expressa referência. Afirma o autor que o

agir dos entes administrativos pode contribuir para tornar obscura e contraditória a interpretação das normas jurídicas” para, logo em seguida, concluir que “parece óbvio que não se pode impor sanção administrativa a particular que, por seguir fielmente disposição regulamentar, pratica conduta tipificada por lei formal<sup>38</sup> .

Com relação ao aspecto objetivo do princípio, tem-se que a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada mereceram proteção máxima entre nós, constituindo cláusula pétrea da constituição (CF, art. 5º, XXXVI).

Além dos citados institutos, mereceram especial proteção constitucional a irretroatividade da lei penal e a tipicidade dos delitos e das penas, apenas para citar as mais evidentes expressões do princípio da segurança jurídica em seu sentido formal ou objetivo.

Importante mencionar, ainda, que, embora o aspecto subjetivo do

---

<sup>38</sup> MUNHOZ DE MELLO, Rafael. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo. Malheiros: 2007. p. 202.

princípio (proteção da confiança) sobreponha-se, por vezes, à letra da lei<sup>39</sup>, dando prevalência à orientação dada pelo órgão ou agente estatal, tem-se que a legalidade constitui um dos principais instrumentos de proteção da segurança jurídica em seu sentido formal ou objetivo.

É através do exame das leis que, em um primeiro momento, os cidadãos obtêm um mínimo de previsibilidade a respeito das possíveis conseqüências de suas condutas. Em nosso ordenamento, em que somente a lei pode inovar na ordem jurídica, a legalidade ganha ainda maior relevo, fato que será abordado com alguma detença mais adiante, em tópico específico.

Com relação às sanções administrativas, importa, sobretudo, ressaltar a fundamental importância da observância do princípio da segurança jurídica na tipificação das infrações e quando da aplicação das sanções.

Impensável seria negar ao administrado o direito de saber, previamente, as possíveis conseqüências de seus atos, de fazê-lo suportar uma pena por ato que não tinha condições de saber ser reprovável.

Justas ou injustas as penalidades aplicáveis pelo Estado, o mínimo que se pode esperar é que o ordenamento jurídico permita ao particular conhecer quais os atos que as tem como conseqüentes de forma a poder evitá-los.

Fazendo uso dos ensinamentos de Heraldo Garcia Vitta afirma-se que

---

<sup>39</sup> Fazemos menção à “letra da lei” porque entendemos que não há ofensa ao ordenamento jurídico, que, pelo contrário, por vezes exige que sejam desconsiderados, com relação ao administrado, os efeitos de eventual ilegalidade praticada com base em orientação ou entendimento emanado de órgão estatal ou, ainda, decorrente de mudança de orientação administrativa.

o Direito propõe-se a oferecer às pessoas uma garantia de segurança, assentada na previsibilidade de que certas condutas podem ser praticadas e proporcionam dados efeitos, ao passo que outras não podem sê-lo, acarretando conseqüências diversas, gravosas para quem nelas incorrer<sup>40</sup>.

Assim, o conhecimento prévio das infrações e das sanções a elas correspondentes é fundamental não só para que o particular possa evitar a prática de atos reprovados pelo ordenamento, mas também para que possa, conscientemente, praticar os atos que lhe são lícitos.

Não é por outra razão que mais adiante, em tópicos específicos, serão examinadas a legalidade e a tipicidade das infrações e sanções administrativas, além dos princípios a serem observados quando de sua aplicação.

## **II.2. Princípio da legalidade**

O princípio da legalidade será analisado sob duas perspectivas distintas: primeiro em sua relação com o Estado Democrático de Direito, do qual é princípio necessário e fundamental; depois como fundamento da atividade administrativa, como expressão da vontade do Estado a ser executada por seus agentes.

---

<sup>40</sup> VITTA, Heraldo Garcia. *A Sanção no Direito Administrativo*. 1ª Edição. São Paulo. Malheiros: 2003. p. 40.

### II.2.1. Legalidade no Estado Democrático de Direito

Kelsen vê a composição do órgão legislativo como um dos mais importantes fatores que determinam a forma do Estado. De acordo com o filósofo

se é um só indivíduo, um monarca hereditário ou um ditador que alcançou revolucionariamente o poder, estamos perante uma autocracia; se é a assembléia de todo o povo ou um parlamento eleito pelo povo, temos uma democracia.<sup>41</sup>

Acresce o autor que

somente no caso de legislação democrática são necessárias determinações que regulem o processo legiferante, quer dizer: a participação na assembléia do povo ou na eleição do parlamento, o número dos seus membros, o processo das suas deliberações, etc.<sup>42</sup>

Tem-se, assim, que para a configuração de um Estado Democrático de Direito não basta sua submissão à ordem jurídica, exige-se, também, que o órgão legislativo seja formado ou pela assembléia do povo ou por legítimos representantes da vontade popular.

Nesse sentido, Canotilho, ao falar do Estado democrático-constitucional trata a lei parlamentar como

expressão privilegiada do princípio democrático (daí a sua supremacia) e o instrumento mais apropriado e seguro para definir os

---

<sup>41</sup> KELSSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo. Ed. Martins Fontes: 2006. p. 250.

<sup>42</sup> KELSSEN, Hans. Op. Cit. p. 250.

regimes de certas matérias, sobretudo dos direito fundamentais e da vertebração democrática do Estado (daí a reserva de lei).<sup>43</sup>

Nas palavras de Juan Alfonso Santamaría Pastor,

*el principio de legalidad constituye uno de los dogmas más tradicionales y arraigados de los sistemas de signo liberal democrático, habiéndose erigido en la manifestación primera y esencial del Estado de Derecho*<sup>44</sup>.

É justamente por ser elaborada com a participação de órgão composto pelos representantes das mais variadas facções da sociedade que a lei pode ser considerada a melhor expressão do princípio democrático, o instrumento mais apropriado para representar os anseios de toda a sociedade. É à lei que a Constituição confere, em primeiro plano, a prerrogativa de criar o Direito e, dessa forma, definir o interesse público que irá orientar toda a atividade administrativa, desde que respeitadas as disposições constitucionais.

No ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do artigo 5º, II da Constituição Federal “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, é dizer, somente a lei pode inovar na ordem jurídica. Entendeu, portanto, o constituinte de 1988 ser a lei o instrumento apropriado para definir o regime de toda e qualquer matéria, não cabendo, dessa forma, falar em “reserva de lei”.

José Afonso da Silva, ao tratar da democracia representativa, apresenta, como sendo a ela inerentes, os princípios da representação e da

---

<sup>43</sup> CANOTILHO, J.J. Op. Cit. p. 251.

Note-se que o autor tem em vista o ordenamento jurídico português ao fazer referência à “reserva de lei”. Tais afirmações pressupõem a existência de determinadas matérias cuja disciplina independe de lei, pressuposto que não se verifica em nosso ordenamento que adota o princípio da legalidade em sua acepção mais ampla.

<sup>44</sup> PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. Op. Cit. p. 78

autoridade legítima. De acordo com o autor “o primeiro significa que o poder, que reside no povo, é exercido em seu nome, por seus representantes periodicamente eleitos, pois uma das características do mandato é ser temporário”<sup>45</sup>. Ainda, de acordo com o constitucionalista

o segundo consiste em que o mandato realiza a técnica constitucional por meio da qual o Estado, que carece de vontade real e própria, adquire condições de manifestar-se e decidir, porque é pelo mandato que se constituem os órgãos governamentais, dotando-os de titularidade e, pois, de vontade humana, mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou, por outras palavras se impõe<sup>46</sup>.

A lógica do sistema pode ser descrita da seguinte maneira: o “povo” elege seus representantes, responsáveis por elaborar (legislativo) e executar (executivo) as leis de acordo com a Constituição e de forma a atender os interesses daqueles que os elegeram. Partindo de um modelo ideal, como as leis são elaboradas por representantes diretos da sociedade, refletem os interesses de toda a coletividade. Ao agente público, qualquer que seja ele, cabe atuar nos termos da lei, em busca do interesse público, assim entendidos os valores positivados por obra dos mandatários políticos, eleitos diretamente pelo povo. A lei, então, juntamente com a constituição federal, reflete, em última análise, a

---

<sup>45</sup> SILVA, José Afonso da. *O Sistema Representativo, democracia semidireta e democracia participativa*. Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Celso Ribeiro Bastos. Revista do Advogado nº 73. São Paulo. AASP: 2003. p. 99.

<sup>46</sup> SILVA, José Afonso da. Op. Cit. p. 99.

vontade comum, da coletividade, o interesse público.<sup>47</sup>

Como disse, brilhantemente, Cármen Lúcia Antunes Rocha: “Democracia de palavra é mentira. Democracia sem palavra é ditadura. Democracia contra a palavra feita Direito é embuste”<sup>48</sup>. E, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, o instrumento constitucionalmente legitimado para criar o Direito é a lei<sup>49</sup>, formada pelo Poder Legislativo com a participação dos mandatários políticos, eleitos pelo povo para representá-lo.

Cabe acrescentar, ainda, que para a configuração do Estado Democrático de Direito, nos termos definidos pela Constituição Federal

<sup>47</sup> Sobre o tema, seguem as lições de Geraldo Ataliba: “Se o povo é o titular da res publica e se o governo, como mero administrador, há de realizar a vontade do povo, é preciso que esta seja clara, solene e inequivocamente expressada. Tal é a função da Lei: elaborada pelos mandatários do povo, exprime a sua vontade. Quando o povo ou o governo obedecem à lei, estão, o primeiro obedecendo a si mesmo e o segundo ao primeiro. O governo é servo do povo e exercita sua servidão fielmente ao curvar-se à sua vontade, expressa na lei. O Judiciário, aplicando a lei aos dissídios e controvérsias processualmente deduzidas perante seus órgãos, não faz outra coisa senão dar eficácia à vontade do povo, traduzida na legislação emanada por seus representantes.” (ATALIBA, Geraldo. Op. Cit. p. 96)

Pertinentes, ainda, os ensinamentos de Roberto Dromi para quem “*Los valores del Derecho Administrativo son, así, objetivados por el ordenamiento jurídico administrativo, que los selecciona como fines a alcanzar en el obrar público, como propósitos explicativos de la dirección finalista del Estado y del Derecho, en su confluencia con la operación de administrar lo público, de pensar y gerenciar la cosa pública en su faz activa de realización.*” (DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 11ª edición. Buenos Aires. Editorial Ciudad Argentina: 2006. p. 218.)

<sup>48</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Democracia, Constituição e Administração Pública*. Revista Trimestral de Direito Público 26/60-67. São Paulo. Malheiros: 1999. p. 60

<sup>49</sup> De acordo com Geraldo Ataliba: “O evoluer das instituições publicísticas que informam a nossa civilização culmina com a consagração do princípio segundo o qual ‘ninguém será obrigado a fazer alguma coisa, senão em virtude de lei’ (§2º do art. 153) que, no nosso contexto sistemático, aparece como a conjugação do princípio da supremacia da lei e exclusividade da lei como forma inovadora e inaugural (Oswaldo Aranha Bandeira de Mello) da vontade estatal. Daí que só a lei obrigue e nada além da lei o possa fazer. Em consequência, nenhuma expressão da vontade estatal será compulsória se não amparada em lei. Se só a lei obriga, tudo que não seja lei não obriga, salvo as exceções expressas, que devem ser restritivamente interpretadas. Mas, a lei, no nosso sistema, não é só ato formal do Poder Legislativo, assim batizado. Para ser válida, a lei brasileira há de ser abstrata, isonômica, impessoal, genérica e irretroativa (quando crie ou agrave encargos, ônus, múnus).” (ATALIBA, Geraldo. Op. Cit. p. 97.)

brasileira (II.1), não basta a submissão do Estado à lei produzida pelos representantes do povo, é necessário, ainda, o respeito aos direitos e garantias fundamentais, assim entendidos os direitos e garantias individuais e coletivos e os direitos sociais.

## **II.2.2. Legalidade como fundamento da atividade administrativa: A submissão da administração à lei.**

Disse Ruy Cirne Lima

o sujeito do direito subjetivo, ao exercê-lo, terá um fim em mira; mas o fim influirá sobre o bem ou fato, objeto do direito, mediamente, através do sujeito. Diversamente, a atividade administrativa 'qua talis' obedece a um fim, a que o agente é obrigado a adscrever-se, quaisquer que sejam suas inclinações pessoais: o agente da atividade administrativa não poderá, portanto, influir sobre esta, senão mediamente, pelo modo pessoal de persecução ou realização do fim próprio da administração.<sup>50</sup>

Partindo das lições de Cirne Lima pode-se afirmar que o fim próprio da administração, a ser perseguido pelo agente em sua atividade, é aquele determinado pela lei, que ao mesmo tempo autoriza e limita sua atuação.

Vale ressaltar que, além da adoção do princípio da legalidade em sua acepção mais ampla, fez questão o constituinte brasileiro que não restasse qualquer dúvida com relação à necessidade de submissão da Administração à lei. Desse modo, previu a Constituição, expressamente, em seu artigo 37, *caput*, que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá, entre outros, ao princípio da legalidade.

<sup>50</sup> CIRNE LIMA, Ruy. *O Conceito Fundamental do Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo 12/59-64. Rio de Janeiro. FGV: 1948. p. 60.

Não é por outra razão que Seabra Fagundes, em célebre frase, afirmou que “administrar é aplicar a lei de ofício”<sup>51</sup>. Acresça-se que, de acordo com o autor, a função legislativa liga-se à formação do Direito enquanto as funções administrativa e jurisdicional se prendem à fase de sua realização.

A idéia de função administrativa ligada à realização do Direito é aqui tomada como ponto de partida para o que se pretende desenvolver acerca da submissão da administração à lei. Ora, se a legislação forma o Direito e a administração o realiza, tem-se, como premissa lógica, que a administração somente pode realizar aquilo que o Estado, no exercício da função legislativa, criou.

Essa a razão pela qual Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, fugindo à classificação clássica, tripartite, das funções do Estado, enxerga tanto as ações legislativas quanto executivas do Estado como exercício de uma mesma função que o autor denomina *administrativa*. Para o autor, ambas as ações (legislativa e executiva) envolvem a

*gerência dos negócios do Estado-sociedade pela exteriorização da vontade do Estado-poder, através de deliberação normativa e sua execução, em atenção ao bem dos indivíduos coletivamente considerados. Constituem, portanto, dois momentos sucessivos de uma mesma função.*<sup>52</sup>

Assim, de acordo com o autor, a criação e a execução das leis constituem uma mesma função, estando as duas atividades interligadas por sua

<sup>51</sup> FAGUNDES, SEABRA. Op. Cit.. p. 3.

<sup>52</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Op. Cit. p. 49.

finalidade. A ação executiva<sup>53</sup> constitui execução da vontade estatal determinada pela deliberação normativa, estando, portanto, a ela vinculada.

Nas palavras do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>54</sup> o princípio da legalidade “é a tradução de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos”. Ainda, de acordo com o Professor

pretende-se, através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social -, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral.

Nos dizeres do Prof. Marcello Caetano, a submissão da administração a normas jurídicas gerais corresponde “a uma dupla necessidade: de justiça para os cidadãos e de eficiência para a própria Administração”. Diz, ainda, o professor que “o saber antecipadamente como proceder é, quer para os cidadãos quer para os órgãos administrativos, uma garantia essencial de segurança”<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Santi Romano esclarece que: “la parola ‘ejecutiva’, con la quale siffata funzione si definisce, è in verità, poco chiara se non si la interpreta in senso tecnico, ma, esattamente interpreta, sintetizza i principali caratteri che distinguono la funzione medesima dalle altre, mettendo in rilievo: che essa è vera e propria attività, concreta ed effettiva; che deve esercitarsi entro i limiti dell’ordinamento giuridico, la cui fonte principale è la legge; che, a differenza dell’attività privata, che incontra pure tali limiti, ma non perciò si dice esecutiva, deve essere particolarmente indirizzata a scopi già tracciati dalla legge e che in questa trovano una qualche determinazione, ora specifica ora soltanto generica, che bisogna seguire.” (Scritti Minori. Diritto Amministrativo. Volume Secondo. Milão. Giuffrè Editore: 1990. p. 428.)

<sup>54</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio., 2005. Op. Cit. p. 89.

<sup>55</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Forense: 1970. p. 29.

Nota-se, desde logo, que a questão da segurança<sup>56</sup> pode ser tomada tanto do ponto de vista do cidadão quanto do agente administrativo. Para o cidadão, o administrado, a existência de leis que regulam a atividade administrativa garante a impessoalidade da Administração e, principalmente, a possibilidade de saber, de antemão, como será a atuação administrativa. Já o administrador tem na lei o fundamento de sua atividade. Sabe o administrador que, ao agir de acordo com os ditames legais, estará agindo legitimamente, livre de qualquer outra interferência.

Mais que garantia de segurança, entretanto, a lei representa a vontade do Estado, razão pela qual seus agentes só podem agir quando por ela expressamente autorizados e na persecução das finalidades nela contidas.

Especificamente com relação às infrações e sanções administrativas, fundamental destacar a aplicação do princípio previsto no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal, decorrente do princípio da legalidade, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

A aplicação do citado princípio ao direito administrativo sancionador será melhor explorada ao tratarmos, mais adiante, da legalidade e tipicidade das infrações e sanções.

---

<sup>56</sup> De acordo com Daniel Coelho de Souza: “A previsibilidade das conseqüências jurídicas dos atos humanos é essencial em qualquer regime de legalidade. E a democracia é, como nenhum outro, um regime de legalidade estrita”. (SOUZA, Daniel Coelho de. *Interpretação e Democracia*. 2ª Edição. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais: 1979. p. 191)

### **CAPÍTULO III - CONTROLE JURISDICIONAL E DISCRICIONARIEDADE**

A questão da discricionariiedade diz respeito, diretamente, à independência e harmonia entre os Poderes e, mais precisamente, entre as funções do Estado. Em última análise, discute-se, nesse ponto, qual o grau de liberdade conferido por lei ao agente público no exercício da função administrativa e qual a extensão do controle realizado pelo Poder Judiciário sobre a atividade administrativa do Estado.

Nesse sentido, discricionariiedade e controle jurisdicional são temas indissociáveis visto que a primeira representa o limite do segundo. Nenhum sentido haveria em falar de discricionariiedade se não fosse possível reconhecer, em determinadas situações, um limite à interferência do Poder Judiciário no exercício da atividade administrativa.

Fato é que, inúmeras vezes, a lei confere ao administrador, e apenas a ele, a competência para decidir a respeito de determinada matéria. A competência, entretanto, só será legitimamente exercida se enquadrada nos limites legais, sempre presentes, razão pela qual não há que se falar em liberdade plena do administrador.

Há, portanto, situações em que o Judiciário deve simplesmente respeitar a opção feita pelo administrador, sendo-lhe vedado interferir. O que se busca, no presente capítulo, é justamente a identificação de tais situações, essencial para que, mais a frente, se possa tratar especificamente do controle jurisdicional das infrações e sanções administrativas.

### III.1. A inafastabilidade do controle jurisdicional e a discricionariedade

De nada adiantaria a submissão da Administração à lei se não houvesse órgão investido na função de controlar a legalidade de seus atos. Fosse a Administração submetida à lei, mas não houvesse qualquer órgão investido na função de controle de suas atividades, estaria ela livre para cometer as maiores atrocidades.

Como bem realçado pelo Prof. García de Enterría<sup>57</sup>, caso as leis não pudessem ser impostas à Administração pelos cidadãos, perderiam sua eficácia com relação ao Estado, sendo transformadas em meras recomendações morais, de boa conduta, sem força vinculante para a Administração.

O controle da legalidade dos atos administrativos é, assim, condição indispensável à configuração do Estado de Direito. É necessário, inclusive, para que se possa falar em função estatal. Isso porque, ausente o controle, os agentes públicos poderiam atuar exclusivamente em nome de seus próprios interesses, sem que com isso sofressem qualquer tipo de consequência jurídica.

Não é por outra razão que, conforme narra Afonso Rodrigues Queiró<sup>58</sup>, a instauração do que se convencionou chamar sistema de proteção e garantia dos direitos individuais em relação ao poder executivo, se deu através da submissão do executivo à lei, cuja observância seria assegurada por meio de uma *jurisdição*, através dos tribunais ordinários ou administrativos especiais.

---

<sup>57</sup> ENTERRIA, Eduardo García de. e FERNANDES, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo II*. 1ª Edição. Buenos Aires. La Ley: 2006. p. 37.

<sup>58</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *A Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo 6/41-78. Rio de Janeiro. FGV:1946. p. 49.

No Brasil, ao estabelecer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” o sistema constitucional adota o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e elege, como competentes para o exercício de tal controle, exclusivamente, os Tribunais que compõem o Poder Judiciário.

Por força do referido princípio todo e qualquer cidadão tem o direito subjetivo à prestação jurisdicional, ou seja, tem o direito não só de ingressar em juízo buscando a preservação de seus direitos, mas também, ao devido processo legal e a uma decisão fundamentada, que leve em consideração seus argumentos e decida a questão de acordo com a ordem jurídica vigente.<sup>59</sup>

O controle jurisdicional da Administração pública é, portanto, atributo essencial da cidadania, constituindo a mais importante ferramenta de que dispõem os administrados para garantir o respeito de seus direitos pelo Estado. Como afirma Jessé Torres Pereira Junior

falar de controles sobre a Administração Pública é falar de cidadania, se se acolher, como própria e devida, a ética humanista, que põe o homem como princípio e fim de todos os esforços e empreendimentos rumo à construção do que o art. 3º, I, de nossa Carta Fundamental denomina de ‘sociedade livre, justa e solidária’<sup>60</sup>.

É preciso enfatizar, entretanto, que tal controle está adstrito a questões de legalidade, não podendo extrapolar os limites estipulados em lei.

<sup>59</sup> Zaiden Geraige Neto, em obra monográfica sobre o tema, afirma que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional “visa a garantir ao jurisdicionado um processo célere com a devida segurança, e efetivo com a necessária justiça, norteado à luz do *due process of law* e, por conseguinte, dos princípios da isonomia, do juiz e do promotor natural, do contraditório e ampla defesa, da proibição da prova ilícita, da motivação das decisões judiciais, do duplo grau de jurisdição – sem entrar no mérito de sua previsão Constitucional ou não – e outros.” (GERAIGE NETO, Zaiden. *O Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais: 2003. p. 29.)

<sup>60</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Op. Cit. p. 16.

Fosse de outra forma, estaria o órgão controlador interferindo indevidamente na atividade administrativa.

Assim, de um lado está o Judiciário obrigado, pela função que lhe é constitucionalmente atribuída, a realizar o controle de legalidade dos atos administrativos, por outro lado, entretanto, lhe é negado invadir esfera de competência exclusivamente administrativa.

A esse respeito, seguem as lições de Seabra Fagundes para quem o

mérito do ato administrativo constitui um aspecto do procedimento da Administração, de tal modo relacionado com circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, dados os processos de indagação de que dispõe e a índole da função por ele exercida, que ao juiz é vedado penetrar no seu conhecimento.<sup>61</sup>

Prossegue o ilustre administrativista afirmando que a análise do mérito administrativo pelo juiz configuraria exorbitância de suas funções, “ultrapassando o campo da apreciação jurídica (legalidade ou legitimidade), que lhe é reservado como órgão específico de preservação da ordem legal, para incursionar no terreno da gestão política (discricionariedade), próprio dos órgãos executivos.” Acrescenta o autor que, nesse caso, o juiz

substituir-se-ia ao administrador, quando seu papel não é tomar-lhe a posição no mecanismo jurídico-constitucional do regime, senão apenas contê-los nos estritos limites da ordem jurídica (controle preventivo) ou compeli-lo a que os retome, se acaso transpostos (controle a *posteriori*)<sup>62</sup>.

É preciso enfatizar, entretanto, que o mérito do ato administrativo – assim considerada a parcela de competência incontestável pelo Poder Judiciário

<sup>61</sup> SEABRA FAGUNDES, M.. *Conceito de Mérito no Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo 23/1-24. Rio de Janeiro. FGV: 1951. p. 1.

<sup>62</sup> SEABRA FAGUNDES, M. 1951. Op. Cit. p. 1.

– não se confunde com a discricionariedade conferida pela norma. Ocorre que, quando a lei confere parcela de liberdade ao agente público para agir, o faz como forma de possibilitar ao agente o melhor exercício de sua função, para que melhor cumpra o dever público que lhe foi atribuído. Só cabe falar em mérito, portanto, quando diante do caso concreto subsiste parcela de competência discricionária.

Tem-se, assim, que o estudo da discricionariedade – e conseqüentemente da amplitude do controle jurisdicional - nada mais é que a determinação dos limites da lei e do grau de liberdade conferido ao agente público, liberdade essa que, quando exercida nos estreitos limites da lei e de acordo com a finalidade legal que lhe preside, é insuscetível de apreciação pelo poder Judiciário<sup>63</sup>. Ocorre que a determinação dos limites estipulados em lei frente ao caso concreto não é tarefa simples, mas, pelo contrário, desperta grande polêmica tanto nos estudiosos quanto nos aplicadores do Direito.

### **III.2. A Lei como fonte da discricionariedade**

Se, como dito em tópicos anteriores, os agentes administrativos somente podem agir quando expressamente autorizados por lei, é logicamente inevitável a conclusão de que somente a lei pode conferir ao administrador alguma margem de liberdade para agir, somente a lei pode eleger o agente

---

<sup>63</sup> De acordo com Ernest Forsthoff: “(...) *El problema consiste aquí – hablando en general y, por de pronto, sin rigor conceptual – en que la ley deja a la Administración una libertad de acción que no tiene paralelo en el campo de la Justicia. Mientras que el juez juzga de acuerdo con la ley, el funcionario administrativo extrae la mayor parte de su actividad, en parte de la ley y, en parte también, de la experiencia y juicios propios. Cuando ocurre este último, se habla de potestad discrecional, la cual, unida a numerosos adjetivos como ‘libre’, ‘debida’, ‘técnica’, y también como ‘arbitrio administrativo’, constituye un concepto central del Derecho administrativo.*”(FORSTHOFF, Ernest. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid. Institutos de Estudios Políticos: 1958. p. 121.)

administrativo como responsável pela tomada de certas decisões com alguma margem de apreciação subjetiva. É dizer, não há discricionariedade na ausência de lei.

Afirmar que há possibilidade de livre atuação administrativa sem a existência de lei prévia que a autorize é contrariar tudo o que foi dito a respeito do princípio democrático, do princípio da legalidade e do exercício de função administrativa. Como já dito, em um Estado Democrático de Direito como definido em nossa Constituição não há espaço para o exercício de um poder que não tenha fundamento jurídico, que não esteja expressamente previsto na lei ou na Constituição como instrumento de um dever a ser cumprido, uma finalidade a ser alcançada pelo agente.

Fica, assim, fixada uma primeira e importante premissa, a de que discricionariedade não significa ausência de lei, mas, pelo oposto, a lei é seu pressuposto<sup>64</sup>.

Resta, portanto, não só identificar quais os casos em que a lei confere margem de discricionariedade ao administrador, mas, também, a forma como se dá tal operação. Para tanto, invoca-se as lições de Renato Alessi para

---

<sup>64</sup> De acordo com Almiro do Couto e Silva: “A noção de poder discricionário está ligada ao princípio da legalidade, que é, por sua vez, conatural ao Estado de Direito e um de seus principais pilares de sustentação. No Estado de Direito há necessariamente a submissão de toda atividade pública a uma rede ou malha legal, cujo tecido não é, entretanto, homogêneo. Por vezes ela é composta por fios tão estreitos, que não deixa qualquer espaço aos órgãos e agentes públicos que lhes são submetidos. Outras vezes, porém, os fios dessa rede são mais abertos, de modo a permitir que entre eles exista liberdade de deliberação e ação.” (COUTO E SILVA, Almiro do. *Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro*. Revista de Direito Administrativo 179/51-92, p. 51. 1980.)

quem

uma norma somente é precisa quando, ao determinar uma dada ação administrativa, se utiliza da indicação de condições de fato cuja natureza seja tal que admita apenas uma verificação de sua existência, excluindo qualquer valoração sobre a medida em que existam visto que insuscetíveis de existir em medida distinta e uma vez comprovada sua existência se deve considerar, sem mais, a existência de um interesse público capaz de legitimar a ação e, portanto, a administração não só está facultada, como também obrigada a agir<sup>65</sup>.

Ainda, de acordo com o autor italiano, haveria imprecisão nos seguintes casos:

a) se após verificar a existência de condições de fato cuja natureza seja tal que admita apenas uma verificação de sua existência, excluindo qualquer valoração sobre a medida, a Administração estivesse facultada, e não obrigada, a agir;

b) se houvesse indicação de condições de fato suscetíveis não só de uma comprovação, mas também de uma apreciação da medida em que existam, visto serem suscetíveis de existirem em diferentes graus ou medidas;

c) se houvesse apenas uma simples indicação da especial natureza do interesse público que a atividade estatal devesse satisfazer; e

d) se houvesse apenas uma referência, mesmo que implícita, ao interesse público.

Indicados os casos de imprecisão brilhantemente expostos por Alessi, pode-se afirmar que a hipótese “a” é a única em que a imprecisão não resulta de uma indeterminação do conceito, mas, sim, de uma faculdade expressamente conferida pela lei. Nessa hipótese, há uma determinação precisa

---

<sup>65</sup> ALESSI, Renato. Op. Cit. p. 187.

das condições de fato que autorizam a ação administrativa, mas não há uma obrigação de agir imposta à Administração.

As hipóteses “b”, “c” e “d” representam casos de utilização de conceitos jurídicos indeterminados<sup>66</sup> na hipótese da norma (“b”) ou na descrição de sua finalidade (“c” e “d”).

Além dos casos descritos por Alessi, ressalte-se a possibilidade de utilização de conceitos jurídicos indeterminados para a descrição da consequência da norma, ou seja, da própria atuação estatal a ser efetivada.

Há, ainda, os casos em que a lei impõe a atuação estatal, mas dá ao administrador, expressamente, mais de uma opção de ação, ou seja, faculta agir desta ou daquela maneira, utilizando uma entre as várias ações possíveis, todas descritas na norma legal.

Em qualquer das hipóteses acima descritas a lei confere margem de liberdade ao administrador que pode subsistir ou não diante do caso concreto. Em se tratando de infrações e sanções administrativas, cabe indagar se é possível a existência de discricionariedade ao nível da norma e, ainda, em sendo possível, se é aceitável que tal margem de liberdade subsista diante do caso concreto. A resposta a tais indagações, entretanto, depende de maior aprofundamento da matéria e será respondida mais adiante, em tópicos específicos, quando já estabelecidas as premissas necessárias, a começar pelo aprofundamento do estudo dos conceitos jurídicos indeterminados.

---

<sup>66</sup> Tais conceitos serão tratados com maior detença no tópico seguinte (III.3).

### III.3. Os conceitos jurídicos indeterminados

De forma simplificada, pode-se definir “conceito”<sup>67</sup> como conjunto de condições necessárias para que um dado objeto pertença a uma determinada classe. Assim, quando é possível delimitar, com precisão, as características de um determinado conjunto possibilitando a identificação clara dos objetos a ele pertencentes, diz-se que o conceito é preciso ou determinado. Sempre que isso não ocorrer, sempre que não for possível uma delimitação precisa, diz-se que o conceito é vago ou indeterminado<sup>68</sup>.

A impossibilidade de delimitação precisa, entretanto, não significa ausência de limites ou, ainda, de um mínimo de significado. Mesmo no caso dos conceitos vagos é possível dizer, acompanhando os ensinamentos do Prof. Celso

---

<sup>67</sup> De acordo com Ricardo Guibourg: “(...) agrupamos objetos individualoes en conjuntos o clases, y establecemos que un objeto pertenecerá a una clase determinada cuando reúna tales o cuales condiciones: así, cualquier mueble destinado a que nos sentemos sobre él será un sillón si tiene brazos, y una silla si no los tiene. Con esto no sólo hemos creado (o aceptado) las palabras ‘sillón’ y ‘silla’ sino también creado (o aceptado) los conceptos a que esas palabras se refieren: es decir, las particulares divisiones del universo que hemos deicidido nombrar (en este caso, mediante sustantivos comunes). Así, en distintos idiomas, las palvras ‘silla’, ‘chaise’, ‘sella’ o ‘chair’ designan aproximadamente un mismo concepto; y este concepto agrupa idealmente una multitud de objetos, reales o imaginarios, pasados, presentes o futuros, de madera, de bronce, o de cualquier material o forma, siempre que repondan a ciertos requisitos implícitos en el propio conepto.” (GUIBOURG, Ricardo. *Introducion al Conocimiento Cientifico*. Buenos Aires. Editorial Universitaria de Buenos Aires: 1985. p. 38/39.)

<sup>68</sup> Marçal Justen Filho diferencia conceitos valorativos de conceitos jurídicos indeterminados: “O problema reside em que o conceito valorativo apresenta alguma semelhança com o conceito jurídico indeterminado, mas há também uma distinção fundamental. Trata-se da aplicação de um valor à realidade, o que envolve a necessidade de utilização da capacidade humana de valorar. O conceito jurídico indeterminado envolve conhecimento sobre os fatos, enquanto o conceito valorativo exige juízos de valor. Qualificar alguém como ‘idoso’ depende da avaliação das condições físicas do sujeito. Qualificar alguém como ‘honesto’ depende de uma conjunção entre os valores e a situação real. Ou seja, os conceitos valorativos produzem dificuldades muito maiores do que os conceitos jurídicos indeterminados.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo. Saraiva: 2005. p. 160.). Quanto a nós, não vemos diferença de tratamento jurídico a justificar a diferenciação.

Antônio Bandeira de Mello<sup>69</sup>, que os conceitos, mesmo que vagos ou imprecisos, possuem “uma zona de certeza positiva, dentro da qual ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra que os designa e uma zona de certeza negativa em que seria certo que por ela não estaria abrigada”. Quanto mais impreciso o conceito, entretanto, maior a zona de incerteza.

De acordo com Afonso Rodrigues Queiró poder discricionário não se confunde com os chamados conceitos vagos e indeterminados. Entende o autor que tais conceitos são, simplesmente, “o produto da impossibilidade prática ou simples dificuldade técnica”<sup>70</sup> enfrentadas pelo Legislador. Diz o autor que por mais que intervenham aspectos subjetivos na interpretação dos referidos conceitos, a liberdade de interpretação jamais poderá ser confundida com discricionariedade. Nesses casos somente uma solução se poderia *considerar exata e legal*, sendo o poder vinculado.

Para Queiró o poder discricionário só existe quando há uma

outorga de liberdade, feita pelo legislador à Administração, numa intencional concessão do poder de escolha, ante a qual se legitimam, como igualmente legais, igualmente corretas de ‘lege lata’, todas as decisões que couberem dentro da série, mais ou menos ampla, daquelas entre as quais a liberdade de ação administrativa foi pelo legislador confinada<sup>71</sup>.

Concluí-se, portanto, que para o autor as hipóteses de discricionariedade estariam restritas àqueles casos referidos por Alessi em que a imprecisão resulta “de uma faculdade expressamente conferida pela lei”.

<sup>69</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª Edição. 7ª tiragem. São Paulo. Malheiros: 2006. p. 29

<sup>70</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas*. Revista de Direito Administrativo 97/1-8. Rio de Janeiro. FGV:1969. p. 2

<sup>71</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Op. Cit. p. 2.

Ocorre, entretanto, que não há diferença significativa entre os casos em que a lei expressamente concede uma liberdade de escolha ao administrador e os casos em que se utiliza de conceitos jurídicos indeterminados. Também não é exata a afirmação de que tais conceitos são simplesmente o produto da impossibilidade prática ou dificuldade técnica enfrentada pelo Legislador. Embora muitas vezes se verifique tal impossibilidade, pode-se afirmar que os conceitos vagos ou indeterminados são comumente usados pelo legislador para, intencionalmente, conferir certa margem de liberdade ao administrador, possibilitando uma melhor adequação da lei ao caso concreto.

Eduardo García de Enterría, sobre os conceitos jurídicos indeterminados, diz que a indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação de suas aplicações, as quais permitem uma *unidade de solução justa* em cada caso, que se chega mediante uma *atividade de cognição e não de volição*<sup>72</sup>. Entende o autor ser próprio da aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados permitir apenas uma solução justa enquanto o exercício de atividade discricionária permite uma pluralidade de soluções justas.

Defende o Prof. García de Enterría a possibilidade de o juiz examinar se a aplicação do conceito jurídico indeterminado resultou, no caso concreto, na *única solução justa que a Lei permite*. Argumenta o autor que a questão acerca da aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados é pacífica em todos os ramos do Direito<sup>73</sup>, não havendo porque ser diferente no Direito Administrativo. Por se tratar de uma atividade de cognição e não de volição a

<sup>72</sup> ENTERRIA, Eduardo García de. e FERNANDES, Tomás-Ramón. Op. Cit. p. 465.

<sup>73</sup> “Así se viene entendiendo y resolviendo pacíficamente la cuestión en todas las esferas o ramas del Derecho, a las que la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados es común. En todas ellas es tan notoria como antigua y, como hemos dito, pacífica su presencia.” (ENTERRIA, Eduardo García de. e FERNANDES, Tomás-Ramón. Op. Cit. p. 466.)

aplicação prática dos conceitos jurídicos indeterminados admitiria apenas uma solução justa, passível de análise pelo Poder Judiciário.

Discordando do ilustre autor espanhol, entretanto, é possível encontrar razões suficientes para que a questão da aplicação dos conceitos jurídicos vagos ou indeterminados mereça, no Direito Administrativo, tratamento diverso do recebido em outras áreas, como o Direito Civil, Processual Civil ou Comercial. O tratamento diferenciado, como restará demonstrado, está fundado em uma peculiaridade do Direito Administrativo frente as demais áreas, peculiaridade esta capaz não só de justificar, mas também - e principalmente - determinar a diferença de tratamento<sup>74</sup>.

Como dito, toda a atividade administrativa está fundada na lei. Assim, ao contrário do que acontece nas outras áreas do Direito, a lei, para a Administração é não só um limite, mas também o fundamento de toda a sua

---

<sup>74</sup> Sobre a diferença entre o Direito Administrativo e as demais áreas jurídicas, interessantes as lições do Prof. espanhol Fernando Garrido Falla: *“El sistema de ‘régimen administrativo’ entraña, por el contrario, una superación de aquel Estado-policía en que habíamos visto construir la interesante doctrina del Fisco. El Estado, en cuanto Poder, se va a someter ahora también al Derecho, pero no a la ley civil, porque ésta parte de la igualdad jurídica de aquellos entre quienes se aplica, mientras que el régimen adminsitrativo – dice HAURIOU – se condensa en una centralización de funciones administrativas bajo la autoridad jurídica del Poder ejecutivo. Este Poder entra en relación con el particular en un trato de favor ante el ordenamiento jurídico: se presume la legitimidad de los actos por él realizados, de donde su consideración de ejecutivos.”*

“(…)”

*“Todo esto hace que haya sido legítimo decir que el Derecho Administrativo es un Derecho especial. Efectivamente, dada la posibilidad histórica de que nos hubiésemos quedado en una etapa de Adminsitración judicial bajo el imperio de la leu comun, hay que admitir que en sus orígenes el Derecho administrativo es especial.”* (GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. vol. I. 5ª Edição. Madrid. Instituto de Estudios Políticos: 1970. p. 87.)

atividade. A função administrativa é um dever-poder<sup>75</sup> que encontra limites e fundamento na ordem legal.

Dessa forma, quando a lei se utiliza de um conceito indeterminado para definir um dever-poder da administração, está, em verdade, deixando ao administrador a incumbência de delimitar o conceito da forma que lhe parecer mais conveniente frente ao interesse público e o caso concreto. Nota-se, aí, logo de início, a existência de dois limites, um o próprio conceito<sup>76</sup> outro o interesse público. Dentro desses limites o administrador é livre para decidir<sup>77</sup>. Acontece que, como já demonstrado, no Estado Democrático de Direito, cabe à Administração, no exercício da função administrativa, aplicar a lei ao caso concreto. Ao Judiciário cabe, apenas, verificar se havia fundamento legal para o ato e se a Administração agiu de acordo com os limites fixados em lei.

Assim, se uma lei determina, por exemplo, que o Estado preste serviços de assessoria jurídica gratuita às pessoas de baixa renda, caberá à Administração definir o conceito de baixa renda para a aplicação da lei ao caso concreto. Não se discute que a definição de “baixa renda” pela administração encontra limites, limites esses determinados pelo próprio conceito. Há casos que certamente se enquadram no conceito de baixa renda, outros certamente não se enquadram. Não há, portanto, liberdade para o administrador negar atendimento a pessoa miserável, desprovida de bens e com renda mensal inferior a meio

---

<sup>75</sup> Adotamos o entendimento do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello para quem “função pública, no Estado Democrático de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem pública”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. 2005. Op. Cit. p. 29)

<sup>76</sup> “Um conceito tem limites, do contrário não seria um conceito” (JELLINEK, W. apud Afonso Rodrigues Queiró. *A Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo 7/52-80. Rio de Janeiro. FGV: 1947. p. 53.)

<sup>77</sup> Mais adiante explicitaremos, com maior precisão, quais limites entendemos estarem impostos ao administrador na aplicação do conceito indeterminado.

salário mínimo. Da mesma forma, é defeso à Administração prestar assistência judiciária gratuita a um industrial com altos rendimentos mensais.

Apresentado o exemplo, volta-se ao argumento de Enterría, de que a questão da aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados é pacífica em todos os ramos do Direito. De fato, é pacífica a questão com relação ao Direito Civil ou Comercial, por exemplo. Ressalta-se, entretanto, que as questões atinentes ao Direito Civil ou ao Direito Comercial não envolvem atos produzidos no exercício de função pública, razão pela qual nenhuma das partes tem por dever-poder aplicar a lei ao caso concreto.

O exercício de função pública aliado ao princípio da legalidade, na forma como adotado pela Constituição, implica dizer que toda a atividade administrativa encontra fundamento direto na lei, o que não acontece com o exercício de atividade privada, em que a lei é apenas um limite. À falta de lei que a fundamente, a atividade administrativa é ilegítima; já a atividade privada é lícita quando não houver vedação legal.

Tem a Administração a prerrogativa de aplicar a lei ao caso concreto, cabendo ao Judiciário apenas analisar se tal aplicação se deu nos seus estreitos limites. No caso específico dos conceitos jurídicos indeterminados, cabe ao Judiciário, em se tratando de matéria de Direito Civil, determinar sua aplicação ao caso concreto como forma de decidir a lide. No caso dos atos administrativos, cabe ao Judiciário apenas verificar se a aplicação do conceito,

feita pela administração, atendeu os requisitos legais<sup>78</sup>.

Miguel Sánchez Morón, administrativista espanhol, resiste à idéia de que a aplicação de todo conceito jurídico indeterminado em todos os casos somente pode resultar em uma única aplicação verdadeira e justa. Diz o autor que essa idéia se apóia em “um conceito transcendente de Justiça e de Verdade e em uma fé absoluta nas capacidades de discernimento humano”. Esclarece que não se trata de entrar em polêmica filosófica sobre o que seja verdade<sup>79</sup> e se o Homem é capaz de alcançá-la, basta, segundo ele, a constatação de que, na maioria dos casos, da aplicação de um conceito jurídico indeterminado pode resultar “uma pluralidade de opiniões sustentáveis com argumentos lógicos e razoáveis, que desbordam a pura interpretação jurídica para estender-se a juízos de tipo técnico ou puras valorações fáticas”<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> Oportunas, nesse ponto, as considerações de Themístocles Brandão Cavalcanti: “O próprio Poder Judiciário, que em nosso regime político se encontra em posição privilegiada, como intérprete da Constituição e das leis, como órgão tutelar dos direitos individuais, tem a sua competência limitada pela ação discricionária dos outros poderes.

E isto impõe-se para que o Estado possa realizar a sua finalidade, que é zelar não só pelo interesse individual mas, ainda, pelos interesses coletivos.

Do Poder Executivo depende, especialmente, o funcionamento de todos os serviços públicos, da saúde, da ordem e da segurança coletiva, da vida, da subsistência, do bem-estar social de todos os cidadãos.

Como realizar essa finalidade, se todos os seus atos, se toda a sua atividade sofrer a contínua fiscalização, o controle permanente do Poder Judiciário, com o seu critério rígido de apreciação dos fenômenos jurídicos, sem a capacidade de encarar as questões administrativas, por seu aspecto superiormente político, tendo em vista apenas os interesses superiores do Estado.” (CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria dos Atos Administrativos*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais: 1973. p. 112.)

<sup>79</sup> Sobre a polêmica filosófica a respeito do que se entende por verdade, esclarecedor é o livro de Dardo Scavino “Filosofia actual: pensar sin certezas”.

<sup>80</sup> MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*. Madrid. Editorial Tecnos: 1994. p. 118.

Valem os ensinamentos de Bernatzik:

existe um limite além do qual nunca terceiros podem verificar a exactidão ou não exactidão da conclusão atingida. Pode-se dar que terceiros sejam de outra opinião, mas não podem pretender que só eles estejam na verdade, e que os outros tenham uma opinião falsa<sup>81</sup>.

Na esteira de Morón e Bernatzik pode-se afirmar que, mesmo diante do caso concreto a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados pode implicar uma pluralidade de soluções igualmente sustentáveis, sendo impossível a demonstração objetiva de sua impropriedade. Nesses casos, há discricionariedade do administrador o que significa que sua decisão, incontestável objetivamente, estará isenta de apreciação pelo Poder Judiciário.

Frise-se que o reconhecimento dos conceitos jurídicos indeterminados como fonte de discricionariedade, nos termos propostos, está longe de significar a outorga de plena liberdade ao administrador na aplicação da lei. É preciso enfatizar que a utilização de conceitos vagos pela norma não implica, necessariamente a existência de discricionariedade frente ao caso concreto. O que se afirma é que, na aplicação da lei ao caso concreto, pode haver – o que não significa que há - uma certa margem de liberdade ao administrador em razão de o caso se enquadrar na zona de incerteza do conceito.

Deve-se ainda salientar que mesmo nos casos em que se reconhece a discricionariedade, há limites à sua extensão. Como adverte Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>82</sup> a interpretação dos conceitos fluidos se faz “contextualmente, ou seja, em função de outros fatores, do plexo total de normas

<sup>81</sup> BERNATZIK *apud* Afonso Rodrigues Queiró. *A teoria do desvio de poder em direito administrativo*. Revista de Direito Administrativo 7/41-78. Rio de Janeiro. FGV: 1947. p. 63.

<sup>82</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. Op. Cit. p. 30.

jurídicas, porque ninguém interpreta uma regra de Direito tomando-a como um segmento absolutamente isolado”.

Ocorre que o conjunto de normas jurídicas é, como todo e qualquer texto, formado por um conjunto de signos que se relacionam de modo a transmitir determinado significado. Há o significado de cada um dos signos, tomados isoladamente, e o significado do texto, resultado da combinação entre os vários significados dos signos utilizados. Ao contrário do que pode parecer, no entanto, o significado do texto completo não é o simples resultado da soma dos significados dos signos que o compõem. Os signos lingüísticos (palavras) componentes de um texto devem ser analisados como partes de um todo. A combinação dos símbolos faz com que o significado de cada um deles sofra pequenas ou grandes alterações, alargando ou restringindo a classe de objetos por eles referidos. As palavras assumem diferentes significados dependendo do contexto em que são utilizadas. Da mesma forma, a interpretação das normas jurídicas como parte de um todo – o sistema normativo - permite delimitar com maior precisão o seu alcance e significado, elucidando, muitas vezes, o conteúdo de um conceito que, isoladamente considerado, apresentaria alto grau de imprecisão.

Além da interpretação sistemática, é preciso ressaltar, ainda mais uma vez, que os próprios conceitos, por mais fluídos que sejam, possuem limites, um mínimo de significado que permite reconhecer, em todo e qualquer conceito, uma zona de certeza positiva e uma zona de certeza negativa.

Deve-se considerar que a delimitação dos conceitos indeterminados deverá sempre levar em conta o caso concreto, a finalidade da norma e o interesse público. Há, ainda, que se atentar para os princípios da razoabilidade e

proporcionalidade, não admitindo a lei interpretações absurdas ou desproporcionais.

Por fim, a própria interpretação feita pelo Administrador serve de limite à sua atuação, não só por ser inaceitável que, em um curto período de tempo, trate de forma diferente casos substancialmente iguais<sup>83</sup>, mas também porque a partir do momento em que exterioriza sua posição, o administrador fica a ela vinculado.

#### **III.4. Discricionariedade em face do caso concreto**

Embora já se tenha feito menção a alguns argumentos que serão aqui expostos, é importante enfatizar a diferença existente entre a discricionariedade ao nível da norma e aquela que subsiste diante do caso concreto, que se pode chamar de mérito do ato administrativo.

Há brutal diferença entre as inúmeras soluções previstas na norma, *in abstracto*, e aquelas que subsistem diante do caso concreto. Quando a lei disciplina determinada situação de modo impreciso, deixando ao administrador mais de uma solução, tem como pressuposto a possibilidade de existência pluralidade de situações no mundo do ser que irão demandar soluções jurídicas distintas, todas elas passíveis de serem fundamentadas em uma mesma norma legal. Assim, a discricionariedade abstratamente prevista na norma legal tem como objetivo possibilitar a aplicação de soluções especialmente consideradas para cada caso concreto, de acordo com suas peculiaridades e não uma

---

<sup>83</sup> Entre outras irregularidades, haveria, nesse caso, ofensa ao princípio da isonomia e da segurança jurídica considerada em seu aspecto subjetivo.

pluralidade de situações distintas a um mesmo caso concreto, de acordo com o critério subjetivo do administrador.

Como adverte Celso Antônio Bandeira de Mello

se a lei comporta a possibilidade de soluções diferentes, só pode ser porque pretende que se dê uma certa solução para um dado tipo de casos e outras solução para outra espécie de casos, de modo que sempre seja adotada a decisão pertinente, adequada à fisionomia própria de cada situação, tendo em vista atender a finalidade que inspirou a regra de direito aplicanda.<sup>84</sup>

De acordo com Celso Antônio a existência de uma pluralidade de soluções previstas na norma legal não significa que, diante do caso concreto, todas elas mostrem-se adequadas, compatíveis com a finalidade legal. De acordo com o autor deve o agente administrativo, diante do caso concreto, adotar a melhor solução, aquela que melhor atende ao interesse público e à finalidade da norma.

Tem-se, dessa forma, diante do caso concreto, uma substancial restrição à margem de liberdade de ação pelo administrador e, portanto, uma maior extensão do controle jurisdicional.

É preciso ressaltar, entretanto, que, dentre a pluralidade de soluções possíveis, nem sempre é possível dizer, objetivamente, qual aquela que se apresenta como a “melhor solução”. Mesmo recorrendo a uma interpretação sistemática e considerando a finalidade da norma jurídica, é possível que se depare com uma pluralidade de soluções igualmente sustentáveis, através de argumentos lógicos e objetivos, como a melhor possível. Nesse caso, estar-se-á diante de discricionariedade administrativa.

---

<sup>84</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. Op. Cit. p. 37

Note-se que a referência à “melhor solução”, ao contrário do que pode parecer, não autoriza a interferência judicial fundada em razões puramente subjetivas do julgador. Para que se possa afirmar que a solução encontrada foi ilegítima, é preciso demonstrar objetivamente que, naquela situação, com os elementos de que dispunha o agente público quando da tomada de decisão, havia uma solução mais adequada.

Feitas as considerações necessárias, adiante-se que, com relação à tipificação das infrações administrativas, não se vislumbra a possibilidade de existência de discricionariedade diante do caso concreto. Ocorre que, se nem mesmo o Judiciário tiver condições de saber, objetivamente, se a conduta praticada pelo administrado se enquadra ou não na hipótese da norma, pode-se afirmar, da mesma forma, que também ao administrado era impossível saber da ilicitude de sua conduta. A discricionariedade na tipificação de infrações e aplicação de sanções será tratada adiante, de forma mais detida, em tópicos específicos.

## CAPÍTULO IV - INFRAÇÕES E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

### IV.1. A unidade do *jus puniendi* estatal

O tema relativo às infrações e sanções administrativas é relativamente novo entre nós, tendo apenas recentemente despertado maior interesse dos doutrinadores.

Fato é que o maior interesse despertado na doutrina nos anos recentes deve-se, entre outros fatores, a uma ampliação da competência sancionatória da Administração que se deu não apenas com o aumento do número de infrações administrativas previstas em lei, mas também com o agravamento das sanções que lhes são correspondentes.

Por outro lado, no Direito Penal, é crescente a preocupação em evitar o encarceramento desnecessário, daqueles que praticaram ilícitos de menor gravidade ou que não representam perigo à sociedade. Além das penas ditas alternativas, é crescente a criação e aplicação de penas pecuniárias de caráter criminal.

É nesse contexto, em que materialmente há uma aproximação entre as penalidades administrativas e criminais, sendo as primeiras, em alguns casos, tão ou mais graves que as últimas, que se pergunta se é possível separar materialmente umas das outras e aplicar, a cada uma delas, regime jurídico

substancialmente distinto<sup>85</sup>.

Em resposta a tal indagação, a idéia de um *jus puniendi* único do Estado ganhou enorme força na Espanha onde o tema das infrações e sanções administrativas encontra-se especialmente desenvolvido pela doutrina e jurisprudência<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> Esse o entendimento de Francisco Octavio de Almeida Prado: “É oportuno observar que as fronteiras entre o regime jurídico penal e o regime jurídico administrativo em matéria punitiva já estiveram demarcadas com maior nitidez. Com o agravamento das sanções administrativas e sua aplicabilidade geral, aliados ao advento de novos princípios e garantias constitucionais, observa-se que ditos regimes jurídicos, que corriam como dois rios paralelos, passam a apresentar pontos de contato, suas águas começando a se misturar. Mas é oportuno assinalar que o direito penal mereceu elaboração teórica minuciosa, ao passo que as infrações administrativas só muito recentemente mereceram um esforço coerente de sistematização, ainda não consolidado em definitivo – razão pela qual o intercâmbio entre as duas áreas caracteriza-se mais pela transferência para o âmbito administrativo de princípios e garantias tradicionalmente concebidas na esfera penal.” (ALMEIDA PRADO, Francisco Octavio de. *Improbidade administrativa*. São Paulo. Malheiros: 2001. p. 28.)

Também oportunas as considerações de Ignacio Pemán Gavín: “(...) *el necesario replanteamiento del Derecho Sancionador debería realizarse a partir del reconocimiento de que los elementos substantivos de concepto de sanción y los fines de la misma constituyen un punto de partida como criterio de delimitación del ámbito sancionador, pero que a partir de ello se debe reconocer que en ultima instancia el legislador tiene un amplio margen para optar por soluciones diferentes. En esta ocasión, el Derecho Sancionador, y quizás no sólo en esta ocasión, ha querido llegar más lejos que el propio Derecho Penal que le sirve de referencia.*” (GAVÍN, Ignacio Pemán. *El sistema sancionador español*. Barcelona. Cedecs Editorial: 2000. p. 102)

<sup>86</sup> Nos dizeres de Alejandro Nieto: “*Aceptada genéricamente la existencia de la potestad sancionadora de la Administración, doctrina y jurisprudencia se han puesto de acuerdo en la tesis que hoy es absolutamente dominante, a saber: la potestad sancionadora de la Administración forma parte, junto con la potestad penal de los Tribunales, de un ius puniendi superior del Estado, que además es único, de tal manera que aquéllas no son sino simples manifestaciones concretas de éste. El enorme éxito de tal postura – elevada ya a categoría de dogma incuestionable – se debe en parte a razones ideológicas, ya que así se atempera el rechazo que suelen producir las actuaciones sancionadoras de la Administración, de corte autoritario, y, en parte, a razones técnicas, en cuanto que gracias a este entronque con el Derecho público estatal se proporciona al Derecho Administrativo Sancionador un soporte conceptual y operativo del que antes carecía.*” (NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 2ª Edição. Madrid. Editorial Tecnos: 2000. p. 22)

## Nas palavras de Eduardo García de Enterría

*el mismo ius puniendi del Estado puede manifestarse, pues (con la salvedad ya hecha de las penas privativas de libertad y de otros derechos civiles y políticos), tanto por la vía judicial penal como por la vía administrativa*<sup>87</sup>.

José Garberí Llobregat, após tratar da atividade sancionatória do Estado e, mais especificamente, da Administração, conclui:

*Si de todo o expuesto hasta ahora pudiera extraerse alguna conclusión ésta sería, sin duda alguna, la constatación de la homogeneidad ontológica de las vertientes del Derecho Sancionador. Todos los criterios sustanciales mencionados no han servido para trazar una línea diferencial lo suficientemente precisa como para elaborar una Teoría General privativa de la infracción administrativa que no experimentara milimétricos puntos de contacto con la Teoría Genetal del Delito*<sup>88</sup>.

Santamaría Pastor, por sua vez, cita duas sentenças do Tribunal Supremo Espanhol, ambas de março de 1972, como marcos de criação da doutrina da unidade substancial dos princípios do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador, ambos manifestações de um único *jus puniendi* estatal. De acordo com o autor,

*la aceptación generalizada de esta doctrina, tan elemental como revolucionaria, permitió a la jurisprudencia emprender un proceso de traslación, lenta e paulatina, de las técnicas y principios penales al campo de las sanciones administrativas(...)*<sup>89</sup>.

No Brasil, cabe citar o posicionamento de Rafael Munhoz de Mello para quem o Estado, no exercício do *jus puniendi*, pode optar pela criação de ilícitos e sanções penais ou de ilícitos e sanções administrativas, sempre através

<sup>87</sup> ENTERRIA, Eduardo García de. e FERNANDES, Tomás-Ramón. Op. Cit. p. 167

<sup>88</sup> LLOBREGAT, José Garberí. *El Procedimiento administrativo sancionador*. Valencia. Tirant lo Blanch: 1998. p. 79

<sup>89</sup> PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. Op. Cit. p. 377

do exercício de função legislativa, ficando a imposição das sanções a cargo do Poder Judiciário, no primeiro caso, e da Administração pública no segundo<sup>90</sup>.

Adotando posicionamento diverso, Fábio Medina Osório entende que “a unidade da pretensão punitiva do Estado é uma frágil construção teórica, que se situa no campo retórico e não no mundo prático das concretas relações sociais submetidas ao crivo dos julgadores”<sup>91</sup>. Afirma o autor que se houvesse uma real unidade do *jus puniendi* estatal, este se submeteria a um regime jurídico único, o que não acontece na prática. Tomando como exemplo a jurisprudência dos tribunais espanhóis, entende o doutrinador haver uma contradição entre “o recurso retórico e a realidade” já que os princípios de direito penal são aplicados apenas como “matizes” do direito administrativo sancionador e não em sua integralidade, com toda a sua força, a demonstrar, dessa forma, uma diferença de regimes jurídicos.

Em resposta às críticas do Prof. Medina Osório, pode-se afirmar que a unidade do *jus puniendi* estatal não implica, necessariamente, identidade total de regime jurídico entre as suas diversas manifestações, mas, sim, apenas, um vetor principiológico único, adotado ora com a mesma intensidade, ora com intensidades distintas nas suas diversas manifestações.

Que há diferença de regime jurídico entre ilícitos e sanções penais e administrativos é inegável, caso contrário nada justificaria diferenciar as duas espécies ou mesmo tratá-las de forma específica. O que se nota, entretanto, é a aproximação das duas espécies em seu aspecto material, substancial.

<sup>90</sup> MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Op. Cit. p. 45

<sup>91</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais: 2000. p. 109.

Em abono do que foi dito, pode-se traçar um paralelo com o tratamento constitucional dado aos processos judiciais e administrativos, ambos possuidores de uma série de garantias constitucionais comuns, como as garantias do contraditório e da ampla defesa, em razão de sua proximidade material, embora constituam manifestações de diferentes funções estatais.

Constatada a proximidade material entre as esferas penal e administrativa sancionadora, não há razão que justifique dar, a cada uma delas, tratamento jurídico substancialmente distinto.

Afirma-se, portanto, a unidade do *jus puniendi* estatal, que pode ser exercido através das sanções penais ou administrativas, de acordo com escolha do legislador, ambas sujeitas a princípios e garantias constitucionais comuns.

#### **IV.2. Infração e sanção**

Infração e sanção são temas indissociáveis, um dependendo do outro para a sua própria existência. Como bem anotado por Celso Antônio Bandeira de Mello “a infração é prevista em uma parte da norma, e a sanção em outra parte dela”<sup>92</sup>.

Embora a infração preceda, lógica e necessariamente, a imposição da sanção, a apresentação do tema, a seguir, será feita de forma conjunta, pois, mesmo sendo possível estreitar o foco do estudo sobre um dos temas, não é possível fazê-lo sem tomar o outro como referência.

---

<sup>92</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 2008. Op. Cit. p. 834.

Tem-se, entre as atividades típicas do exercício da função administrativa pelo Estado, a imposição de sanções àqueles que tenham cometido infrações ditas administrativas. Assim, constatada a prática de infração, está o Estado não só autorizado, mas também obrigado a agir, impingindo ao infrator ou responsável uma sanção, medida de caráter punitivo e, portanto, restritiva de direitos.

Note-se a referência à prática de infração como pressuposto para a imposição da sanção administrativa. É que, como alerta Santamaría Pastor, nem todos os atos lícitos praticados pela Administração que produzem dano aos sujeitos privados podem ser considerados sanção em sentido técnico. Esclarece o autor que a sanção se caracteriza, inicialmente, por seu caráter de reação a uma conduta ilícita, sendo esse o primeiro aspecto que a diferencia dos demais atos desfavoráveis aos administrados praticados pelo Estado<sup>93</sup>.

Acrescenta o autor espanhol, entretanto, que entre as reações às condutas ilícitas incluem-se, além das sanções, os mecanismos de reparação, que não podem ser considerados sanção, mas meros instrumentos de restauração da ordem normal das coisas. Feitas as ressalvas, esclarece que sanção em sentido técnico só existe quando em reação à conduta ilícita se impõe uma privação de direitos com finalidade repressiva da infração e preventiva ou dissuasiva de condutas similares, sem que tal privação deva guardar uma relação quantitativa exata com o volume do dano causado<sup>94</sup>.

Kelsen, por sua vez, diferencia os atos de coerção estatuídos contra uma ação ou omissão determinada pela ordem jurídica dos atos que não tem esse caráter, não tem como pressuposto uma ação ou omissão do indivíduo

<sup>93</sup>SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Vol. II. 1ª Edição. Madrid. Ilustel: 2005. p. 380.

<sup>94</sup>SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. 2005. Op. Cit. p. 380.

especificada pelo ordenamento. Os primeiros seriam as sanções propriamente ditas e, como exemplo dos últimos, cita o internamento compulsório de portador de doença grave e contagiosa<sup>95</sup>.

Assim, é preciso diferenciar a sanção das medidas meramente reparatórias tomadas pelo Estado<sup>96</sup>. Necessário, ainda, fazer distinção entre sanção e o exercício de poder de polícia, que não tem como pressuposto a prática de infração. Não é sanção, por exemplo, a determinação da devolução de importância indevidamente recebida do Poder Público pelo particular ou, ainda, o uso da necessária força física para dissolução de passeata que esteja causando transtornos à ordem pública.

Fábio Medina Osório, ao tratar das diferenças entre as sanções e o exercício de poder de polícia pelo Estado, esclarece que “quando o Estado veda ao indivíduo um exercício de um direito para o qual não estava habilitado, não há falar-se em sanção administrativa”<sup>97</sup>. De fato, quando exerce o poder de polícia não está o Estado aplicando ao particular qualquer tipo de punição em razão da prática de ilícito, mas, de forma diversa, apenas condicionando o uso de bens e direitos de modo a promover sua adequação à ordem jurídica e ao interesse público. Nas palavras do Prof. Clóvis Beznos “a polícia administrativa, além de não sacrificar direito individuais, também nada agrega à própria esfera

---

<sup>95</sup> KELSEN, Hans. Op. Cit. p.121.

<sup>96</sup> Nesse sentido: “*Entendemos que tanto la índole reparatoria de los daños y perjuicios, como la mevanica de su aplicación son ajenos a la materia sancionatoria. Un hecho imputado a un administrado puede ser pasible de sanción administrativa, si coincide con el supuesto de hecho contenido en una norma que la determina consecencialmente (...). Puede, concomitantemente, irrogar un daño a la Administración. Ésta, en virtud de su potestad sancionatoria, podrá aplicar sanciones y tendrá, asimismo, derchecho a reclamar la separación de los daños causados. Desde un cierto punto de vista y atendiendo al quantum, esta sanción se nos presenta como un plus respecto del daño, en los casos en que tiene un contenido pecuniario.*” (LORENZO, Suzana. *Sanciones Administrativas*. Montevidéo. Julio César Faira – Editor: 1996. p. 3.)

<sup>97</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. Op. Cit. p. 82.

dos direitos individuais, além do lineamento geral, fornecido pelo sistema normativo”<sup>98</sup>. Não se trata, assim, de restrição de direitos, mas apenas de sua conformação ao ordenamento.

Assim, elemento importante na caracterização da sanção, capaz de estabelecer a sua diferença com relação aos demais atos restritivos de direitos praticados pelo Estado, é a indicação da infração como seu pressuposto. Tal critério, entretanto, ao menos em um primeiro momento, não parece ser suficiente para diferenciar a sanção das medidas reparatórias, decorrentes dos danos eventualmente causados pela prática de infração.

Nessa linha, Daniel Ferreira, após conceituar sanção como uma reação restritiva pela atuação em desconformidade com uma peculiar determinação legal, esclarece que qualquer “repercussão que não constituir uma objetiva, direta e imediata resposta jurídica ao ilícito, mesmo que impondo uma restrição à esfera de direitos do infrator” não será considerada sanção<sup>99</sup>.

Tomando por base tal posicionamento, pode-se afirmar que as medidas meramente reparatórias não constituem direta e imediata resposta ao ilícito, mas, apenas, consequência do dano causado. Não há, nesse caso, qualquer tipo de punição ao causador do dano, mas apenas a imposição do dever de reparar os prejuízos causados.

Sanção administrativa, dessa forma, é medida restritiva de direitos, prevista em lei, que tem por pressuposto legal a prática de infração, excedendo a mera reparação do dano eventualmente causado. O pressuposto da sanção não é

---

<sup>98</sup> BEZNOS, Clóvis. *Poder de Polícia*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais: 1979. p. 79.

<sup>99</sup> FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*. São Paulo. Malheiros: 2001. p. 25.

o dano causado, mas a infração praticada. As medidas reparadoras são conseqüências do dano enquanto a sanção é conseqüência do ilícito.

### IV.3. Infração como ato jurídico

Para Régis Fernandes de Oliveira<sup>100</sup> e Daniel Ferreira<sup>101</sup> a infração é conduta antijurídica por se tratar de comportamento contrário ao estabelecido pela ordem jurídica. Ambos os autores empregam o termo “antijurídico” como sinônimo de “ilícito” o que, a despeito de ser de uso corrente, deixa de ressaltar a juridicidade da infração, passando, ao incauto, a impressão de que a infração seria um ato não-jurídico.

Como afirma Kelsen

a ação ou omissão determinada pela ordem jurídica, que forma a condição ou o pressuposto de um ato de coerção estatuído pela mesma ordem jurídica, representa o fato designado como ilícito ou delito, e o ato de coação estatuído como sua conseqüência representa a conseqüência do ilícito ou sanção<sup>102</sup>.

Para o autor, portanto, o ilícito não deve ser visto como um ato de negação do Direito, mas como pressuposto de sua aplicação. Assim, o ilícito é ato jurídico, pressuposto para a aplicação da sanção jurídica.

Adotando o mesmo posicionamento, Heraldo Garcia Vitta afirma que “os atos ilícitos são atos jurídicos, porque têm efeitos jurídicos de acordo com o ordenamento”<sup>103</sup>.

<sup>100</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. São Paulo. Revista dos Tribunais: 1985. p. 5.

<sup>101</sup> FERREIRA, Daniel. Op. Cit. p. 67.

<sup>102</sup> KELSEN, Hans. Op. Cit. p. 124.

<sup>103</sup> VITTA, Heraldo Garcia. Op. Cit. p. 27

De fato, sendo a infração o pressuposto jurídico para a aplicação da sanção pelo Estado, não cabe falar em conduta contrária ao Direito, antijurídica. A prática de infração administrativa nada mais é que a conduta que se subsume à hipótese normativa obrigando o Estado a aplicar a sanção, consequência prevista na norma jurídica. Trata-se, dessa forma, de conduta jurídica que, ao se subsumir à hipótese normativa faz incidir a consequência. O ilícito, para ser ilícito, depende de norma jurídica que o qualifique como tal<sup>104</sup>.

#### IV.4. Critério diferenciador

Questão crucial, de fundamental importância para o presente estudo, está em diferenciar as infrações e sanções administrativas das demais classes de ilícito e sanção previstas no ordenamento jurídico.

Susana Lorenzo, administrativista uruguaia, em sua importante obra sobre sanções administrativas, afirma existir uma diferença ontológica entre sanções penais e administrativas, diretamente relacionada aos valores adotados por uma dada sociedade. De acordo com a autora, “*el legislador no puede, en virtud de una ley, contradecir la naturaleza manifiesta de los distintos ilícitos, sino que su función valorativa se limitará a consagrarla*”<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> Oportunas, nesse ponto, as lições do Prof. Lourival Vilanova acerca do fato jurídico: “(...) o fato é jurídico porque alguma norma sobre ele incidiu, ligando-lhe efeitos (pela *relação de causalidade normativa*). Suprimam-se normativamente efeitos e o fato jurídico fica tão só como fato. O direito é um processo dinâmico de juridicização e de desjuridicização de fatos, consoante as valorações que o sistema imponha, ou recolha, como dado social (as valorações efetivas da comunidade que o legislador acolhe e as objetiva como normas impositivas).” (VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais: 2000. p. 144-145.)

<sup>105</sup> LORENZO, Suzana. Op. Cit. p 41-43.

Montoro Puerto, por sua vez, após defender a existência de uma pluralidade de ordenamentos jurídicos, entre os quais o ordenamento jurídico administrativo, defende que a natureza da infração e da sanção será dada pela natureza do ordenamento jurídico infringido<sup>106</sup>.

Adotando critério formal, Daniel Ferreira, após analisar diversas posições doutrinárias, conclui que “o fator de discriminação entre os ilícitos penal e administrativo está no específico regime jurídico a que se subordina a sanção correspondente”. Fundamenta sua posição principalmente no fato de inexistir diferença essencial entre delito e infração, sendo necessário recorrer ao ordenamento jurídico para efetuar a distinção<sup>107</sup>.

Heraldo Garcia Vitta<sup>108</sup> e Rafael Munhoz de Mello<sup>109</sup> também adotam o critério formal para diferenciar as infrações administrativas dos demais tipos de ilícito, mas, ao invés de recorrer ao regime jurídico, entendem os autores que a natureza da infração é determinada pela autoridade competente para aplicação da sanção que lhe é correspondente. Assim, infrações administrativas constituem pressuposto de aplicação de sanção por autoridade administrativa e ilícitos penais constituem pressuposto de aplicação de sanção por juiz criminal.

De fato, a aplicação de sanção por infração penal compete exclusivamente ao Juiz Criminal no exercício da função que lhe é própria, da

---

<sup>106</sup> PUERTO, Montoro. *La infracción administrativa*. Barcelona. Nauta S.A.: 1955. p. 116 e seguintes.

<sup>107</sup> FERREIRA, Daniel. Op. Cit. p. 60-61

<sup>108</sup> VITTA, Heraldo Garcia. Op. Cit. p. 30-34.

<sup>109</sup> MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Op. Cit. p. 60

mesma forma, a aplicação de sanção por infração administrativa é de competência exclusiva de autoridade no exercício da função administrativa<sup>110</sup>.

A diferença, de fato, reside no regime jurídico, mas é a análise do sujeito ativo competente para a aplicação da sanção o melhor critério para se determinar qual o regime jurídico aplicável e, portanto, a natureza do ilícito e da sanção.

Como afirmado acima, (IV.1) a criação de ilícitos e sanções penais ou infrações administrativas e suas correspondentes sanções, é escolha do legislador, não existindo diferenças substanciais entre as duas formas de manifestação do *jus puniendi* estatal.

#### **IV.5. Estrutura da norma legal sancionadora**

De acordo com o Prof. Lourival Vilanova a “norma jurídica apresenta composição dúplice: norma primária e norma secundária”. Aduz o Prof. Vilanova que na norma secundária

a hipótese fática, o pressuposto é o não-cumprimento, a inobservância do dever de prestar, positivo ou negativo, que funciona como fato jurídico (ilícito, antijurídico) fundante de outra pretensão, a de exigir coativamente perante órgão estatal a efetivação do dever constituído na norma primária<sup>111</sup>.

Partindo das lições acima, pode-se afirmar que estão implícitas na norma legal sancionadora, uma norma primária e uma norma secundária: a

---

<sup>110</sup> Vale ressaltar que tanto membros do legislativo quanto do judiciário podem ter competência para a aplicação de sanção administrativa quando no exercício de função administrativa.

<sup>111</sup> VILANOVA, Lourival. 2000. Op. Cit. p. 188.

norma primária, dirigida ao particular, consiste na proibição da prática do ilícito, a norma secundária, por sua vez, é dirigida ao Estado e determina que, uma vez praticada a infração, deve-ser aplicada a sanção.

Dessa forma, a previsão legal de infração administrativa implica dois comandos distintos, um dirigido ao particular, proibindo a prática da conduta descrita no tipo infracional, outro, dirigido à Administração, determinando seja aplicada a sanção ao infrator.

Do ponto de vista de sua estrutura, a norma legal sancionadora, como as normas jurídicas em geral, é composta por hipótese, mandamento e consequência. Em matéria sancionadora, a infração constitui a hipótese da norma e a sanção sua consequência.

#### **IV.6. Estrutura do ato administrativo sancionador**

De acordo com a classificação proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello, aqui adotada, o ato administrativo apresenta, como pressupostos de existência, o “objeto” e a “pertinência à função administrativa”; como pressupostos de validade, sujeito (pressuposto subjetivo), motivo (pressuposto objetivo), requisitos procedimentais (pressuposto objetivo), finalidade (pressuposto teleológico), causa (pressuposto lógico) e formalização (pressuposto formalístico)<sup>112</sup>.

Aplicando a teoria ao campo específico do ato administrativo sancionador, tem-se que o objeto do ato administrativo sancionador é o infrator,

---

<sup>112</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Op. Cit. p. 387-405.

ou seja, o sujeito responsável pela prática de infração administrativa. Assim, para a existência do ato administrativo sancionador é necessário que alguém tenha efetivamente praticado a infração descrita na hipótese da norma. Se o ato imputasse prática de infração a pessoa falecida anos antes da conduta indicada, o ato seria inexistente.

Com relação à pertinência à função administrativa tem-se que a competência para prática de ato administrativo sancionador cabe, exclusivamente, a autoridade no exercício de função administrativa, seja ela integrante do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário.

O sujeito ativo do ato (pressuposto subjetivo) será a autoridade administrativa que, nos termos da lei, tem competência para a aplicação da sanção.

O motivo do ato administrativo sancionador será sempre a prática de infração administrativa, pressuposto de fato para a aplicação da sanção.

Como requisito procedimental pode-se indicar, como sendo comum aos atos administrativos sancionadores em geral, a necessidade de se assegurar ao infrator a observância do contraditório com a concessão de oportunidade para apresentação de defesa que deverá ser efetivamente analisada pela autoridade competente.

A causa do ato administrativo sancionador é dada pela relação existente entre o motivo e o conteúdo do ato e sua adequação à finalidade. Em outras palavras a prática de ato (motivo) descrito na hipótese da norma faz incidir a consequência normativa (sanção) sendo necessário avaliar se tal consequência, em vista do ato praticado, atende à finalidade da norma. Como

ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, é “no âmbito da causa que se examinam dois tópicos extremamente importantes para a validade do ato, a saber: a) sua razoabilidade e b) sua proporcionalidade”<sup>113</sup>.

Com relação à formalização, os atos sancionadores geralmente são escritos, características comum à sua quase totalidade, sendo bastante variados os pressupostos formalísticos exigidos para a aplicação das inúmeras sanções administrativas previstas em lei. O essencial, no entanto, é que tais pressupostos, previstos em lei, devem ser atendidos sob pena de nulidade do ato.

O pressuposto teleológico (finalidade) não foi mencionado propositalmente pois merece maiores considerações e é objeto específico do próximo tópico.

A análise cuidadosa dos pressupostos do ato administrativo sancionador permite evidenciar eventuais vícios de legalidade do ato, possibilitando o seu controle judicial ou administrativo, daí sua fundamental importância.

#### **IV.7. Finalidade da sanção administrativa**

Como demonstrado nos primeiros capítulos do presente trabalho o agente público quando atua em nome do Estado exerce função, estando vinculado pela norma legal e pela finalidade de direito público por ela veiculada.

---

<sup>113</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Op. Cit. p. 401.

A vinculação do agente público à finalidade torna de fundamental importância o estudo da finalidade da norma sancionadora, ou, em outras palavras, a finalidade da sanção administrativa no ordenamento jurídico.

Fábio Medina Osório após afirmar que a sanção administrativa tem finalidade punitiva conclui que “há medidas que não estão finalisticamente direcionadas a uma punição, mas a outros objetivos, restando, assim, excluídas do conceito de sanção administrativa”<sup>114</sup>.

Embora reconhecendo o caráter punitivo das sanções administrativas tem-se, entretanto, que a punição preordena-se a desestimular a prática de infrações, sendo essa a principal finalidade da norma sancionadora. O caráter punitivo é meio, instrumento para se alcançar a finalidade normativa.

Se por um lado é correto afirmar que o Direito é composto de um *dever-ser* que, portanto, não se confunde com o mundo do *ser*<sup>115</sup>; é fato, de outro lado, que o Direito tem por finalidade influir no mundo do *ser* interferindo sobre as ações humanas, orientando-as em dado sentido determinado pelos valores adotados pelo ordenamento. Não fosse o Direito capaz de influenciar o mundo do *ser* ele sequer faria sentido, sendo transformado em mero exercício intelectual.

Não é por outra razão que Heraldo Garcia Vitta esclarece que

---

<sup>114</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. Op. Cit. p. 79

<sup>115</sup> De acordo com Kelsen: “A distinção entre o ser e o dever-ser não pode ser mais aprofundada. É um dado imediato de nossa consciência. Ninguém pode negar que o enunciado: tal coisa é – ou seja, o enunciado através do qual descrevemos um ser fático – se distingue essencialmente do enunciado: algo deve-ser – com o qual descrevemos uma norma – e que da circunstância de algo ser não se segue que algo deva-ser, assim como da circunstância de que algo deve ser se não segue que algo seja.” (KELSEN, Hans. Op. Cit. p. 6)

a previsão de sanções existe para atemorizar os eventuais infratores (caráter repressivo), fazendo com que os indivíduos ajustem seus comportamentos aos padrões admitidos em Direito. Tem por fim específico desestimular a prática de condutas proibidas pela ordem normativa por meio de ‘desagradáveis efeitos’<sup>116</sup>.

Na mesma linha, os ensinamentos de Daniel Ferreira para quem a finalidade da sanção é “desestimular a prática de condutas juridicamente reprováveis, mediante imposição de conseqüências desfavoráveis, danosas, a quem a lei previamente determinar – aí incluídos os ‘castigos’ ao infrator”<sup>117</sup>. Esclarece, ainda, o autor que “o castigo – se assim considerado, não é o objetivo colimado pela sanção, mas sim um efeito de sua imposição”<sup>118</sup>.

Não se nega, portanto, o caráter repressivo das sanções administrativas, o fato de que tem por conseqüência uma punição, ou, nas palavras de Fábio Medina Osório um “mal ou castigo”. O que não se pode aceitar é que o Estado tenha por finalidade castigar alguém ou imputar-lhe algum mal<sup>119</sup>.

A verdadeira finalidade da sanção administrativa está, então, em desestimular a prática de determinados atos, reprovados pelo ordenamento

<sup>116</sup> VITTA, Heraldo Garcia. Op. Cit. p. 65.

<sup>117</sup> FERREIRA, Daniel. Op. Cit. p. 30.

<sup>118</sup> FERREIRA, Daniel. Op. Cit. p. 48.

<sup>119</sup> Nesse sentido, seguem as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello: “O Direito tem como finalidade unicamente a disciplina da vida social, a conveniente organização dela, para o bom convívio de todos e bom sucesso do todo social, nisto se esgotando seu objeto. Donde, não entram em pauta intentos de ‘represália’, de castigo, de purgação moral a quem agiu indevidamente. É claro que também não se trata, quando em pauta sanções pecuniárias – caso das multas-, de captar proveitos econômicos para o Poder Público, questão radicalmente estranha à natureza das infrações e, conseqüentemente, das sanções administrativas.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. 2008. Op. Cit. p. 836)

Ainda, no mesmo sentido, afirma o jurista espanhol, Ángeles de Palma del Teso que: “*La finalidad del Derecho Sancionador Administrativo es la prevención de las conductas que ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos, y no dirigir reproches o retribuir a los ciudadanos por comportamientos contrarios a las normas.*” (DEL TESO. Ángeles de Palma. *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*. Madrid. Tecnos: 1996. p.54.)

jurídico. Se por um lado é certo que para desestimular a prática de certos atos é preciso punir quem os tenha praticado, a recíproca não é verdadeira: nem sempre a punição leva ao desestímulo da prática dos atos.

Pode acontecer, por exemplo, que frente a uma determinada norma proibitiva, expressa através de termos vagos, o administrado tenha dificuldade de saber se determinada conduta é permitida ou proibida. Nesse caso pode ocorrer que deixe de praticar ato permitido por entendê-lo vedado ou, o que é ainda mais grave, seja punido pela prática de ato que entendeu ser permitido, caso em que a sanção não terá cumprido sua finalidade.

Como afirma Norberto Bobbio, a sanção tem por finalidade “aumentar a eficácia das regras institucionais e, conseqüentemente, da instituição em seu conjunto”<sup>120</sup>, é dizer, tem por finalidade aumentar a eficácia das normas jurídicas, desestimulando a prática de condutas por elas vedadas.

#### **IV.8. Legalidade e tipicidade**

Legalidade e tipicidade estão intimamente ligadas, sendo a última uma especificidade da primeira.

---

<sup>120</sup> Diz o autor que: “Não há dúvida que o principal efeito da institucionalização da sanção é a maior eficácia das normas relativas. Quando se fala em sanção institucionalizada, entende-se estas três coisas, ainda que elas nem sempre se encontrem simultaneamente: 1) para toda violação de uma regra primária, é estabelecida a relativa sanção; 2) é estabelecida, se bem que dentro de certos termos, a medida da sanção; 3) são estabelecidas pessoas encarregadas de efetuar a execução. Como se vê, trata-se de limitações que tendem a disciplinar o fenômeno da sanção espontânea e imediata de grupo. Com a primeira limitação se assegura a certeza da resposta, com a segunda, a proporcionalidade, com a terceira, a imparcialidade. Todas as três limitações juntas, têm como fim comum aumentar a eficácia das regras institucionais e, conseqüentemente, da instituição em seu conjunto. Atendo-nos a estes critérios, poderemos dizer que o caráter das normas jurídicas está no fato de serem normas, em confronto com as morais e sociais, de eficácia reforçada.” (BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 3ª ed. rev. São Paulo. Edipro: 2005. p. 161.)

Nos termos do artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Não obstante o dispositivo constitucional fazer referência expressa aos ilícitos de natureza criminal (crime) é possível, com base no que foi afirmado a respeito da unidade do *jus puniendi* estatal (IV.1), estender sua aplicação ao direito administrativo sancionador.

O referido artigo constitucional, entretanto, não é o único fundamento para aplicação do princípio da tipicidade ao direito administrativo sancionador. Pode-se afirmar que o princípio da tipicidade decorre diretamente dos princípios constitucionais da legalidade (II.2) e da segurança jurídica (II.1)<sup>121</sup>.

Como afirmado anteriormente (II.1)

o conhecimento prévio das infrações e das sanções a elas correspondentes é fundamental não só para que o particular possa evitar a prática de atos reprovados pelo ordenamento, mas também para que possa, conscientemente, praticar os atos que lhe são lícitos.

Considerando que a finalidade das sanções administrativas é desestimular a prática de atos reprovados pelo ordenamento faz-se logicamente

---

<sup>121</sup> Nesse sentido, Rafael Munhoz de Mello afirma que “no campo do direito administrativo sancionador o princípio da segurança jurídica dá origem ao princípio da tipicidade.” (MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Op. Cit. p. 134).

Fábio Medina Osório, por seu turno, afirma: “o princípio da tipicidade das infrações administrativas decorre, genericamente, do princípio da legalidade, vale dizer, da garantia de que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’ (art. 5º, II, CF/88), sendo certo que a Administração Pública, ademais, está submetida à exigência de legalidade administrativa (art. 37, *caput*, CF/88), o que implica necessária tipicidade permissiva para elaborar modelos de condutas proibidas e sancioná-las.” (OSÓRIO, Fábio Medina. Op. Cit. p. 207-208.)

necessário, para que a norma cumpra sua finalidade, que a conduta que se pretende evitar seja descrita com um mínimo de precisão tornando possível sua identificação de modo a poder evitá-la.

O princípio da legalidade, na forma como adotado no ordenamento jurídico brasileiro, exige que qualquer obrigação ou restrição a direito imposta pelo Estado encontre-se prevista em lei previamente à sua imposição. Somente a lei pode autorizar a Administração a aplicar sanção ao particular, devendo indicar, de modo preciso, as circunstâncias de fato que constituem pressuposto de sua aplicação<sup>122</sup>.

Não basta, dessa forma, a previsão isolada da infração ou da sanção, é imperativo do princípio da tipicidade a existência de lei que estabeleça, para cada infração, a correspondente sanção. Em outras palavras, ao definir uma infração, deve a lei identificar a sanção lhe é correspondente sendo vedado deixar à escolha da autoridade administrativa a sanção a ser imposta<sup>123</sup>.

O essencial é que as infrações e sanções administrativas sejam descritas em lei de tal forma que seja possível ao particular conhecer, com precisão, não só quais as condutas que lhe são vedadas e quais as que lhe são permitidas, mas também a consequência que irá sofrer pela prática do ilícito.

---

<sup>122</sup> “Pouco valeria o princípio da legalidade se o administrador pudesse impor penalidades administrativas sem que houvessem sido definidos com antecedência e de maneira exaustiva, os comportamentos que são pressupostos das sanções. Do mesmo modo, o referido princípio seria inócuo se, acaso, o administrador pudesse determinar as infrações por atos subalternos da lei, ficando ao Legislativo, apenas, a enumeração das respectivas penalidades.” (VITTA, Herald Garcia. Op. Cit. p. 91)

<sup>123</sup> Nos dizeres de Alejandro Nieto: “*El mandato de tipificación tiene dos vertientes: porque no sólo la infracción sino también la sanción ha de estar debidamente prevista en la norma que, mediando reserva legal, ha de tener rango de ley. Con remisión o sin ella, una vez realizada la tipificación de las infracciones, las normas han de atribuirles unas sanciones determinadas, estableciendo la correlación entre unas y otras.(...)*” (NIETO, Alejandro. Op. Cit. p. 310.)

Por fim, a tipicidade das infrações e sanções administrativas implica a impossibilidade de aplicação das denominadas “sanções políticas” por parte de Administração. Ora, havendo necessidade de previsão legal, tanto das infrações quanto das respectivas sanções, não se pode admitir que, por conta da prática do ilícito, a Administração aplique sanções outras que não aquelas expressamente previstas em lei.

#### **IV.9. Exigência de dolo ou culpa**

Questão bastante polêmica entre os doutrinadores é se a configuração de infração administrativa exige a comprovação de dolo ou culpa do infrator ou apenas a voluntariedade. É fora de dúvida que quando a lei exigir comprovação de dolo ou culpa, não cabe discussão, sendo evidente que a mera voluntariedade, nesse caso, é insuficiente para a caracterização do ilícito.

A questão se põe quando a lei silencia ou, ainda, quando expressamente prevê ser desnecessária a caracterização da culpa para a configuração do ilícito.

A voluntariedade, nas lições de Régis Fernandes de Oliveira, é o “movimento anímico consciente capaz de produzir efeitos jurídicos”<sup>124</sup>. Para o autor, a mera voluntariedade do infrator é suficiente para que se possa apená-lo administrativamente.

Apresentada a definição, ressalte-se, logo de início, a dificuldade em vislumbrar situação em que há mera voluntariedade, sem a concorrência de

---

<sup>124</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Op. Cit. p.11.

culpa em sentido lato. Se voluntariedade é movimento anímico consciente, difícil vislumbrar situação em que tal conduta, tipificada pela norma, não configure dolo ou, quando menos, negligência, imprudência ou imperícia. A questão, no entanto, é de fundamental importância pois a aceitação da mera voluntariedade leva a uma responsabilização objetiva do infrator.

Ángeles de Palma del Teso, tratando do princípio da culpabilidade no direito espanhol, após discorrer sobre a unidade do *jus puniendi* do Estado e defender a aplicação criteriosa, com temperamentos, dos princípios básicos de direito penal ao direito administrativo sancionador, afirma que a exigência de culpa para imposição de sanções administrativas decorre do próprio modelo de Estado Social e Democrático de Direito, a exigir uma série de limites ao exercício do *jus puniendi* estatal como forma de manter o necessário equilíbrio entre o interesse público e as garantias dos cidadãos<sup>125</sup>.

No mesmo sentido as lições de Heraldo Garcia Vitta que, tratando do ordenamento jurídico brasileiro, invoca a Democracia e o Estado de Direito, mencionando explicitamente a necessidade de observância dos direitos e garantias fundamentais, para afirmar que “não podemos conceber haja infrações administrativas, diante de mera voluntariedade sem qualquer análise da culpa ou do dolo do infrator”<sup>126</sup>.

Suzana Lorenzo, com base no princípio da presunção da inocência, sustenta ser inaceitável a adoção da responsabilidade objetiva em matéria de sanção administrativa. De acordo com a autora o referido princípio constitucional determina que a Administração somente poderá sancionar quando munida de provas suficientes para tanto, não sendo possível invocar, nesse caso,

<sup>125</sup> DEL TESO. Ángeles de Palma. Op. Cit. p.52-55.

<sup>126</sup> VITTA, Heraldo Garcia. Op. Cit. p. 43.

a presunção de validade dos atos administrativos como forma de imputar o ônus da prova ao administrado: “*es la Administración quien debe probar la responsabilidad del inculgado y no éste su inocencia*”<sup>127</sup>.

De fato, não condiz com o Estado Democrático de Direito e, menos ainda, com o princípio da presunção da inocência, a possibilidade de sancionar alguém sem necessidade de comprovação de sua culpa.

Vale ressaltar, nesse ponto, que a Constituição, ao tratar da responsabilidade objetiva do Estado em seu artigo 37, §6º, assegura direito de regresso contra o responsável apenas nos casos de *dolo* ou *culpa*, fazendo, dessa forma, expressa distinção entre a responsabilidade objetiva do Estado e a responsabilidade de seus agentes, de natureza subjetiva.

Não obstante os argumentos acima, Daniel Ferreira entende que a mera voluntariedade é suficiente para a caracterização da infração administrativa. Afirma o administrativista que, silente a lei, “os ilícitos administrativos só podem ser concebidos objetivamente”<sup>128</sup>. Argumenta, ainda, que

partindo-se da premissa de que a finalidade da sanção é a de desestimular as condutas administrativamente reprováveis, e não a de ‘castigar’, ‘punir’, o infrator, demonstrada até mesmo pela possibilidade de sua direta imposição a terceiros, não parece que – em regra – tenha a lei se importado com aquele e, ainda, mais, com sua própria vontade<sup>129</sup>.

Em resposta, afirma-se que a finalidade da norma não é alcançada com a atribuição de responsabilidade objetiva por infrações administrativas. A

<sup>127</sup> LORENZO, Suzana. Op. Cit. p. 81.

<sup>128</sup> FERREIRA, Daniel. Op. Cit. p. 65.

<sup>129</sup> FERREIRA, Daniel. Op. Cit. p. 65.

bem da verdade, a responsabilidade objetiva só faz sentido para efeitos de indenização que, como dito, difere das sanções administrativas. Somente no caso de um desequilíbrio entre as partes, da hipossuficiência de uma parte em relação à outra, é que faz sentido falar em responsabilidade objetiva como forma de garantir que a parte mais fraca da relação não seja prejudicada por eventual dano causado, obtendo o direito à reparação independente da comprovação de culpa do causador do dano.

Em se tratando de punição pela prática de ilícito não é possível aceitar, em um Estado Democrático de Direito, ainda mais quando há previsão expressa do princípio da presunção da inocência, que alguém seja punido sem, ao menos, a comprovação de sua culpa.

## **CAPÍTULO V - CONTROLE JURISDICIONAL DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS**

Como visto anteriormente, a discricionariedade pode ser entendida como margem de liberdade conferida por lei ao administrador público. Partindo desse conceito e considerando tudo o que foi dito anteriormente a respeito da segurança jurídica, do princípio da legalidade e das infrações e sanções administrativas, especialmente sua finalidade, poder-se-ia, precipitadamente, concluir pela inexistência de discricionariedade em matéria de infrações e sanções administrativas.

É preciso, no entanto, estabelecer a diferença entre a discricionariedade existente ao nível da norma e aquela que subsiste diante do caso concreto. A última é que se confunde com o denominado mérito do ato administrativo, margem de apreciação subjetiva do administrador insuscetível de revisão pelo Poder Judiciário.

À parte o caso concreto, há, ainda, que se fazer distinção entre a discricionariedade existente na hipótese da norma (descrição da infração) e na sua conseqüência (sanção).

### **V.1. Discricionariedade na norma sancionadora**

Em um primeiro corte, passa-se ao estudo da discricionariedade na norma sancionadora.

Considerando um ideal de justiça e segurança jurídica seria desejável que as normas sancionadoras fossem absolutamente precisas em seus

termos, não deixando qualquer margem de apreciação subjetiva a seu aplicador. Nesse caso, teriam os administrados condições de saber, previamente e com precisão absoluta, quais os atos considerados lícitos e quais aqueles que dariam ensejo à aplicação de sanção. Além do tipo infracional, as próprias sanções seriam conhecidas com precisão.

De nada adiantaria, no entanto, alcançar o ideal de normas absolutamente precisas se não fosse possível fazê-lo através de uma linguagem acessível a todos. Afinal, não haveria utilidade em uma norma precisa se parcela significativa da população não fosse capaz de apreender-lhe o significado.

Fato é que a linguagem jurídica, especialmente aquela derivada do Poder Legislativo, mistura aos termos técnico-científicos outros próprios da linguagem natural. Nas palavras do Prof. Paulo de Barros Carvalho

as regras emanadas do Poder Legislativo, em razão de sua compostura heterogênea, decorrência inevitável da representatividade política, revela presença menor de termos com acepção precisa e predominância incontestável do linguajar comum<sup>130</sup>.

Precisão absoluta, portanto, não existe sequer no Direito Penal, área em que a exigência de tipicidade atinge grau máximo em razão da gravidade das penas impostas<sup>131</sup>.

---

<sup>130</sup> BARROS CARVALHO, Paulo de. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo. Ed. Noeses. 2008. p. 58 .

<sup>131</sup> Nas palavras de Fábio Medina Osório: “Não há dúvidas de que conceitos indeterminados, cláusulas gerais e elementos normativos podem ser utilizados na tipificação de condutas proibidas, seja no direito penal, seja no Direito Administrativo Sancionador, neste com maior frequência. Trata-se, inclusive, de um problema de linguagem, de inevitável abertura da linguagem normativa”. (OSÓRIO, Fábio Medina. Op. Cit. p. 210/211).

### **V.1.2. Discricionariade na hipótese da norma**

Tratando de discricionariade, difícil conceber, no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de uma norma jurídica simplesmente conferir ao administrador a faculdade de determinar, caso a caso, se um dado fato constitui ou não infração administrativa.

Seria inconcebível, por exemplo, que a lei estabelecesse uma determinada sanção a ser aplicada pelo administrador nas hipóteses em que este julgasse conveniente e oportuna tal aplicação, de acordo com critérios puramente subjetivos.

Também não se poderia aceitar que a lei descrevesse de forma precisa uma determinada conduta, deixando ao administrador a liberdade de caracterizá-la ou não como infração administrativa. Haveria, nesse caso, ofensa aos princípios da legalidade, tipicidade e segurança jurídica, somente para citar os mais evidentes.

Pode ocorrer, no entanto, que a lei expressamente confira à Administração certa margem de liberdade para decidir acerca de questões técnicas ou procedimentais que interfiram, delimitem ou integrem a hipótese normativa sem que isso implique liberdade do administrador na aplicação da lei ao caso concreto.

Para melhor ilustrar a hipótese aventada, tomem-se como exemplo as infrações previstas no art. 218 do Código Nacional de Trânsito<sup>132</sup>:

---

<sup>132</sup> BRASIL. Código de Trânsito Brasileiro. Lei 9.503 de 23 de setembro de 1997 e alterações posteriores. Congresso Nacional. Diário Oficial da União. Brasília, DF. 21 set 08. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm). Acesso em: 21 set 2008.

Art. 218. Transitar em velocidade superior à máxima permitida para o local, medida por instrumento ou equipamento hábil, em rodovias, vias de trânsito rápido, vias arteriais e demais vias:

I - quando a velocidade for superior à máxima em até 20% (vinte por cento):

Infração - média;

Penalidade - multa;

II - quando a velocidade for superior à máxima em mais de 20% (vinte por cento) até 50% (cinquenta por cento):

Infração - grave;

Penalidade - multa;

III - quando a velocidade for superior à máxima em mais de 50% (cinquenta por cento):

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa [3 (três) vezes], suspensão imediata do direito de dirigir e apreensão do documento de habilitação.

A simples leitura do *caput* do referido artigo já permite concluir que, para a sua aplicação, é necessário definir qual a *velocidade máxima permitida para o local* onde se dá a conduta.

De nada adiantaria a previsão de severas penalidades para o excesso de velocidade se não houvesse um limite máximo previamente fixado. A ausência do limite impossibilitaria a caracterização da infração e, conseqüentemente, a aplicação da sanção, tornando inócuo o dispositivo legal.

Continuando a tratar do exemplo citado, tem-se que a fixação do limite de velocidade é disciplinada pelo próprio Código Nacional de Trânsito que, logo após classificar as vias abertas à circulação, tanto urbanas como rurais, estabelece, em seu artigo 61, que:

Art. 61. A velocidade máxima permitida para a via será indicada por meio de sinalização, obedecidas suas características técnicas e as condições de trânsito.

§ 1º Onde não existir sinalização regulamentadora, a velocidade máxima será de:

I - nas vias urbanas:

- a) oitenta quilômetros por hora, nas vias de trânsito rápido;
  - b) sessenta quilômetros por hora, nas vias arteriais;
  - c) quarenta quilômetros por hora, nas vias coletoras;
  - d) trinta quilômetros por hora, nas vias locais;
- II - nas vias rurais:
- a) nas rodovias:
    - 1) cento e dez quilômetros por hora para automóveis e camionetas;
    - 1) 110 (cento e dez) quilômetros por hora para automóveis, camionetas e motocicletas;
    - 2) noventa quilômetros por hora, para ônibus e microônibus;
    - 3) oitenta quilômetros por hora, para os demais veículos;
  - b) nas estradas, sessenta quilômetros por hora.
- § 2º O órgão ou entidade de trânsito ou rodoviário com circunscrição sobre a via poderá regulamentar, por meio de sinalização, velocidades superiores ou inferiores àquelas estabelecidas no parágrafo anterior.

Nota-se que a lei fixa os limites de velocidade para as diversas vias de circulação, mas, ao mesmo tempo, dá ao órgão administrativo (art. 61, §2º) competência para *regulamentar, por meio de sinalização, velocidades superiores ou inferiores àquelas estabelecidas por lei.*

Trata-se de típica competência administrativa regulamentar<sup>133</sup>, exercida por meio de normas gerais e abstratas no exercício de atividade em que é possível reconhecer certa margem de discricionariedade.

Tem-se, portanto, que a delimitação do tipo infracional pode, nesse caso, envolver atividade administrativa discricionária. Tal atividade deverá ser

<sup>133</sup> A respeito do regime jurídico do regulamento no ordenamento brasileiro, permanece válida e atual a observação feita por Geraldo Ataliba: “(...)é com extrema cautela que há de se ler o que no estrangeiro se escreveu sobre a matéria. É que o conteúdo, a forma e o regime do poder regulamentar nos países cuja cultura jurídica mais contribuíram para a nossa formação científica e política, são bem diversos dos nossos.”

“O estudioso desavisado pode facilmente incorrer em graves erronias, se não se adverte para as distinções entre o nosso regime constitucional tradicional e o desenvolvido alhures.”

“Certos autores mais sôfregos têm cedido à fácil tentação da tradução simplista e da transplantação acriteriosa de problemas e soluções, inadvertidos da diversidade de regimes. Não são, certamente, os mais avisados, mas infelizmente têm encontrado fácil e inadvertido eco.” (ATALIBA, Geraldo. Decreto regulamentar no ordenamento brasileiro. Revista de Direito Administrativo 97/21-33. Rio de Janeiro. FGV: 1969. p. 21.)

exercida através de norma geral e abstrata à qual será dada publicidade por meio de sinalização afixada no local.

Não se cogita de liberdade conferida ao administrador na tarefa de subsunção do fato à norma, mas sim no exercício de função administrativa regulamentar, ainda no plano geral e abstrato.

Se o órgão administrativo não fixar qualquer limite, valem os limites legais, gozando a norma de plena eficácia. Se, de outro modo, o órgão administrativo estipular novos limites para uma determinada via, ou trecho de via, valem as disposições administrativas, tomadas com base em critérios técnicos, considerando as características específicas da via.

No caso citado, o exercício da competência administrativa discricionária se dá em momento anterior à aplicação da norma e não quando da análise de uma conduta específica. A atividade administrativa discricionária, nesse caso, interfere diretamente na hipótese normativa.

Assim, verificada a ocorrência de uma dada conduta não há liberdade para que o administrador possa decidir a respeito de sua legalidade, já previamente determinada pela norma regulamentar, ou, na ausência dela, pela própria lei.

Acrescente-se, na esteira do que foi dito em capítulo anterior, que a parcela de liberdade conferida ao órgão administrativo para a fixação dos limites de velocidade é limitada pela finalidade do dispositivo, além dos princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade.

Nula seria, por exemplo, a fixação de um limite máximo de velocidade em quarenta quilômetros por hora para o trânsito de automóveis em rodovia de quatro faixas de trânsito em excelente estado de conservação. Também nula a fixação de limite de 120 quilômetros por hora para o trânsito de veículos em vias locais urbanas. Em ambos os casos haveria evidente ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

De se reconhecer, portanto, a existência de discricionariedade na hipótese normativa da norma administrativa discricionária nos termos acima propostos.

Demonstrada a possibilidade de a lei conferir, expressamente, à Administração, parcela de competência discricionária a ser exercida por meio de normas gerais e abstratas, interferindo diretamente na hipótese normativa, em momento anterior à sua aplicação cabe indagar a respeito da possibilidade de utilização de conceitos jurídicos indeterminados na descrição da infração.

Em se tratando da utilização de tais conceitos na hipótese normativa, pode-se dar que uma determinada conduta praticada se enquadre na zona de certeza positiva do conceito. Pode-se dar, ainda, que a conduta se enquadre na zona de certeza negativa do conceito. Em ambos os casos não haveria qualquer margem de liberdade conferida ao administrador que, na primeira hipótese estaria obrigado a aplicar a sanção e, na segunda, proibido de fazer incidir a consequência normativa.

Há que se considerar, no entanto, que na zona de certeza positiva do conceito inúmeras condutas podem se enquadrar o que significa dizer que a imprecisão do conceito permite que uma única norma seja utilizada para regular

condutas distintas, de igual grau de reprovabilidade, visto que, nesse caso, estariam sujeitas a uma mesma sanção.

Pode-se dar, ainda, que com a evolução dos costumes jurídicos e sociais, as zonas de certeza positiva ou negativa do conceito sejam alargadas ou mesmo restringidas, emprestando um certo caráter dinâmico à norma, capaz de se adaptar às mudanças da sociedade e dos valores por ela aceitos e adotados.

Não há como negar, portanto, a utilidade do emprego de tais conceitos na formulação de normas jurídicas, inclusive as sancionadoras.

A dificuldade se põe quando uma determinada conduta se enquadra na zona de incerteza do conceito, mas isso é tema que merece maior aprofundamento e será tratado no último tópico do presente capítulo.

### **V.1.3. Discricionariedade na consequência da norma (sanção)**

A discricionariedade na consequência da norma sancionadora consiste em deixar ao administrador a escolha da sanção a ser imposta, entre duas ou mais opções possíveis, ou, ainda, a determinação a respeito de sua intensidade, quando passível de ser aplicada em intensidades distintas.

Cumpramos analisar, portanto, se a lei pode prever múltiplas sanções para uma mesma infração ou, ainda, uma única sanção passível de ser aplicada em diferentes intensidades, ficando a decisão a cargo do agente administrativo. Sendo afirmativa a resposta, cabe analisar quais os limites que devem ser observados.

Poder-se-ia argumentar, nesse ponto, que a descrição precisa das infrações administrativas seria suficiente para atender à necessidade de segurança jurídica e ao princípio da legalidade. Conhecida a infração, teria o administrado condições de saber a respeito da licitude ou não de suas condutas, ficando sujeito a sanções administrativas apenas quando, deliberadamente, praticasse conduta ilegal.

Ocorre que, além do conhecimento prévio das infrações, dos atos sujeitos à sanção administrativa, decorre do princípio da tipicidade, da legalidade e da garantia de segurança jurídica o direito de conhecer, previamente, as sanções que lhes são correspondentes. Vale dizer, não só é necessária a previsão legal das sanções, mas também a indicação da infração cuja prática constitui pressuposto de sua aplicação<sup>134</sup>.

Como expresso anteriormente, em matéria de infrações e sanções administrativas aplica-se o princípio da tipicidade, da maneira como previsto na Constituição Federal: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Não se está, com isso, querendo afirmar a impossibilidade de a lei conferir ao administrador alguma margem de discricionariedade para, por exemplo, decidir pela imposição de sanção em intensidade que se enquadre dentro de limites previamente estipulados em lei, de acordo com critérios previamente estabelecidos.

---

<sup>134</sup> Nas palavras de Rafael Munhoz de Mello: “Tampouco basta à satisfação do princípio da legalidade a criação apenas do ilícito administrativo por lei formal, deixando-se a escolha da sanção à Administração Pública. E vice-versa: não basta a previsão legal da sanção, sem que seja descrita na lei a situação de fato que fundamenta sua aplicação. Tanto a infração quanto a sanção administrativa devem ter previsão legal segundo o princípio da legalidade. E mais: deve a lei estabelecer a relação entre as infrações e as sanções administrativas, de modo que o infrator saiba exatamente a medida em que está sujeito pela prática do comportamento ilícito.(...)” (MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Op. Cit. p. 122.)

São inúmeros os exemplos na legislação de previsão de sanção de multa administrativa a ser aplicada dentro de um intervalo determinado, de acordo com critérios previamente estabelecidos. Além da multa, que pode ser aplicada em intensidades distintas, inúmeras outras sanções podem ser dimensionadas em sua intensidade, seja pela sua gravidade, seja pelo seu prazo de duração.

Assim, a proibição de contratar com o poder público, a perda de direitos, a suspensão, o afastamento temporário, entre inúmeras outras, são sanções passíveis de serem impostas em diferentes intensidades.

A exigência que se faz é que os intervalos sejam razoáveis, sendo desejável que a própria lei estabeleça critérios para que o administrador, dentro do intervalo previamente determinado, escolha a sanção mais adequada a ser aplicada.

Como bem observado por Heraldo Garcia Vitta

se o legislador estabelece liberdade amplíssima à autoridade para impor a penalidade administrativa, nos limites de mínimo e máximo estipulados, o particular não tem como saber, antecipadamente, qual seria a provável e específica conseqüência de sua conduta, pressuposto da pena.

De acordo com o autor, “isso equivaleria à inexistência de lei formal a regular a quantidade de pena a ser imposta ao infrator”<sup>135</sup>.

Além da ofensa aos princípios da tipicidade e legalidade, de configurar uma indevida delegação legislativa, há que se considerar que a

---

<sup>135</sup> VITTA, Heraldo Garcia. Op. Cit. p. 91.

previsão de “liberdade amplíssima” ao legislador implicaria reconhecer a possibilidade de se sancionar uma mesma infração com penas radicalmente distintas em sua intensidade em evidente ofensa aos princípios da igualdade, razoabilidade e proporcionalidade a determinar a inconstitucionalidade da norma.

Assim como ocorre com a determinação da intensidade da sanção, pode ocorrer que a lei estabeleça, para uma única infração, sanções diversas, a serem aplicadas de uma só vez pela autoridade administrativa. Poderia, ainda, nesse caso, deixar à autoridade administrativa a decisão sobre a aplicação da totalidade das sanções previstas, ou apenas de parte delas, sempre de acordo com critérios previamente estabelecidos.

Também nesse caso, pelas mesmas razões acima expostas, não se poderia admitir fosse concedida ampla liberdade ao administrador para a escolha entre sanções de gravidade altamente discrepante ou, ainda, dentro de um rol contendo elevado número de opções.

## **V.2. Inexistência de discricionariedade *in concreto***

Foi adiantado que *com relação à tipificação das infrações administrativas, não se vislumbra a possibilidade de existência de discricionariedade diante do caso concreto*, resta, portanto, demonstrar a procedência de tal afirmação.

Fato é que o reconhecimento de competência administrativa discricionária, nessa hipótese, implicaria afirmar que, praticado o ato, caberia ao

administrador determinar, com alguma liberdade, se aquele ato constituiria ou não infração administrativa.

Note-se que, nesse caso, o exercício da atividade discricionária seria posterior à prática do ato, podendo ser traduzido como liberdade conferida ao administrador para, imune ao controle judicial, decidir a respeito da licitude ou não de uma conduta específica.

Tal liberdade, entretanto, implicaria grave ofensa à segurança jurídica, além dos princípios constitucionais da legalidade e tipicidade. Isso porque o particular, ao praticar o ato, não teria condições de saber a respeito de sua licitude, a ser determinada, posteriormente, pelo agente administrativo.

Como conseqüência, para evitar a aplicação da pena, deveria o particular adotar uma interpretação ampliada da vedação legal – norma restritiva de direitos que, como tal, deveria ser interpretada restritivamente – deixando de praticar atos permitidos ou não vedados pelo ordenamento.

Caso contrário, o particular praticaria o ato e ficaria sujeito ao julgamento subjetivo, ao arbítrio da autoridade administrativa.

Em ambos os casos, além da ofensa aos citados princípios constitucionais, a finalidade da norma não seria atingida. Ocorre que, como antes demonstrado, a finalidade da norma sancionadora é de desestimular a prática de atos reprovados pelo ordenamento jurídico.

Não tendo o administrado condições de saber, de antemão, quais os atos que lhe são vedados – pois essa determinação seria feita, *a posteriori*, pela

autoridade administrativa – não teria como evitá-los, frustrando, assim, a finalidade da norma.

Tem-se, portanto, que o reconhecimento de discricionariedade na tarefa de subsunção do fato à hipótese da norma sancionadora é lógica e juridicamente incompatível com sua própria finalidade.

O mesmo não ocorre, entretanto, com o reconhecimento de certa margem de discricionariedade conferida ao administrador na tarefa de imposição da sanção ao infrator. Não há como sustentar que, dentro de um intervalo de mínimo e máximo previamente determinado pela lei seja possível, em todo e qualquer caso, a partir de critérios objetivos, determinar com exatidão a intensidade da pena a ser aplicada.

De qualquer modo, é preciso esclarecer que a parcela de competência discricionária reconhecível nesse último caso é bastante limitada, sendo estreitos os seus limites. Na aplicação da sanção, devem sempre ser consideradas a razoabilidade e proporcionalidade da pena em face da infração praticada, sendo plenamente possível o controle judicial nesse sentido.

Saliente-se, por fim, que em qualquer caso o particular deve ter condições de saber, previamente, ainda que de forma aproximada, o grau de intensidade da sanção a que estará sujeito pela prática da infração.

### **VI.3. Utilização de conceitos jurídicos indeterminados na descrição das infrações.**

Fábio Medina Osório defende a utilização de conceitos jurídicos indeterminados na descrição de infrações administrativas e afirma que tais conceitos

até podem implicar a chamada ‘unidade de solução justa’, mas essa unidade não significa a inexistência de margens de apreciação, sendo que essas margens podem ser mais ou menos elásticas, inclusive comportando alguma discricionariedade hermenêutica<sup>136</sup>.

Ocorre que, se por um lado a utilização de conceitos indeterminados possibilita a aplicação da norma a uma série de situações de fato que se enquadram em sua zona de certeza positiva<sup>137</sup>, possibilitando que uma única norma seja capaz de disciplinar um grande número de condutas; tem-se, de outro lado, que a indeterminação do conceito seria capaz de gerar grande insegurança jurídica.

A possível incerteza gerada pela vagueza dos termos poderia levar o intérprete a concluir, de forma apressada, pela impossibilidade de sua utilização. Ocorre que, como será demonstrado, é possível conciliar a utilização de tais conceitos com a necessária garantia de segurança jurídica ao cidadão.

É admissível, portanto, ainda que com ressalvas, o uso de conceitos indeterminados na descrição de infrações administrativas, sendo inegável sua utilidade na criação de normas capazes de se adaptar a diferentes tipos de

<sup>136</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. Op. Cit. p. 221.

<sup>137</sup> Vide “III.3 Os conceitos jurídicos indeterminados”

situação, inclusive a novos fatos, não existentes quando de sua criação, conferindo dinamismo ao ordenamento.

Não há como admitir, entretanto, que da utilização de termos vagos ou imprecisos na descrição da infração se tire qualquer margem de discricionariedade ao administrador na aplicação da lei ao caso concreto.

Assim, o tratamento dado aos conceitos jurídicos indeterminados quando utilizados na descrição de infrações administrativas não deve seguir a regra geral que implica reconhecimento de discricionariedade diante do caso concreto.

#### De acordo com Jessé Torres Pereira Junior

no tratamento do conceito indeterminado, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa: uma vez estabelecida, no caso concreto, a coincidência ou não coincidência entre o fato e o modelo normativo, a solução estará predeterminada – só poderá ser a da norma se houver a coincidência; a norma não incidirá, não havendo a coincidência<sup>138</sup>.

Tem razão o professor quando afirma que, uma vez fixada a premissa a solução se encontra previamente determinada, não havendo qualquer margem de liberdade para a aplicação ou não da consequência normativa.

Também não se nega a procedência da afirmação de que “a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa”, apenas é preciso anotar que, em se tratando de norma administrativa sancionadora não há que se reconhecer qualquer margem de liberdade ao administrador na fixação da premissa.

---

<sup>138</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Op. Cit. p. 70.

Assim, imaginando que uma dada conduta se enquadre na zona de incerteza do tipo infracional, deve o administrador optar pelo não reconhecimento do ilícito por não lhe caber julgar, na ausência de critérios puramente objetivos, a conduta do administrado.

Se a conduta se enquadra na zona de incerteza do conceito é porque nem o administrador nem o administrado, podem afirmar se a conduta é ilícita ou ilícita. Nesse contexto, não se pode punir o administrado pelo fato de ter entendido pela licitude da conduta se não é possível, nem ao administrador nem a ninguém, demonstrar sua ilicitude através de critérios objetivos.

A aplicação da sanção administrativa, portanto, somente seria possível quando a conduta praticada se enquadrasse na zona de certeza positiva do conceito, não se reconhecendo competência administrativa sancionadora baseada em sua zona de incerteza.

Ao contrário do que ocorre com os demais atos administrativos, caberia ao Judiciário afastar a caracterização da infração sempre que se deparasse com dúvida a respeito da subsunção do fato à hipótese normativa descrita através de termos vagos ou imprecisos.

Não estaria o Judiciário, nesse caso, interferindo no mérito do ato administrativo, mas apenas protegendo direitos e garantias fundamentais do cidadão de somente ser apenado por conduta claramente descrita como infração administrativa.

Vale anotar que, assim como acontece no controle dos atos administrativos em geral, não cabe ao Judiciário, através de juízo subjetivo,

delimitar o conceito em sua zona de incerteza, mas, pelo contrário, apenas reconhecer a incerteza e, conseqüentemente, afastar a caracterização da infração.

Em resumo, pode-se afirmar que em matéria de infrações e sanções administrativas a incerteza aproveita ao particular, destinatário primário da norma, e não confere competência ao agente administrativo que tem sua atuação legitimada apenas nos casos de certeza objetiva.

## CAPÍTULO VI - OUTROS PRINCÍPIOS A SEREM OBSERVADOS NA IMPOSIÇÃO DAS SANÇÕES

### VI.1. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

Diversos autores tratam razoabilidade e proporcionalidade como termos sinônimos, expressões de um mesmo princípio.

Sempre reconhecendo a existência de diversos pontos de contato e áreas em comum entre os dois princípios<sup>139</sup>, é possível, no entanto, reconhecer diferenças capazes de distingui-los, tarefa da qual não se pretende desincumbir o presente estudo, direcionado que é ao tema específico do controle jurisdicional das infrações e sanções administrativas.

Pretende-se, aqui, demonstrar, ainda que sucintamente, a importância e utilidade de ambos os princípios na aplicação de sanções administrativas e seu controle pelo Poder Judiciário.

Como afirmado anteriormente, ao tratar da estrutura do administrativo sancionador, tomando por base as lições de Celso Antônio Bandeira de Melo é “no âmbito da causa que se examinam dois tópicos extremamente importantes para a validade do ato, a saber: a) sua razoabilidade e b) sua proporcionalidade<sup>140</sup>”.

---

<sup>139</sup> Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz ao falarem do princípio da proporcionalidade asseveram: “*intimamente relacionado ao princípio da razoabilidade, a ponto, até, de se confundir com ele, está o princípio da proporcionalidade.*” (DALLARI, Adilson Abreu. e FERRAZ, Sérgio. *Processo Administrativo*. São Paulo. Malheiros: 2001. p. 63.)

<sup>140</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. 2008. Op. Cit. p. 401

Importante enfatizar, entretanto, que não é apenas o ato administrativo, fruto da aplicação da lei ao caso concreto, que deve obedecer à exigência de proporcionalidade, mas também a própria produção legislativa, impossibilitada que está, por disposições constitucionais<sup>141</sup>, de editar normas desproporcionais ou mesmo desarrazoadas, como se lê em Carlos Roberto Siqueira Castro<sup>142</sup>.

Com relação à razoabilidade na interpretação já dizia Carlos Maximiliano que “deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá a ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis”<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> Muito se discute a respeito do fundamento constitucional do princípio. Logo de partida, no entanto, pode-se afirmar que a configuração do Estado como Democrático e Social de Direito e o princípio da igualdade constituem sólidos fundamentos para sua aplicação. Nesse sentido, pode-se afirmar que uma lei desproporcional é, em última análise, violadora da igualdade ao deixar de estabelecer “correlação lógica entre o fator de discrimen e a desequiparação procedida” para fazer uma analogia com a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais: 1978. p. 47.). Assim, tratando do direito administrativo sancionador, para que dois fatos distintos recebam a mesma sanção, é necessário que ambos atinjam valores jurídicos com a mesma gravidade, com a mesma intensidade. Nas palavras de Fábio Medina Osório “um dos elementos que permite ao Judiciário o exame da proporcionalidade é, sem dúvida, a constatação de um mínimo de coerência legislativa nos atos sancionadores” (OSÓRIO, Fábio Medina. Op. Cit. p. 178.).

<sup>142</sup> Diz o autor em sua obra intitulada “O devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade”: “É digno de nota, a propósito do título escolhido ao presente livro, que, muito embora o cânone da “razoabilidade”, suprimido na fase de elaboração da nova Constituição do Brasil, tivesse pertinência direta com os atos administrativos, a sua aplicação, juntamente com o princípio da proporcionalidade, à generalidade das regras jurídicas, expressão onde se incluem as leis formais e toda sorte de ato normativo editado pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, constituiria resultado inafastável da interpretação extensiva e sistemática de tal dispositivo constitucional atinente à garantia do devido processo legal.” (SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. 4ª Edição. Rio de Janeiro. Forense: 2006. p. 409.)

<sup>143</sup> MAXIMILIANO. Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9ª Edição. Rio de Janeiro. Forense: 1979. p.166.

A afirmação é lapidar e revela, já na primeira metade do século passado e de forma brilhante, preocupação com uma interpretação razoável do Direito.

#### Para Recaséns Sichens

*ante cualquier caso, fácil o difícil, hay que proceder razonablemente, percatandonos de la realidad y del sentido de los hechos, comprendiendo las valoraciones em que se inspira el orden jurídico positivo, viendo el propósito de la norma en cuestión y apreciando las valoraciones complementarias que produzca el juez, en armonía con dicho orden jurídico positivo, y, relacionando lo uno con lo otro, y lo otro con lo uno*<sup>144</sup>.

A “lógica do razoável”, proposta por Sichens, teve o mérito de reconhecer a incidência de vetores axiológicos na tarefa de aplicação da norma ao caso concreto, afastando-se, assim, da lógica puramente formal. Inegável, portanto, a contribuição do autor para a formulação do princípio da razoabilidade. O reconhecimento da exigência de razoabilidade na aplicação do Direito pode ser visto como o embrião do princípio que, ao depois, veio a ser reconhecido<sup>145</sup>.

Em atenção ao princípio da razoabilidade deve-se dar, à norma sancionadora, interpretação razoável, acorde com sua finalidade e com os

<sup>144</sup> SICHENS, Luis Recaséns. *Introducción al estudio del derecho*. México. Editorial Porrúa: 1970. p. 247.

<sup>145</sup> Para José Roberto Pimenta Oliveira “(...)a formulação do referido Autor espanhol não tinha como servir de conteúdo para determinado ‘princípio’, até mesmo porque na época era ainda contestada a normatividade desta categoria. Assim, a lógica do razoável não fornece, automaticamente, o conteúdo do princípio da razoabilidade.” Mais à frente conclui o autor: “entretanto, não há dúvida de que a busca de uma razão diferenciada da dinâmica do fenômeno jurídico, de cunho material, capaz de lidar com o seu dado axiológico, a percepção de que a racionalidade jurídica tem seus próprios paradigmas, servirá de inspiração na estruturação dogmática do princípio da razoabilidade, tal como desenvolvido pela Ciência Jurídica após a instauração do Estado Democrático e Social de Direito no decorrer da segunda metade do século XX.(...)”(OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. São Paulo. Malheiros: 2006. p. 129.)

valores albergados pelo ordenamento jurídico. Deve haver, ainda, proporcionalidade entre a reprovação da conduta incriminada, sua potencialidade ofensiva e a punição aplicada.

Um bom exemplo do que se está a expor pode ser tirado do artigo 35, VIII da Lei Complementar 35/79 que estabelece, como dever imposto aos magistrados, a obrigação de “manter conduta irrepreensível na vida pública e particular”.

A despeito da exagerada abertura do tipo, que não será aqui objeto de apreciação, tem-se que sua interpretação não poderia exceder os limites do razoável. Não seria lícito, portanto, punir um magistrado administrativamente, pelo descumprimento da mencionada obrigação, pelo fato de ter estacionado seu veículo particular em local proibido durante o fim de semana.

A conduta do magistrado em sua vida particular, no exemplo citado, nada teria de irrepreensível, pelo contrário, constituiria infração às normas de trânsito. Partindo de uma interpretação literal da lei, portanto, poder-se-ia chegar à conclusão de que o magistrado teria infringido os deveres do cargo e, dessa forma, estaria sujeito às sanções administrativas disciplinares previstas no artigo 42 da Lei Orgânica da Magistratura.

Não seria preciso qualquer esforço, entretanto, para perceber o absurdo de tal interpretação, seu descompasso com a finalidade da norma, sua falta de razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse sentido, quanto mais aberto o tipo legal, maior a importância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade como instrumentos para sua delimitação.

Razoabilidade e legalidade, portanto, são princípios que andam juntos, de mãos dadas, em auxílio um do outro. Busca-se, na razoabilidade, a essência da lei, sua verdadeira finalidade em detrimento de uma interpretação literal ou enviesada.

A proporcionalidade, pode-se dizer, é a necessária relação de adequação entre o ato praticado, a hipótese normativa e sua consequência. Pode-se, ainda, verificar a existência ou não da proporcionalidade em tese, *a priori*, independente de ato concreto, apenas na relação entre hipótese e consequência normativa em vista da finalidade da norma.

Precisas, nesse ponto, as lições de Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz ao afirmar que

o princípio da proporcionalidade, especialmente por causa de sua íntima relação com o princípio da razoabilidade, não impede apenas as exigências exageradas; impede, sim, também exigências inúteis, que lamentavelmente continuam sendo feitas pela Administração Pública<sup>146</sup>.

Fala-se, ainda, em proporcionalidade entre princípios ou valores adotados pelo ordenamento jurídico.

É cada vez mais freqüente a invocação do princípio da proporcionalidade para solucionar casos em que se encontram em confronto princípios ou valores jurídicos. Nesses casos, busca-se um equilíbrio entre os valores conflitantes, de forma que a prevalência de um não aniquile o outro.

---

<sup>146</sup> DALLARI, Adilson Abreu. e FERRAZ, Sérgio. Op. Cit. p. 64

É preciso, no entanto, muita cautela nessa operação. Não são poucas as vezes em que o confronto entre valores ou princípios é apenas aparente e, não obstante, socorre-se o intérprete ou aplicador do direito do princípio da proporcionalidade, caminho mais curto, e por vezes mais conveniente, para a solução do pretense conflito.

No caso de conflito entre princípios e valores constitucionais, por exemplo, deve-se, em primeiro lugar, buscar a solução na própria constituição.

O que não se pode admitir é que o princípio da proporcionalidade seja utilizado, por exemplo, como instrumento para a flexibilização de direitos e garantias individuais criados, justamente, para a proteção do cidadão nas mais extremas e complicadas situações.

De nada adiantariam os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, por exemplo, se pudessem ceder toda vez que houvesse acusação por crime de natureza grave sob alegação de que haveria um “interesse público” na rápida exclusão do acusado do convívio social.

Não haveria, na hipótese aventada, verdadeiro interesse público, mas sim a má utilização do princípio da proporcionalidade como forma de justificação de medidas totalitárias, não-condizentes com a ordem constitucional.

Retomando o tema em sua relação específica com as infrações e sanções administrativas, tem-se que a norma sancionadora deve ser interpretada de modo razoável, de acordo com sua real finalidade, devendo-se sempre resguardar uma relação de proporcionalidade entre a gravidade da infração e a sanção prevista ou aplicada, de modo a evitar excesso de punição.

À falta de razoabilidade ou proporcionalidade na aplicação da sanção, pode e deve o Judiciário intervir, declarando a ilegalidade do ato ou, ainda, a inconstitucionalidade da norma que lhe deu fundamento por ofensa aos referidos princípios de índole constitucional.

Para finalizar com relação a este tópico, vale trazer à colação os ensinamentos da Prof<sup>a</sup>. Weida Zancaner:

um ato não é razoável quando não existirem os fatos em que se embasou; quando os fatos, embora existentes, não guardam relação lógica com a medida tomada; quando, mesmo existente alguma relação lógica, não há adequada proporção entre uns e outros; quando se assentou em argumentos ou premissas, explícitas ou implícitas, que não autorizam, do ponto de vista lógico, a conclusão deles extraída<sup>147</sup>.

## VI.2. Princípio do ‘*non bis in idem*’

De acordo com Daniel Ferreira a importância do princípio do *non bis in idem* está na proibição de um reiterado sancionamento por uma mesma infração. De acordo com o autor não haveria qualquer problema na acumulação de sanções penais e administrativas para um mesmo comportamento delituoso. Também não haveria qualquer problema na acumulação de diversas sanções administrativas, desde que estipuladas por lei<sup>148</sup>.

A impossibilidade de se aplicar reiteradas sanções por uma mesma infração parece, no entanto, ser questão pacífica, não necessitando maiores considerações. Aplicada a sanção administrativa, é fora de dúvida que o infrator não poderá ser punido novamente pela prática da mesma infração.

<sup>147</sup> ZANCANER, Weida. *Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do Estado Social e Democrático de Direito*. in *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. org. Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo. Malheiros: 1997. p. 623.

<sup>148</sup> FERREIRA, Daniel. Op. Cit. p. 133/134.

Com relação à aplicação de sanções penais e administrativas para um mesmo comportamento delituoso, também não parece haver maiores questionamentos. Nada obsta que o legislador tipifique uma determinada conduta como ilícito penal e administrativo, devendo o infrator responder em ambas as esferas.

É preciso ressaltar, no entanto, a existência de uma diferença fundamental entre a aplicação das sanções administrativas e a aplicação sanções penais.

É que a competência para a aplicação de sanção penal decorrente de fato delituoso é exclusiva da autoridade judiciária a quem couber o julgamento do processo. Assim, sendo uma ou diversas as sanções criminais aplicáveis a um mesmo fato, caberá, via de regra, ao mesmo magistrado ou órgão colegiado, decidir a respeito de sua aplicação.

Em se tratando de sanção administrativa é preciso considerar a pluralidade de órgãos competentes para as diversas naturezas de ilícitos administrativos existentes. Assim, em linhas gerais, pode-se dizer que a competência administrativa para a aplicação de sanções encontra-se materialmente dividida entre diversas autoridades<sup>149</sup>, cada uma delas competente para zelar sobre bem jurídico de especial natureza.

Pode acontecer, por exemplo, de um mesmo fato implicar a atuação sancionadora do Banco Central, Comissão de Valores Mobiliários e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. É preciso, nesse caso,

---

<sup>149</sup> Não se nega a existência de divisão de competências entre os órgãos incumbidos da jurisdição criminal, mas, além da divisão encontrar limites mais nítidos, a competência é menos pulverizada que entre os órgãos administrativos.

investigar se será possível a cada um dos órgãos citados aplicar a sanção que lhes compete. Daí a especial importância do princípio do *non bis in idem* para o Direito Administrativo Sancionador.

#### Para Rafael Munhoz Filho

a sanção que atende ao princípio da proporcionalidade é a prevista no ordenamento jurídico: o legislador, observadas as normas constitucionais, define as medidas sancionadoras adequadas e proporcionais para cada situação de fato”. Conclui o autor que “se estabelece a lei múltiplas sanções para uma mesma conduta, são elas as sanções adequadas e proporcionais, não sendo sua aplicação ofensiva ao princípio do ‘non bis in idem’<sup>150</sup>”.

Ocorre, entretanto, que quando define infrações e sanções administrativas, o legislador cria normas gerais e abstratas (leis) que têm por objetivo a tutela de bens jurídicos diversos. Assim, ao estabelecer as sanções, o legislador tem como parâmetro de proporcionalidade a gravidade da infração cometida em face do bem jurídico protegido.

Pode ocorrer, entretanto, que uma mesma conduta configure diversas infrações, fazendo incidir sobre o infrator, múltiplas penalidades. Nesse caso, embora se possa reconhecer a proporcionalidade entre cada uma das infrações e as sanções a ela correspondentes, é bastante provável que a simples soma das sanções aplicadas seja claramente desproporcional em relação ao ilícito.

É preciso salientar que a divisão de competências administrativas em razão da matéria nem sempre é bem definida, podendo ocorrer superposição de competências entre órgãos administrativos distintos.

---

<sup>150</sup> MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Op. Cit. p. 212.

De acordo com Alejandro Nieto, a multiplicidade de valores protegidos não altera o regime da proibição do *bis in idem*, mas apenas legitima a conduta do legislador de tipificar como infrações as ações que ocasionem lesão a tais valores.<sup>151</sup>

Defende o autor espanhol que a proibição do *bis in idem* não está direcionada ao legislador, mas sim ao aplicador da norma, que deve analisar os tipos legais para saber se são concorrentes ou concêntricos, assim conclui da seguinte forma:

*1º. La constatación de dos intereses protegidos agredidos elimina ciertamente el concurso de normas (y en ello estoy de acuerdo con la práctica judicial ordinaria). Pero 2º. lo que se produce es un concurso ideal de infracciones, que como tal debe ser tratado, o sea, que no habrá acumulación automática de sanciones, sino absorción o, en su caso, exasperación. 3º. Sólo podrá apreciarse concurso real de infracciones cuando efectivamente se constate la comisión de varios echos<sup>152</sup>.*

Em concordância com o autor espanhol, vale invocar a norma do artigo 70 do Código Penal brasileiro que estabelece:

Art. 70. Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até a metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

Assim, nos termos do referido artigo, as penas somente poderiam ser aplicadas cumulativamente em caso de *dolo* em que houvesse desígnios autônomos, ou seja, em que houvesse a intenção do sujeito de praticar mais de um crime. Nesse sentido, o comentário de Damásio E. de Jesus:

<sup>151</sup> NIETO, Alejandro. Op. Cit. p. 406.

<sup>152</sup> NIETO, Alejandro. Op. Cit. p. 408.

Ocorre a autonomia de desígnios quando o sujeito pretende praticar não só um crime, mas vários, tendo consciência e vontade em relação a cada um deles, considerado isoladamente. Assim, o sujeito pode estuprar com dupla finalidade: satisfazer o instinto sexual e transmitir doença venérea de que está contaminando a vítima. Com uma só conduta, realiza dois fins.<sup>153</sup>

Ainda que se possa discutir a respeito de sua aplicabilidade, a regra de direito penal deve, quando menos, servir como parâmetro a ser adotado pelo administrador na imposição de sanções administrativas.

Adotando posição diversa, Heraldo Garcia Vitta defende que “o Direito penal é especial, isto é, contém normas particulares, próprias desse ramo jurídico; em princípio não podem ser estendidas além dos casos para os quais foram instituídas”. Afirma o autor que “a forma de sancionar é instituída pelo legislador, segundo critérios de discricionariedade”; acrescenta que caberia à lei estabelecer regras a respeito da concorrência de infrações, para concluir que “no silêncio, o acúmulo material é de rigor”<sup>154</sup>.

Ocorre que, se no direito penal, em que se encontram os ilícitos e penas de maior gravidade, não se admite a simples acumulação de sanções por ilícitos decorrentes de um mesmo fato, com maior razão não se deve aceitar a acumulação das sanções administrativas nas mesmas condições.

Tomando por base as citadas lições de Alejandro Nieto, não se discute a liberdade do legislador na criação de infrações e sanções administrativas, mas sim a forma de aplicação das penas previstas quando houver a incidência de múltiplas normas sancionadoras sobre um mesmo fato.

---

<sup>153</sup> JESUS, Damásio. *Código Penal Anotado*. 5ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva: 1995. p. 195.

<sup>154</sup> VITTA, Heraldo Garcia. Op. Cit. p. 130.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o legislador, quando cria a norma sancionadora, descreve conduta hipotética prescrevendo-lhe uma ou mais sanções específicas, tendo em vista a proteção de um dado bem jurídico. Via de regra, não se preocupa o legislador com o sistema jurídico como um todo, nem se a conduta descrita pode abarcar fatos já previstos em outras leis voltadas à proteção de valores distintos.

Constatada a incidência de mais de uma norma sancionadora sobre um mesmo fato, cabe ao aplicador, valendo-se de critérios previamente estabelecidos<sup>155</sup>, temperar a aplicação das sanções previstas tendo em vista a gravidade das infrações e a finalidade específica das normas. Nesse contexto, o simples acúmulo material das sanções iria de encontro à própria finalidade das normas incidentes, ocasionando excesso de punição.

Para que haja o acúmulo material é necessária previsão legal específica a demonstrar inequívoca vontade da lei pela imposição das sanções em sua inteireza sem qualquer temperamento.

Vale recordar, conforme exposto em capítulo anterior (IV.1), que tanto as sanções penais quanto as administrativas constituem expressão de um mesmo *jus puniendi* estatal, havendo evidente proximidade material entre as esferas penal e administrativa sancionadora.

Como antes afirmado, as sanções penais e administrativas, por sua proximidade, estão sujeitas a princípios e garantias constitucionais comuns.

---

<sup>155</sup> A sugestão, conforme dito em parágrafo anterior, é tomar por base a disciplina da matéria no direito penal, a menos até que se tenha estabelecido critérios específicos para o direito administrativo sancionador.

A maior dificuldade, como já adiantado, está na divisão da competência administrativa sancionadora dividida entre diversos órgãos, cada um responsável pela tutela de um bem ou valor jurídico específico.

Cabe, portanto, ao acusado, através do exercício do contraditório e da ampla defesa, alertar a autoridade administrativa da existência de prévia condenação pelo mesmo fato, cabendo à autoridade identificar a existência ou não de concurso de infrações ou de sanções.

Ao Judiciário, por sua vez, cabe analisar o conjunto das sanções aplicadas, verificando a ocorrência ou não de *bis in idem*, nos termos propostos.

Vale, mais uma vez, a advertência de Alejandro Nieto, para quem

*el Derecho Administrativo sancionador habrá alcanzado su madurez cuando esté en condiciones de ofrecer un marco teórico de referencia que le permita operar con la misma soltura (no exento, claro es, de dificultades y contradicciones) con que se mueve actualmente el Juez penal.*<sup>156</sup>

### **VI.3 - Princípio da motivação**

A necessidade de motivação dos atos administrativos decorre diretamente da estrutura do Estado Brasileiro, concebido como Estado Democrático de Direito em que se adota o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, além das garantias do contraditório e da ampla defesa<sup>157</sup>.

<sup>156</sup> NIETO, Alejandro. Op. Cit. p. 409.

<sup>157</sup> De acordo com Lúcia Valle Figueiredo: “A motivação atende às duas faces do *due process of law*: a formal – porque está expressa no texto constitucional básico; e a substancial – sem a motivação não há possibilidade de aferição da legalidade ou ilegalidade, da justiça ou da injustiça de uma decisão administrativa.” (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª Edição. São Paulo. Malheiros: 2000, p. 49.)

De forma mais específica, a Constituição Federal, em seu artigo 93, incisos IX e X, determina expressamente que serão motivadas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário, sejam elas judiciais ou administrativas.

Ora, se cabe falar em decisões e processos administrativos no âmbito do Judiciário é porque constituem exercício de função administrativa, submetidos, portanto, ao regime jurídico-administrativo. Tais decisões em nada diferem daqueles processos e respectivas decisões tomadas no âmbito dos demais Poderes. Daí porque, não havendo razão para diferença de tratamento, a previsão constitucional a respeito da necessidade de motivação das decisões administrativas do Poder Judiciário deve ser estendida a todos os órgãos da administração pública.

Vê-se, portanto, que o princípio sob comento decorre não apenas da estrutura constitucional do Estado, mas também de disposições constitucionais específicas, a denotar, desde logo, sua importância.

Também a lei federal de processo administrativo<sup>158</sup> exige sejam motivados os atos administrativos, fazendo expressa menção, em seu artigo 50, II, àqueles que *imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções*.

---

Para Romeu Felipe Bacellar Filho “(a) a motivação decorre do princípio da publicidade, do contraditório e da ampla defesa; (b) tem como matriz constitucional o princípio do Estado Democrático de Direito, comungando dos mesmos fundamentos orientadores da motivação dos atos jurisdicionais a expressar relevante aspecto da efetividade do processo administrativo; (c) é corolário da legalidade, impessoalidade e moralidade da Administração no exercício da competência disciplinar”. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2ª Edição. São Paulo. Max Limonad: 2003. p. 215)

<sup>158</sup> De acordo com o art. 50, §1º “a motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato”. (BRASIL. Lei n.º 9.784, de 19 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Congresso Nacional. Diário Oficial da União. Brasília, DF.

Em matéria de atos administrativos sancionadores, a necessidade de motivação adquire especial relevância em razão de seu caráter restritivo de direitos que impõe sejam garantidos instrumentos de controle efetivos.

A motivação é essencial para permitir o controle, tanto judicial como administrativo, da atividade estatal, possibilitando o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa, consistindo, assim, em importante instrumento de contenção de arbitrariedades.

Para a imposição de sanções administrativas é necessário, quando menos, que se identifique a conduta caracterizadora da infração, sua subsunção à norma sancionadora e que se justifique a intensidade da sanção quando passível de ser imposta em diferentes intensidades nos termos da lei.

Havendo o exercício do contraditório, deverá a autoridade administrativa examinar todos os argumentos de defesa, acolhendo-os ou afastando-os, de forma a demonstrar as razões que levaram a seu convencimento.

Por fim, a motivação deve ser prévia ou contemporânea ao ato, não se admitindo motivação superveniente. Sua falta ou insuficiência acarreta nulidade da decisão que pode e deve ser reconhecida pelo Poder Judiciário.

#### **VI.4. Princípio da anterioridade e retroatividade da lei mais benéfica**

Estabelece a Constituição Federal, em seu art. 5º, XL, que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

A irretroatividade de lei prevendo infrações e sanções administrativas é matéria pacífica e decorre diretamente dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, sendo desnecessário recorrer ao mencionado dispositivo constitucional para fundamentá-la.

Para que se possa punir alguém por infração administrativa é necessário que a lei tenha entrado em vigor em momento anterior à prática do ato infracional. Para efeitos de caracterização de infração administrativas, valem as leis vigentes quando da prática do ato.

Questão controversa, entretanto, diz respeito à retroatividade da lei mais benéfica ao infrator, que estabeleça pena menos gravosa ou, ainda, deixe de considerar ilícita a conduta praticada.

Embora controvertida a questão, é preciso que se diga que a grande maioria dos doutrinadores brasileiros defende a retroatividade da lei mais benéfica em matéria de infrações e sanções administrativas. Entre os que adotam tal posicionamento estão Daniel Ferreira, Heraldo Garcia Vitta, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari.

Para Daniel Ferreira

não obstante se apresente na Constituição Federal da República Federativa do Brasil como uma aparente possibilidade, e não como uma imposição, a retroação da lei mais benigna em matéria sancionadora é um direito do sancionado ou, até mesmo, do acusado, qualquer que tenha sido o ilícito praticado ou imputado<sup>159</sup>.

---

<sup>159</sup> FERREIRA, Daniel. Op. Cit. p. 138.

Adotando posição radicalmente distinta, Rafael Munhoz de Mello apresenta bons fundamentos para defender a inaplicabilidade do referido princípio de direito penal às infrações e sanções administrativas. De acordo com o autor são razões humanitárias que justificam a retroatividade da lei penal em virtude da gravidade das sanções impostas, especialmente a pena de prisão, restritiva da liberdade de ir e vir do cidadão<sup>160</sup>.

Vale ressaltar, no entanto, que a retroatividade da lei mais benéfica em matéria penal não se encontra restrita às penas restritivas de liberdade, a demonstrar a insuficiência das citadas razões humanitárias como sua única justificativa.

Assim, a par dos fundamentos invocados pelo autor, as razões humanitárias que justificam a retroatividade da lei, é possível encontrar outros, com validade também para o direito administrativo sancionador.

Ocorre que, se o ordenamento jurídico deixa de considerar ilícito um determinado comportamento ou passa a puni-lo com sanções de menor gravidade, é porque entendeu exagerada a proteção dada anteriormente, não fazendo sentido que o infrator, após a promulgação da nova lei, continue a sofrer as penalidades mais graves, consideradas excessivas pelo próprio ordenamento.

Assim, deve-se ter por regra a retroatividade de lei mais benigna em matéria de infrações e sanções administrativas, sem necessidade de expressa previsão legal nesse sentido.

Há que se atentar, no entanto, para as advertências de Fábio Medina

---

<sup>160</sup> MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Op. Cit. p. 153-156.

Osório no sentido de que

a mudança de normas inferiores, dos regulamentos, das portarias que integram o preceito proibitivo primário, em regra, não retroagem seus efeitos mais favoráveis, salvo quando se trate, comprovadamente, de alterações radicais nos valores e conceitos que estavam debaixo das normas punitivas, provocando profunda transformação normativa que, à luz do critério isonômico, haveria, por critério de razoabilidade, retroagir<sup>161</sup>.

Assiste razão ao autor quando afirma que a mudança de regras inferiores, em regra, não retroage seus efeitos. De fato, imagine-se que, por disposição administrativa, passe-se a permitir o estacionamento de veículos em rua onde antes era proibido. É fato que o estacionamento naquele local deixou de ser caracterizado infração, mas nem por isso aquelas pessoas que haviam sido multadas ao tempo da proibição poderão invocar a retroatividade da norma mais benéfica. Ocorre que, não houve, no caso, alteração nos valores jurídicos tutelados, o estacionamento em local proibido continua sendo punido, apenas naquela rua passou-se a permitir o que antes era proibido.

A mesma situação se verifica, por exemplo, com o aumento do limite de velocidade em uma determinada rodovia: a norma não retroage para beneficiar eventuais infratores.

Diferente seria, por exemplo, o tratamento dado a determinada lei que reduzisse o valor de multa aplicada por infração urbanística ou ambiental. Nesse caso, a norma teria efeitos retroativos para beneficiar os responsáveis por infrações praticadas antes de sua entrada em vigor, pois haveria implícito o reconhecimento, pelo próprio ordenamento, do excesso da sanção anteriormente prevista.

---

<sup>161</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. Op. Cit. p. 278.

Por fim, importante que se diga, para o caso de infrações tributárias, que o artigo 106, II, “c” do Código Tributário Nacional expressamente prevê que “a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática”.

#### **VI.5. Contraditório e ampla defesa no processo administrativo**

A Constituição Federal é expressa ao determinar, em seu artigo 5º, LV que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A Constituição, portanto, é expressa ao garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa não apenas nos processos judiciais, mas também nos administrativos.

A um desavisado, entretanto, poderia ocorrer que a imposição de sanções administrativas por vezes prescinde de processo administrativo e, portanto, das garantias do contraditório e da ampla defesa. Como exemplo, tal pessoa poderia invocar as multas de trânsito, geralmente aplicadas sem qualquer procedimento prévio que garanta a oitiva das partes e o efetivo exercício do direito de defesa.

Ocorre que, nesse caso, contraditório e ampla defesa são diferidos, funcionando o ato de imposição da sanção como verdadeira portaria

instauradora de processo administrativo, termo inicial da acusação a respeito do qual a parte poderá se manifestar.

Recebida a multa, portanto, poderá o particular interpor recurso administrativo, oportunidade em que poderá expor as razões de sua defesa.

Para Cândido Rangel Dinamarco

*a participação a ser franqueada aos litigantes é uma expressão da idéia, plantada na ordem política, de que o exercício do poder só se legitima quando preparado por atos idôneos segundo a Constituição e a lei, com a participação dos sujeitos interessados<sup>162</sup>.*

Tem-se, assim, que para que sejam atendidos os mandamentos constitucionais do devido processo legal com suas inerentes garantias do contraditório e da ampla defesa, necessário se faz garantir às partes interessadas a efetiva participação no processo decisório, e não oportunidade meramente formal de participação.

É necessário, ainda, que se dê a conhecer, ao acusado, o exato teor da acusação, com indicação precisa dos fatos tidos como ilícitos e sua subsunção à norma sancionadora. Somente assim é que se pode falar em efetiva oportunidade de defesa concedida ao administrado.

Nas palavras de Cármen Lúcia Antunes Rocha

o devido processo legal administrativo compreende mesmo os princípios que informam a feitura do ato administrativo, tais como o da razoabilidade e o da proporcionalidade, de tal modo que ele traz não apenas a principiologia do processo, mas extrapola a forma e compromete a substância do provimento administrativo. Afinal, o que

<sup>162</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. I. 2ª Edição rev. e atual. São Paulo. Malheiros: 2002, p. 214.

é reto e justo constitui a essência da legitimidade de qualquer comportamento, seja ele havido numa relação ou num ato administrativo unilateral.<sup>163</sup>

Contraditório e ampla defesa, portanto, não são meras garantias formais, etapas de um procedimento a ser cumprido pela Administração como forma de legitimar uma futura condenação. Não basta que se dê à parte oportunidade de apresentar seus argumentos e razões de defesa, é preciso mais; é essencial que tais argumentos sejam levados em consideração pela autoridade responsável pela tomada de decisão<sup>164</sup>.

A existência de um procedimento formal a ser seguido, por outro lado, facilita a identificação de eventuais vícios de ordem material, desnudando a atividade administrativa de forma a possibilitar um efetivo controle, tanto administrativo quanto jurisdicional.

Para Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari

o princípio do contraditório exige um diálogo; a alternância das manifestações das partes interessadas durante a fase instrutória”. Para os autores “a decisão final deve fluir da dialética processual o que significa que todas as razões produzidas devem ser sopesadas especialmente aquelas apresentadas por quem esteja sendo acusado, direta ou indiretamente, de algo sancionável<sup>165</sup>”.

<sup>163</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Op. Cit. p. 19

<sup>164</sup> Cabem, nesse ponto, os ensinamentos de Egon Bockmann Moreira para quem “os envolvidos na relação processual não detêm unicamente a garantia de receber notícias, mas de poder a respeito delas se manifestar e ter sua reação apreciada pelo órgão competente. Mais do que isso: as intimações devem ser claras e específicas, conferindo prazos razoáveis e proporcionais à exigências administrativas. É inerente à garantia a efetiva possibilidade do seu exercício”. (BOCKMANN MOREIRA, Egon. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999*. 2ª Edição, atualizada, revista e aumentada. São Paulo. Malheiros: 2003. p. 278)

<sup>165</sup> DALLARI, Adilson Abreu. e FERRAZ, Sérgio. Op. Cit. p. 72

Verificada a inobservância das garantias constitucionais no processo, esvazia-se a legitimidade de sua decisão, cabendo ao Judiciário determinar sua anulação.

## **CAPÍTULO VII - EXCLUDENTES DA INFRAÇÃO E A QUESTÃO DA TRANSMISSIBILIDADE DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS**

A posição adotada em capítulo anterior (IV.9) no sentido de não se admitir a mera voluntariedade como elemento subjetivo suficiente para a caracterização de infração administrativa e, conseqüentemente, para a imposição de sanções administrativas, mostra-se decisiva para as posições que se irá defender no presente capítulo.

Ocorre que, de acordo com a posição adotada, as causas excludentes de culpabilidade devem, por questão de coerência lógica com a posição adotada, ser consideradas como excludentes da própria infração, por falta do elemento subjetivo necessário à sua caracterização.

Também com relação à transmissibilidade, grande relevo é dado ao elemento subjetivo do tipo, conforme será demonstrado mais adiante.

### **VII.1. Excludentes da infração administrativa**

#### **VII.1.1. Caso fortuito e força maior**

Tratando especificamente do direito penal, afirma Julio Fabbrini Mirabete que “não há fato típico na ocorrência de resultado lesivo em decorrência de caso fortuito ou força maior”<sup>166</sup>.

---

<sup>166</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. e FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. vol. I. São Paulo. Atlas: 2008. p. 96.

O Código Civil de 2002, repetindo o disposto no artigo 1.058, parágrafo único do código anterior, define, em seu artigo 393, parágrafo único que: “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

J. M. de Carvalho Santos, em comentário ao Código de 1916, esclarece que “o caso fortuito é o fato imprevisto e irresistível, enquanto que a força maior é o acontecimento que podia ser previsto, mas em compensação, não podia ser dominado pelo devedor, dentro de suas forças e possibilidades” para depois concluir que não haveria utilidade prática na distinção, razão pela qual “o nosso Código Civil, por isso mesmo, orientou-se bem estabelecendo a sinonímia entre o caso fortuito e a força maior, ao defini-los”<sup>167</sup>.

Para Maria Helena Diniz são dois os requisitos para a caracterização de caso fortuito ou força maior, um objetivo “que se configura na inevitabilidade do acontecimento, sendo impossível evitá-lo ou impedi-lo”, outro de natureza subjetiva “que é a ausência de culpa na produção do evento”<sup>168</sup>.

Tem-se, portanto, que caso fortuito e força maior configuram hipóteses em que a vontade do agente não concorre para a prática do ato, razão pela qual afastam a própria caracterização da infração.

<sup>167</sup> SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro interpretado*. v. XIV. 3ª Edição. Rio de Janeiro. Livraria Editora Freitas Bastos: 1945.

<sup>168</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral das Obrigações*. v. 2. 23ª Edição. São Paulo. Saraiva: 2008. p. 366.

### **VIII.1.2. Estado de necessidade, Legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito.**

Diz o artigo 23 do Código Penal que “não há crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.

Para Fábio Medina Osório inaplicável o referido dispositivo pois as principais figuras de justificação do ilícito em matéria de direito penal não são admitidas no direito administrativo em razão da “especial prevalência do princípio da legalidade”.

Ocorre, entretanto, que o princípio da legalidade, especialmente em matéria sancionadora, é voltado, principalmente, à proteção do administrado, garantindo-lhe que somente serão aplicadas sanções quando expressamente previstas pelo órgão legislativo, o único democraticamente legitimado, nos termos da Constituição, a inovar originariamente na ordem jurídica (I.2.1).

O princípio da legalidade em matéria de infrações e sanções administrativas desempenha função bastante próxima, senão coincidente, com aquela desempenhada em matéria criminal. Não há, portanto, razão para o não reconhecimento das justificativas no direito administrativo.

Nesse sentido, aduz Heraldo Garcia Vitta que

o regime democrático de Direito tem reflexos importantes no regime punitivo estatal. Além do necessário elemento subjetivo, como vimos, e da imputabilidade do agente (que deve possuir condições mentais de entendimento do ilícito), causas justificadoras da conduta impedem o reconhecimento do ilícito administrativo.

São situações nas quais o agente não comete infração administrativa, pois o Direito as reconhece como moralmente legítimas. É uma das tantas matérias relacionadas à civilidade jurídica<sup>169</sup>.

### **VII.1.3 Doença mental**

A doença mental pode afetar a capacidade de discernimento da pessoa fazendo com que se torne incapaz de compreender a ilicitude da conduta, caso em que não poderá ser responsabilizada. Nesse caso, nem mesmo a voluntariedade pode ser reconhecida.

Note-se que, de acordo com o Código Civil, art. 3º, são absolutamente incapazes “os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos”.

### **VII.1.4. Coação irresistível e obediência hierárquica**

Diz o artigo 22 do Código Penal que “se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”.

O referido dispositivo trata de dois institutos diversos que, de acordo com a dicção legal, excluem a punibilidade, são eles a “coação irresistível” e a “estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico”.

Por coação irresistível pode-se entender o emprego de força física ou a grave ameaça para obrigar alguém a praticar a infração. Esta

---

<sup>169</sup> VITTA, Heraldo Garcia. Op. Cit. p. 56.

ameaça pode ser de conseqüências físicas ou morais. Em qualquer caso a coação deve ser suficiente para forçar a prática da conduta<sup>170</sup>.

Já na obediência hierárquica, o agente acredita estar cumprindo ordem legal de seu superior, razão pela qual pratica a conduta.

Em ambos os casos há excludente de culpabilidade, sendo que no primeiro a própria voluntariedade é afastada.

### VII.1.5 – Erro

De acordo com Régis Fernandes de Oliveira o “erro pode eliminar o elemento subjetivo e excluir a culpa”<sup>171</sup>, razão pela qual é aqui incluído como excludente da própria infração que, de acordo com a posição adotada, pressupõe a ocorrência de culpa.

Faz-se necessário, entretanto, diferenciar o “erro de tipo” do “erro de proibição”, tarefa que se passa a realizar.

<sup>170</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. e FABBRINI Renato N. Op. Cit. p. 203.

<sup>171</sup> Infrações e Sanções Administrativas, p. 48. Adotando o mesmo posicionamento Ángeles de Palma del Teso afirma: “*si el error en que ha incurrido, fue vencible, esto es, hubiera podido evitarse observando el debido cuidado, estaríamos ante un error imprudente, que excluiría el dolo pero no la imprudencia. Sin embargo, si el error fue invencible, esto es, no hubiera podido evitarse ni aun con una conduta diligente, excluiría tanto el dolo como la imprudencia*”. (DEL TESO. Ángeles de Palma. Op. Cit. p. 158.)

### VII.1.5.1. Erro de tipo

Diz o Código Penal, em seu art. 20, que “o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”.

Trata-se de erro relativo a circunstâncias de fato que compõem o tipo infracional. Como exemplo, pode-se imaginar o caso de funcionário de estabelecimento que venda bebida alcoólica a menor de idade imaginando, em verdade, que o comprador tivesse idade superior a dezoito anos.

De acordo com Rafael Munhoz de Mello

o erro de tipo afasta o dolo, já que o agente pratica a conduta típica sem desejá-la. Mas nem sempre o erro de tipo afasta a culpa *stricto sensu*, pois a falsa percepção sobre elemento da conduta pode ter sido causada por negligência, imperícia ou imprudência do agente<sup>172</sup>.

Adverte, no entanto, Alejandro Nieto que quando a atividade delituosa é praticada no exercício de profissão ou função especializada, fica afastada a possibilidade de invocação do erro relativo à sua área de atuação, para o exercício da qual se pressupõe que o profissional deva ter conhecimentos específicos que lhe permitem evitar o erro<sup>173</sup>.

Em todos os casos, de qualquer forma, o erro há que ser comprovado, assim como sua inevitabilidade, única hipótese em que é capaz de excluir a culpa.

<sup>172</sup> MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Op. Cit. p. 197.

<sup>173</sup> NIETO, Alejandro. Op. Cit. p.364.

### VII.1.5.2. Erro de proibição

Embora não se possa alegar desconhecimento da lei<sup>174</sup> como justificativa para seu descumprimento, é necessário que a pessoa saiba, ou tenha condições de saber a respeito da ilicitude de sua conduta. Se o particular tem consciência de sua conduta, mas atua sem conhecimento de sua ilicitude de sua conduta, diz-se que incorreu em erro de proibição<sup>175</sup>.

Considerando o grande número de normas que tratam de infrações e sanções administrativas e, ainda, a falta de convergência na interpretação que lhes é dada pelos diversos aplicadores, é possível que o erro com relação à licitude da conduta seja plenamente justificável.

Pode ocorrer, por exemplo, que o particular pratique infração ao seguir orientação emanada de órgãos administrativos caso em que, salvo comprovada má-fé ou caráter manifestamente ilegal, ficam afastados dolo e culpa, até em homenagem ao princípio da segurança jurídica em seu caráter subjetivo (proteção da confiança).

Para Rafael Munhoz de Mello

o erro de proibição, se inevitável, afasta a culpabilidade do agente e torna incabível a imposição da sanção administrativa. Para tanto, é preciso que o erro de proibição tenha ocorrido apesar do atuar diligente do indivíduo na busca da correta compreensão das normas jurídicas<sup>176</sup>.

Assim, para que afaste a culpabilidade, o erro deve ser inevitável e a inevitabilidade, assim como o próprio dano, deve ser comprovada.

<sup>174</sup> Lei de introdução ao código civil, art. 3º.

<sup>175</sup> DEL TESO. Ángeles de Palma. Op. Cit. p. 158.

<sup>176</sup> MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Op. Cit. p. 200.

## VII.2. Transmissibilidade das sanções administrativas

Daniel Ferreira estabelece interessante ligação entre a finalidade das sanções e a possibilidade de sua transmissão a terceiros. Esclarece o autor que se a finalidade da sanção fosse a punição, não se poderia cogitar de sua imposição a terceiros, daqueles que não tivessem efetivamente cometido o ilícito ou concorrido para a sua prática<sup>177</sup>.

Ocorre que, de igual forma, tendo a sanção finalidade de desestimular a prática do ilícito, não se pode conceber seja ela aplicada a quem sequer tinha condições de evitar a ocorrência da infração.

A regra, portanto, deve ser a da intransmissibilidade das sanções administrativas, conforme, inclusive, previsto entre os direitos e garantias individuais e coletivos (CF, art. 5º, XLV):

nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar danos 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.

Nesse sentido é o posicionamento de Rafael Munhoz de Mello para quem

a imposição ou transmissão de sanção retributiva a terceiro que não praticou a conduta típica é medida manifestamente inadequada ao atendimento da finalidade preventiva vinculada à competência punitiva da Administração Pública<sup>178</sup>.

<sup>177</sup> MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Op. Cit. p. 48.

<sup>178</sup> MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Op. Cit. p. 195.

Sob o tema “transmissibilidade das sanções administrativas”, entretanto, duas questões distintas devem ser analisadas: i) a possibilidade da sanção a sujeito distinto do infrator (responsabilização de terceiros); e ii) a transmissibilidade da sanção no caso de sucessão.

### **VII.2.1. Responsabilização de terceiros**

Diz o artigo 134 do Código Tributário Nacional:

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;

II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;

III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;

IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;

V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;

VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.

Nos termos do referido artigo a responsabilidade solidária pressupõe a intervenção do responsável no ato que deu origem à obrigação ou, ainda, omissão de um dever que lhe tenha sido atribuído.

## Como ensina Aliomar Baleeiro

o dispositivo repousa na presunção de que as pessoas nele indicadas empregarão o máximo de sua diligência para uma atitude leal em relação ao Fisco nas declarações, informações, pagamento de tributos etc.<sup>179</sup>.

Importante ressaltar que o referido dispositivo legal diz respeito à responsabilidade pela obrigação principal e não pelas penalidades dela decorrentes. No que diz respeito às penalidades, ficam limitadas às de caráter moratório, que tem conteúdo pecuniário.

Seguindo essa mesma linha, poder-se-ia argumentar pela transmissibilidade das sanções reais, e intransmissibilidade das sanções pessoais, que somente poderiam recair sobre o infrator<sup>180</sup>.

A distinção é válida para ressaltar a impossibilidade de, em qualquer caso, transmitir a terceiros sanções de natureza pessoal, mas não resolve o problema com relação às sanções reais que, embora possam ser transmissíveis, não o são em todos os casos.

De fato, portanto, é incabível atribuir a terceiros punições de caráter pessoal. Por outro lado, nem sempre as sanções reais poderão ser transmitidas, ainda que por disposição legal, sendo necessário reconhecer, com relação ao terceiro, alguma forma de responsabilidade, ainda que por omissão.

---

<sup>179</sup> Baleeiro, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 7ª Edição. Rio de Janeiro. Forense: 1975. p. 433.

<sup>180</sup> Adota-se, aqui, a classificação de Daniel Ferreira para quem sanções reais “são as pecuniárias (multas) e as que, por sua natureza, gravam coisas, possuindo caráter real (por exemplo as de perda de bens, interdição de estabelecimento e outras)” e sanções pessoais são “todas as demais, ou seja, as que atingem a ‘pessoa’ do sujeito passivo da sanção (infrator ou responsável), nelas se incluindo, por exemplo, as de prisão, de suspensão de atividades, etc.” (FERREIRA, Daniel. Op. Cit. p. 46)

Com relação à transmissibilidade de sanções administrativas, ainda tomando por inspiração o citado dispositivo do código tributário nacional, que trata da responsabilidade solidária pela obrigação principal, é possível afirmar que somente será admissível nos casos em que o terceiro responsável tenha, de alguma forma, condições de evitar a infração ou, ainda, nos casos em que se possa reconhecer a omissão de um dever que lhe possa ser atribuído.

Nesse sentido, aduz Celso Antônio Bandeira de Mello que

cumprir verificar é se existe ou não, por parte de alguém diverso do infrator, e a ser qualificado como 'responsável', a possibilidade de lhe controlar a conduta ou, quando impossível tal controle, se este terceiro dispõe de meios para constranger o infrator a suportar a sanção pecuniária<sup>181</sup>.

Seria de todo incondizente com o Estado Democrático e Social de Direito que alguém pudesse ser apenado por fato sobre o qual não tivesse nenhum tipo de interferência ou, ainda, que não fosse capaz de evitar.

Como bem demonstrado por Celso Antônio Bandeira de Mello a transmissibilidade da sanção não pode desnaturar sua própria finalidade, de desestimular a prática de condutas semelhantes<sup>182</sup>.

Caso fosse possível a simples atribuição de responsabilidade a terceiros, sem qualquer vínculo com o fato delituoso, ou sem a capacidade de nele intervir para evitá-lo, estaria o Estado preocupado apenas em arrecadar os recursos objeto das sanções pecuniárias, punindo o cidadão sem que houvesse justificativa para tanto.

<sup>181</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. 2008. Op. Cit. p. 848.

<sup>182</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. 2008. Op. Cit. p.848.

## VII.2.2. Transmissibilidade no caso de sucessão

Como antes demonstrado, tanto a sanção administrativa quanto a penal são expressões de um único *jus puniendi* estatal, estando sujeitas aos mesmos princípios constitucionais embora guardando, cada qual, peculiaridades capazes de as diferenciar<sup>183</sup>.

Assim, com relação à garantia constitucional da intransmissibilidade das penas, não se vê razão para que não possa ser aplicada também em matéria administrativa. Não se vislumbra, entre sanções penais e administrativas, diferenças que justifiquem dar-lhes tratamento desigual no que toca à questão da transmissibilidade nem há, no texto constitucional, qualquer limitação à aplicação da garantia<sup>184</sup>.

Não há como admitir, portanto, a transmissibilidade de sanções administrativas em caso de sucessão, ainda que, quando do falecimento, já se tivesse iniciado processo administrativo contra o *de cujus*, objetivando aplicar-lhe punição.

---

<sup>183</sup> Nesse sentido, Ángeles de Palma del Teso afirma que “*la visión unitaria que la Constitución adopta del fenómeno sancionador ha conducido al afianzamiento de la tesis del ius puniendi único del Estado, del que es una manifestación el Derecho Sancionador Administrativo. El ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración está sometido a los principios del Derecho punitivo del Estado, entre los que cabe destacar el principio de la personalidad de las sanciones*”. (DEL TESO. Ángeles de Palma. Op. Cit. p. 79)

<sup>184</sup> Nesse sentido, as lições de Rafael Munhoz de Mello que, ao tratar da intransmissibilidade das sanções (CF, art. 5º, XLV), afirma: “Não há no referido dispositivo constitucional qualquer elemento que indique estar sua aplicação limitada à esfera do direito pena, cabendo lembrar, ainda, que se trata de garantia constitucional individual, cuja interpretação deve ser a mais abrangente possível, por força do princípio da máxima efetividade.” (MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Op. Cit. p. 194.)

Não é por outra razão que, especificamente com relação às sanções tributárias, espécie de sanção administrativa, Paulo Roberto Coimbra Silva afirma que

fatos lícitos, usualmente previstos no antecedente de normas tributárias complementares, destinadas a modificar o pólo passivo da obrigação tributária, com, ‘v.g.’ morte, podem ensejar a exigência de tributos não recolhidos, mas não das sanções punitivas, porquanto sobre os quais não recai, nem pode recair, qualquer culpabilidade pelos atos do ‘de cujus’.<sup>185</sup>

Há que se diferenciar, no entanto, o regime aplicável às sanções já aplicadas ao infrator quando de seu falecimento daquelas ainda não aplicadas ou pendentes de julgamento. Como afirma Susana Lorenzo

*si la sanción administrativa tiene un contenido pecuniário, el cual ha sido liquidado por la Administración, constituye ya un crédito contra el particular, y en tal caso puede exigirse o reclamarse a sus herderos*<sup>186</sup>.

Assim, tendo sido aplicada sanção de natureza pecuniária antes do falecimento do infrator ou responsável, o valor correspondente deve ser tratado como crédito do Estado contra o infrator, sendo possível sua transmissão aos herdeiros, nos limites do valor da herança<sup>187</sup>.

<sup>185</sup> COIMBRA SILVA, Paulo Roberto. *Direito Tributário Sancionador*. São Paulo. Quartier Latin: 2007. p. 329.

<sup>186</sup> LORENZO, Suzana. Op. Cit. p. 116

<sup>187</sup> Nesse sentido, Maria Helena Diniz afirma que há “um privilégio legal concedido aos herdeiros de serem admitidos à herança do *de cujus*, sem obrigá-los a responder pelos encargos além das forças do acervo hereditário. Os herdeiros têm, tão-somente, responsabilidade *intra viveres hereditatis*. A herança é, portanto, o patrimônio do falecido, ou seja, o conjunto de bens materiais, direitos e obrigações (CC, arts. 91 e 943) que se transmitem aos herdeiros legítimos ou testamentários. O patrimônio do responsável responderá pelo dano moral ou patrimonial”. (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões*. v. 6. 22ª Edição. São Paulo. Ed. Saraiva: 2008.)

Essa a posição adotada por Francisco Octavio de Almeida Prado para quem “*se a sanção ainda não tiver sido aplicada, constituindo mera pretensão punitiva, será impossível aplicá-la ao sucessor*”<sup>188</sup>.

Há que se atentar, ainda, para a diferença, já demonstrada (V.2), entre sanção e reparação de danos, sendo a intransmissibilidade atributo apenas da primeira.

É por expressa disposição constitucional<sup>189</sup> que a obrigação de reparar danos e a decretação do perdimento de bens podem ser transmitidas aos herdeiros, nos limites do valor da herança, pouco importando, nesse caso, se a condenação se deu antes ou depois do falecimento.

Sintetizando a posição adotada, afirma-se ser inadmissível a transmissão, aos sucessores, de sanções administrativas. Eventuais créditos decorrentes de sanções já aplicadas podem, no entanto, ser transmitidas aos herdeiros nos limites do patrimônio do *de cujus*. Também transmissíveis as medidas de natureza reparatória, entre as quais a obrigação de reparar danos, sendo a transferência, em todo e qualquer caso, limitada ao valor da herança.

---

<sup>188</sup> ALMEIDA PRADO, Francisco Octavio de. Op. Cit. p. 143.

<sup>189</sup> Art. 5º, XLV, da Constituição Federal.

## CONCLUSÕES

1. No Estado Democrático de Direito, na forma como definido pela Constituição Federal brasileira, não há espaço para o exercício de um poder que não tenha fundamento jurídico, que não esteja expressamente previsto na lei ou na Constituição como instrumento de um dever a ser cumprido, uma finalidade a ser alcançada pelo agente.

2. O controle jurisdicional das infrações e sanções administrativas é atividade que implica o exercício das funções legislativa, administrativa e jurisdicional, sendo necessária, para seu estudo, a análise das relações existentes entre as três funções aplicadas ao campo específico do direito administrativo sancionador.

3. O conhecimento prévio das infrações e das sanções a elas correspondentes é fundamental não só para que o particular possa evitar a prática de atos reprovados pelo ordenamento, mas também para que possa, conscientemente, praticar os atos que lhe são lícitos.

4. A análise da relação existente entre as funções legislativa e administrativa é dada, em última análise, pelo princípio da legalidade na forma como adotado pela Constituição Federal.

5. Por ser elaborada com a participação de órgão composto pelos representantes das mais variadas facções da sociedade, a lei pode ser considerada a melhor expressão do princípio democrático. É à lei que a Constituição confere, em primeiro plano, a prerrogativa de criar o Direito e, dessa forma, definir o interesse público que irá orientar toda a atividade administrativa.

6. Os limites de interferência do Poder Judiciário sobre a atividade administrativa são dados pelo estudo da discricionariedade, que pode ser entendida como grau de liberdade conferido por lei ao agente público para o exercício da função administrativa.

7. A discricionariedade encontra, sempre, fundamento na lei e é por ela limitada. Inexiste discricionariedade na ausência de lei.

8. Mesmo diante do caso concreto a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados pode implicar uma pluralidade de soluções igualmente sustentáveis, sendo impossível a demonstração objetiva de sua impropriedade. Nesses casos, há espaço para a atuação discricionária do administrador.

9. O reconhecimento de discricionariedade ao nível da norma não implica, necessariamente, reconhecimento de discricionariedade diante do caso concreto.

10. A imposição de sanções penais e administrativas constitui exercício de um mesmo *jus puniendi* estatal. A caracterização de um fato como ilícito penal ou administrativo constitui escolha do legislador, estando ambos sujeitas a princípios e garantias constitucionais comuns.

11. Sanção administrativa é medida restritiva de direitos, prevista em lei, que tem por pressuposto legal a prática de infração, excedendo a mera reparação do dano eventualmente causado. O pressuposto da sanção não é o dano causado, mas a infração praticada. As medidas reparadoras são conseqüências do dano enquanto a sanção é conseqüência do ilícito.

12. A prática de infração administrativa nada mais é que a conduta que se subsume à hipótese normativa obrigando o Estado a aplicar a sanção. Para que determinada conduta configure infração é necessária a existência de norma jurídica que a qualifique como tal, razão pela qual a infração deve ser considerada conduta jurídica.

13. A diferença entre as infrações administrativas e as demais classes de ilícitos reside no regime jurídico, mas é a análise do sujeito ativo competente para a aplicação da sanção o melhor critério para se determinar qual o regime jurídico aplicável e, portanto, a natureza do ilícito e da sanção.

14. A análise cuidadosa dos pressupostos do ato administrativo sancionador permite evidenciar eventuais vícios de legalidade do ato, possibilitando o seu controle judicial ou administrativo. Daí sua fundamental importância.

15. A finalidade da sanção administrativa está em desestimular a prática de determinados atos, reprovados pelo ordenamento jurídico. Se por um lado é certo que para desestimular a prática de certos atos é preciso punir quem os tenha praticado, a recíproca não é verdadeira: nem sempre a punição leva ao desestímulo da prática dos atos.

16. Não basta a previsão isolada da infração ou da sanção, é imperativo do princípio da tipicidade a existência de lei que estabeleça, para cada infração, a correspondente sanção. O essencial é que as infrações e sanções administrativas sejam descritas em lei de tal forma que seja possível ao particular conhecer, com precisão, não só quais as condutas que lhe são

vedadas e quais as que lhe são permitidas, mas também a consequência que está sujeito a sofrer pela prática do ilícito.

17. Não condiz com o Estado Democrático de Direito e, menos ainda, com o princípio da presunção da inocência, a possibilidade de sancionar alguém sem necessidade de comprovação de sua culpa. A configuração de infração administrativa exige comprovação de dolo ou culpa, não bastando a mera voluntariedade.

18. Pode ocorrer que a lei expressamente confira à Administração certa margem de liberdade para decidir acerca de questões técnicas ou procedimentais que interfiram, delimitem ou integrem a hipótese normativa sem que isso implique liberdade do administrador na aplicação da lei ao caso concreto. Nesse caso, o exercício da competência administrativa discricionária se dá em momento anterior à aplicação da norma e não quando da análise de uma conduta específica.

19. É possível que a lei confira ao administrador alguma margem de discricionariedade para decidir pela imposição de sanção em intensidade que se enquadre dentro de limites previamente estipulados em lei. A exigência que se faz é que os intervalos sejam razoáveis, sendo desejável que a própria lei estabeleça critérios para que o administrador, dentro do intervalo previamente determinado, escolha a sanção mais adequada a ser aplicada.

20. O reconhecimento de discricionariedade na tarefa de subsunção do fato à hipótese da norma sancionadora é lógica e juridicamente incompatível com sua própria finalidade. Não se admite, portanto, qualquer margem de discricionariedade ao administrador na tarefa de subsunção do fato à hipótese da norma sancionadora.

21. Reconhece-se, no entanto, certa margem de discricionariedade conferida ao administrador na tarefa de imposição da sanção ao infrator. Não há como sustentar que, dentro de um intervalo de mínimo e máximo previamente determinado pela lei seja possível, em todo e qualquer caso, a partir de critérios objetivos, determinar com exatidão a intensidade da sanção a ser aplicada.

22. É admissível o uso de conceitos indeterminados na descrição de infrações administrativas. Não há como admitir, entretanto, que da utilização de termos vagos ou imprecisos na descrição da infração se tire qualquer margem de discricionariedade ao administrador na aplicação da lei ao caso concreto.

23. O tratamento dado aos conceitos jurídicos indeterminados quando utilizados na descrição de infrações administrativas não deve seguir a regra geral que implica reconhecimento de discricionariedade diante do caso concreto. A aplicação da sanção administrativa somente é possível quando a conduta praticada se enquadre na zona de certeza positiva do conceito, não se reconhecendo competência administrativa sancionadora baseada em sua zona de incerteza.

24. Em se tratando de conceitos jurídicos indeterminados utilizados na descrição de infrações administrativas não cabe ao Judiciário, através de juízo subjetivo, delimitar o conceito em sua zona de incerteza, mas, pelo contrário, apenas reconhecer a incerteza e, conseqüentemente, afastar a caracterização da infração.

25. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade devem ser observados tanto na criação de infrações e sanções quanto na imposição das sanções administrativas. À falta de razoabilidade ou proporcionalidade na aplicação da sanção, pode e deve o Judiciário intervir, declarando a ilegalidade do ato ou, ainda, a inconstitucionalidade da norma que lhe deu fundamento por ofensa aos referidos princípios de índole constitucional.

26. Constatada a incidência de mais de uma norma sancionadora sobre um mesmo fato, cabe ao aplicador, valendo-se de critérios previamente estabelecidos, temperar a aplicação das sanções previstas tendo em vista a gravidade das infrações e a finalidade específica das normas. Nesse contexto, o simples acúmulo material das sanções iria de encontro à própria finalidade das normas incidentes, ocasionando excesso de punição. Aplica-se ao direito administrativo sancionador o princípio do *non bis in idem*.

27. A motivação, que deve ser prévia ou contemporânea ao ato, é essencial para permitir o controle, tanto judicial como administrativo, da atividade estatal, possibilitando o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa. Consiste, assim, em importante instrumento de contenção de arbitrariedades. Para a imposição de sanções administrativas é necessário que se identifique, quando menos, a conduta caracterizadora da infração e sua subsunção à norma sancionadora. Faz-se, também, necessário que se apresente justificativa para intensidade da sanção aplicada quando passível de ser imposta em diferentes intensidades nos termos da lei.

28. A irretroatividade de lei prevendo infrações e sanções administrativas é matéria pacífica e decorre diretamente dos princípios da legalidade e da segurança jurídica.

29. Embora seja questão polêmica, deve-se ter por regra a retroatividade de lei mais benigna em matéria de infrações e sanções administrativas, sem necessidade de expressa previsão legal nesse sentido. Há que se verificar, no entanto, para a retroatividade da lei, se houve alteração nos valores jurídicos tutelados.

30. Contraditório e ampla defesa não são meras garantias formais. Necessário se faz garantir às partes interessadas a efetiva participação no processo decisório e não oportunidade meramente formal de participação. Verificada a inobservância das garantias constitucionais no processo, esvazia-se a legitimidade de sua decisão, cabendo ao Judiciário determinar a anulação.

31. Considerando a posição adotada, as causas excludentes de culpabilidade devem, por questão de coerência lógica, ser consideradas como excludentes da própria infração, por falta do elemento subjetivo necessário à sua caracterização.

32. Constituem excludentes da infração administrativa o caso fortuito e a força maior; o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito; a doença mental; a coação irresistível, a obediência hierárquica e o erro, o último quando comprovada sua inevitabilidade.

33. Sob o tema “transmissibilidade das sanções administrativas”, duas questões distintas devem ser analisadas: a possibilidade de a sanção ser aplicada a sujeito distinto do infrator (responsabilização de terceiros); e a transmissibilidade da sanção no caso de sucessão.

34. Com relação à transmissibilidade de sanções administrativas a terceiros, é possível afirmar que somente será admissível nos casos em que o terceiro tenha, de alguma forma, condições de evitar a infração ou, ainda, nos casos em que se possa reconhecer a omissão de um dever que lhe possa ser atribuído.

35. É inadmissível a transmissão de sanções administrativas aos sucessores. Eventuais créditos decorrentes de sanções já aplicadas podem, no entanto, ser transmitidas aos herdeiros nos limites do patrimônio do *de cujus*. Também transmissíveis as medidas de natureza reparatória, entre as quais a obrigação de reparar danos, sendo a transferência, em todo e qualquer caso, limitada ao valor da herança.

## BIBLIOGRAFIA

ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Trad. da 3ª edição italiana por Buenaventura Pellisé Prats. Tomo I. Bosch. Barcelona. Casa Editorial: 1970.

ALMEIDA PRADO, Francisco Octavio de. *Improbidade administrativa*. São Paulo. Malheiros: 2001.

ATALIBA, Geraldo. *Decreto regulamentar no ordenamento brasileiro*. Revista de Direito Administrativo 97/21-33. Rio de Janeiro. FGV: 1969.

\_\_\_\_\_. *República e Constituição*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais: 1985.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2ª Edição. São Paulo. Max Limonad: 2003

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 7ª Edição. Rio de Janeiro. Forense: 1975.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª Edição. São Paulo. Editora Malheiros: 2008.

\_\_\_\_\_. *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*. 2ª Edição. 7ª tiragem. São Paulo. Malheiros: 2006.

\_\_\_\_\_. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais: 1978.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios de Direito Administrativo*. vol. I. 3ª Edição. São Paulo. Malheiros:2007.

BARROS CARVALHO, Paulo de. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo. Ed. Noeses. 2008.

BERNATZIK *apud* Afonso Rodrigues Queiró. *A teoria do desvio de poder em direito administrativo*. Revista de Direito Administrativo 7/41-78. Rio de Janeiro. FGV: 1947.

BEZDOS, Clovis. *Poder de Polícia*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais: 1979.

BOBBIO, Norberto, MATEUCCI, Nicola e PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. 2ª Edição. Brasília. Editora Universidade de Brasília: 1983.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 3ª ed. rev. São Paulo. Edipro: 2005.

BOCKMANN MOREIRA, Egon. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999*. 2ª Edição, atualizada, revista e aumentada. São Paulo. Malheiros: 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª Edição. São Paulo. Malheiros: 2007.

BORGES, José Souto Maior. Marcos Juruena Villela. *O Princípio da Segurança Jurídica na Criação e Aplicação do Tributo*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 13. abril - maio 2002. Disponível na *Internet*: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 6 de maio de 2008

CAMMAROSANO, Márcio. *O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa*. Belo Horizonte. Editora Fórum: 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª Edição (reimpressão). Coimbra. Almedina: 1999.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria dos Atos Administrativos*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais: 1973.

CIRNE LIMA, Ruy. *O Conceito Fundamental do Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo 12/59-64. Rio de Janeiro. FGV: 1948.

COIMBRA SILVA, Paulo Roberto. *Direito Tributário Sancionador*. São Paulo. Quartier Latin: 2007.

COUTO E SILVA, Almiro do. *Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro*. Revista de Direito Administrativo 79/80: 51-92. Rio de Janeiro. FGV.

---

\_\_\_\_\_. *O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (lei nº 9.784/99)*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de

Direito Público da Bahia, nº2. abril/maio/jun 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 11 de junho de 2008.

DALLARI, Adilson Abreu. e FERRAZ, Sérgio. *Processo Administrativo*. São Paulo. Malheiros: 2001.

DEL TESO. Ángeles de Palma. *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*. Madrid. Tecnos: 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª edição. São Paulo. Atlas: 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. I. 2ª Edição rev. e atual. São Paulo. Malheiros: 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões*. v. 6. 22ª Edição. São Paulo. Ed. Saraiva: 2008

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral das Obrigações*. v. 2. 23ª Edição. São Paulo. Saraiva: 2008.

DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 11ª edición. Buenos Aires. Editorial Ciudad Argentina: 2006.

ENTERRIA, Eduardo García de. e FERNANDES, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo II*. 1ª Edição. Buenos Aires. La Ley: 2006.

FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*. São Paulo. Malheiros: 2001.

FERREIRA DA ROCHA, Sílvio Luís. *Função Social da Propriedade Pública*. 1ª edição. São Paulo. Malheiros:2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª Edição. São Paulo. Malheiros: 2000.

FORSTHOFF, Ernest. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid. Institutos de Estudios Políticos: 1958.

GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. vol. I. 5ª Edição. Madrid. Instituto de Estudios Políticos: 1970.

GAVÍN, Ignacio Pemán. *El sistema sancionador español*. Barcelona. Cedecs Editorial: 2000.

GERAIGE NETO, Zaiden. *O Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais: 2003.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1º. Parte General. 8ª Edición. Buenos Aires. F.D.A.: 2003.

GUIBOURG, Ricardo. *Introducion al Conocimiento Cientifico*. Buenos Aires. Editorial Universitaria de Buenos Aires: 1985.

JELLINEK, W. apud Afonso Rodrigues Queiró. *A Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo 7/52-80. Rio de Janeiro. FGV: 1947.

JESUS, Damásio. *Código Penal Anotado*. 5ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva: 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo. Saraiva: 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo. Ed. Martins Fontes: 2006.

LLOBREGAT, José Garberí. *El Procedimiento administrativo sancionador*. Valencia. Tirant lo Blanch: 1998.

LORENZO, Suzana. *Sanciones Administrativas*. Montevidéo. Julio César Faire – Editor: 1996.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9ª Edição. Rio de Janeiro. Forense: 1979.

MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Tomo I. 2ª Edição inalterada. Buenos Aires. Ediciones Depalma: 1982.

MIRABETE, Julio Fabbrini. e FABBRINI Renato N. *Manual de Direito Penal*. vol. I. São Paulo. Atlas: 2008.

MONTESQUIEU. *Del Espiritu de Las Leyes*. Livro XI, Cap. VI: “De La Constitución de Inglaterra”, trad. Nicolás Estévanez. México. Editorial Porrúa S.A.: 1971

MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*. Madrid. Editorial Tecnos: 1994.

MUNHOZ DE MELLO, Rafael. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo. Malheiros: 2007.

NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 2ª Edição. Madrid. Editorial Tecnos: 2000.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. São Paulo. Malheiros: 2006.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. São Paulo. Revista dos Tribunais: 1985.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais: 2000.

PALASI, José Luis Villar. *Derecho Administrativo, Introducción y Teoría de Las Normas*. Madrid. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones: 1968.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Controle Judicial da Administração Pública: Da Legalidade Estrita à Lógica do Razoável*. 2ª Edição. Belo Horizonte. Ed. Fórum: 2006.

PUERTO, Montoro. *La infracción administrativa*. Barcelona. Nauta S.A.: 1955.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *A teoria do desvio de poder em direito administrativo*. Revista de Direito Administrativo 6/41-78. Rio de Janeiro. FGV:1946.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas*. Revista de Direito Administrativo 97/1-8. Rio de Janeiro. FGV:1969. p. 2.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro*. Revista Trimestral de Direito Público 17/5-33. São Paulo. Malheiros: 1997.

\_\_\_\_\_. *Democracia, Constituição e Administração Pública*. Revista Trimestral de Direito Público 26/60-67. São Paulo. Malheiros: 1999.

ROMANO, Santi. *Scritti Minori, Diritto Amministrativo*. Volume Secondo. Milano. Giuffrè Editore: 1990.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. vol. I. 1ª Edição. Madrid. Ilustel: 2004.

\_\_\_\_\_. *Principios de Derecho Administrativo General*. Vol. II. 1ª Edição. Madrid. Ilustel: 2005.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro interpretado*. v. XIV. 3ª Edição. Rio de Janeiro. Livraria Editora Freitas Bastos: 1945.

SEABRA FAGUNDES, M.. *Conceito de Mérito no Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo 23/1-24. Rio de Janeiro. FGV: 1951.

\_\_\_\_\_. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 6ª Edição. São Paulo. Saraiva: 1984.

SICHENS, Luis Recaséns. *Introducción al estudio del derecho*". México. Editorial Porrúa: 1970.

SILVA, José Afonso da. *O Sistema Representativo, democracia semidireta e democracia participativa*. Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Celso Ribeiro Bastos. Revista do Advogado nº 73. São Paulo. AASP: 2003.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. 4ª Edição. Rio de Janeiro. Forense: 2006.

SOUZA, Daniel Coelho de. *Interpretação e Democracia*. 2ª Edição. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais: 1979.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais: 2000.

\_\_\_\_\_. *O Poder de Julgar e a Norma*. in *Escritos Jurídicos e Filosóficos*. vol. 1. São Paulo. Axis Mundi IBET: 2003.

VITTA, Heraldo Garcia. *A Sanção no Direito Administrativo*. 1ª Edição. São Paulo. Malheiros: 2003.

ZANCANER, Weida. *Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do Estado Social e Democrático de Direito*. in *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. org. Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo. Malheiros: 1997.