

Fernanda Pessôa Cerveira

**FUNDAMENTOS DO PODER ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: o exame
da culpabilidade na infração administrativa**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Itiberê de Oliveira
Castellano Rodrigues

Porto Alegre, dezembro 2005

Dedico este trabalho a todas as pessoas que amo e que, de alguma forma, participaram da sua realização.

Nesta oportunidade, agradeço primeiramente ao Professor Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues, cuja orientação efetiva foi imprescindível à realização deste trabalho. Agradeço, em especial, à Professora Maria Isabel de Azevedo Souza pela inspiração compartilhada em nossa convivência. Agradeço também às minhas colegas de Tribunal de Justiça pelo apoio emocional nos momentos difíceis e aos Professores, colegas e funcionários do Programa de Pós-Graduação da UFRGS pela paciência e colaboração indispensáveis. Por fim, agradeço à minha família, principalmente ao meu irmão, Guilherme, sempre presente em minha vida, e ao Fabiano pela paz e tranquilidade transmitida.

RESUMO

Este trabalho aborda a atividade sancionadora da Administração Pública e a necessidade de apreciação da culpabilidade para aplicação da sanção administrativa. Procede-se a uma análise dos fundamentos e conteúdo do Poder Sancionador da Administração Pública, em especial à culpabilidade do agente como elemento da infração administrativa. Defende-se, como regra, a necessidade de apreciação do elemento subjetivo do agente para aplicação da sanção administrativa, sob a ótica constitucional, enquanto garantia do administrado e decorrência da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: poder sancionador, infração administrativa, elemento subjetivo, culpabilidade, garantia

ABSTRACT

This study deals with the punitive activity of the Public Administration and the need to appraise culpability as an element of administrative violations. It undertakes a broad analysis of the basis, content and limits of the punish powers of the Public Administration in the Brazilian legal system. It defends, as a rule, the need for an appraisal of the subjective element of the agent in the application of administrative sanctions, from a constitutional viewpoint, as a guarantee for those administered and out of respect for the dignity of the human person.

Keywords: punish power, administrative violation, subjective element, culpability, guarantee.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
2 TEORIA GERAL DO PODER SANCIONATÓRIO	19
2.1 Objeto e finalidade do Poder Sancionatório	19
<i>2.1.1 Distinção inicial do Direito Penal</i>	19
<i>2.1.2 A doutrina espanhola e a tese do ius puniendi do Estado</i>	25
<i>2.1.3 Fundamento constitucional do Poder Sancionador</i>	32
<i>2.1.4 Finalidade do Poder Sancionador</i>	38
2.2 Sujeitos do Poder Sancionatório Administrativo	42
<i>2.2.1 Sujeito ativo</i>	42
<i>2.2.2 Sujeito passivo</i>	51
3 A INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA	56
3.1 Estrutura da infração Administrativa	56
<i>3.1.1 Princípio da legalidade</i>	58
<i>3.1.2 A proporcionalidade ante o princípio da legalidade</i>	68
<i>3.1.3 Espécies de sanções administrativas</i>	79
3.2 Aplicação da sanção administrativa	84
<i>3.2.1 Teoria tradicional</i>	84
<i>3.2.2 Teoria Americana</i>	88
4 A CULPABILIDADE NO DIRETO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	93
4.1 Os modelos de responsabilidade no direto brasileiro e seus reflexos no ordenamento jurídico	93

4.1.1 <i>Responsabilidade subjetiva</i>	95
4.1.2 <i>Responsabilidade objetiva – o modelo “pós-moderno”</i>	98
4.2 O desenvolvimento doutrinário da culpabilidade	101
4.2.1 <i>Teoria tradicional da culpabilidade: da teoria psicológica à teoria normativa da culpabilidade no Direito Penal</i>	102
4.2.1.1 Teoria psicológica da culpabilidade	102
4.2.1.2 Teoria psicológica - normativa	103
4.2.1.3 Teoria normativa pura	104
4.2.2 <i>A culpabilidade como pressuposto da infração administrativa</i>	106
4.2.2.1 A transposição da doutrina da culpabilidade do Direito Penal para o Direito Administrativo	108
4.2.2.2 A responsabilidade pessoal e o princípio da presunção de inocência	112
4.2.2.3 A responsabilidade solidária e subsidiária e a responsabilidade das pessoas jurídicas	114
CONCLUSÃO	119
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	122

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo analisar o procedimento de aplicação de sanções pela Administração Pública quando ela se depara com a prática de infrações administrativas, sobretudo a apuração da culpabilidade do agente quando da deflagração da conduta violadora. Para tanto, faz-se necessário um breve estudo da teoria do Poder Sancionador, analisando os seus fundamentos e a morfologia das infrações administrativas, bem como dos procedimentos a serem observados na aplicação das sanções, para adentrar, finalmente, no estudo da culpabilidade, como pressuposto para a aplicação das sanções administrativas, analisando-se, de início, as teorias clássicas da culpabilidade bem como sua evolução até os dias atuais.

Ao destacar a culpabilidade administrativa, o que se pretende demonstrar é a importância da consideração do elemento subjetivo quando da aplicação da sanção administrativa como decorrência lógica da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana. Elemento subjetivo este muitas vezes desprezado quando se trata de reparação de dano, pelo desenvolvimento cada vez maior da teoria da

responsabilidade objetiva, que, em regra, como se pretende destacar, deve ser levado em conta quando da apuração da infração administrativa¹.

Exclui-se, do objeto de estudo do presente trabalho, as infrações disciplinares, denominadas por alguns autores de *ilícito administrativo puro*². A infração disciplinar praticada pelos próprios agentes da Administração, ou de quem lhe faça as vezes, é objeto de poder administrativo específico, o Poder Disciplinar, definido pela doutrina como a faculdade de a Administração Pública punir, internamente, pelas infrações funcionais, os seus servidores e demais pessoas subordinadas à disciplina de seus órgãos e serviços. Justifica-se pela necessidade crescente de melhoria na atividade administrativa. Caracteriza-se, sobretudo, segundo a doutrina mais tradicional, e em comparação com as infrações penais, por uma maior discricionariedade, uma vez que as sanções disciplinares, conquanto previstas em lei ou regulamento, seriam aplicadas segundo um maior ou menor arbítrio do administrador, que o faz a seu critério, tendo em consideração os deveres do sujeito e a natureza e gravidade da infração³.

Neste trabalho, o que se objetiva é a análise do Poder Sancionador da Administração Pública no seu âmbito externo, isto é, em relação aos administrados, atividade esta que remonta às origens do próprio direito administrativo. Ficam excluídas, ainda, as sanções provenientes do descumprimento de normas

¹ Com efeito, em um mesmo fato tido como ilícito é possível que o agente responda de três formas distintas: criminal, se o fato for previsto como crime ou contravenção; civil, surgindo a responsabilidade de indenização ou ressarcimento do dano; administrativa, quando então surge a sanção a ser aplicada pela Administração Pública. Conforme se pretende demonstrar, salvo nas hipóteses em que o legislador expressamente exclui a responsabilidade subjetiva, deve a Administração Pública aferir a existência de dolo ou culpa do agente para a aplicação da sanção.

² José CRETELLA JR. Do ilícito administrativo. *Revista Forense*, p.23.

³ Nesse sentido, ver Hely Lopes MEIRELLES. *Direito Administrativo Brasileiro*, p.108.

contratuais, também submetidas a um regime administrativo específico como, por exemplo, aquele encontrado na Lei nº 8.666/93.

Para melhor compreensão do estudo pretendido, faz-se necessário, pois, realizar um retrocesso na história a fim de recuperar elementos e informações que venham corroborar o atual contexto doutrinário do Direito Administrativo Sancionador.

Localizando historicamente o Poder Sancionador, no denominado Estado absolutista, cuja característica principal é a de máxima concentração (formal) do poder estatal na pessoa do Rei, não se fazia necessária uma distinção entre o Direito Penal e o Administrativo, uma vez que sua origem comum nesse poder real tornava secundário, desde um ponto de vista prático, uma distinção dogmático-jurídica entre um e outro. Depois, a vontade do Rei constituía o próprio Direito, razão pela qual o Rei podia tanto suspender a aplicação da lei em determinados casos concretos quanto dispensar alguém da submissão à lei.

Esse Estado absolutista vem depois caracterizado, no âmbito do Direito Administrativo hodierno, como um Estado de Polícia, em que o Estado existe para a realização do interesse público e, o Rei, seu principal funcionário, detém todos os meios possíveis e necessários para alcançá-lo⁴. Desse modo, o Rei está, em princípio, limitado pela necessidade de sua ação dever obrigatoriamente estar dirigida à busca do bem comum ou do interesse público. Um controle jurídico,

⁴ Ver, por todos, Jorge MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional I*, p.81. Ressalta o autor que *A função histórica do Estado absoluto consiste em reconstruir (ou construir) a unidade do Estado e da sociedade, em passar de uma situação de divisão com privilégios das ordens (sucessores ou sucedâneos dos privilégios feudais) para uma situação de coesão nacional, com relativa igualdade de vínculos ao poder (ainda que na diversidade de direitos e deveres).*

porém, dessa obrigatoriedade, inexistia em termos práticos. Assim, por exemplo, Francisco Coelho de Souza e Sampaio, professor português, em Coimbra, ao final do séc. XVIII, ensinava que:

Por Direito de Polícia entendemos a autoridade, que os Principes tem para estabelecerem e proverem os meios e, subsidios, que facilitem, e promovão a observancia das suas Leis. Os meios são principalmente a cultura das Disciplinas, o augmento da População, a saude dos Povos, o Comercio, a Agricultura, as Manufacturas⁵.

Nesse contexto, polícia é, portanto, toda e qualquer atividade que serve de aplicação e/ou concretização das leis. Logo, tais “meios e subsídios” tanto podem ser limitadores ou restritivos da liberdade e da propriedade dos administrados quanto podem ser beneficiadores ou ampliadores dessa mesma liberdade e propriedade.

No Brasil colonial, a primeira manifestação típica da atividade sancionadora do Estado deu-se com os denominados códigos de posturas municipais. Assim, nas Ordenações Filipinas (ano de 1602) lê-se o seguinte no Título LXVII, item 28:

[Os vereadores] Proverão as posturas. Vereações e costumes antigos da cidade, ou villa, e as que virem que são boas, segundo o tempo, façam-as guardar, e as outras emendar. E façam de novo as que cumprir ao prol e bom regimento da terra, considerando em todas as cousas, que a bem comum cumprirem; [...] e antes que façam as posturas e Vereações, ou as desfaçam, e as outras cousas, chamam os Juizes e homens bons, que costumam andar no regimento, e digam-lhes o que virem e considerarem.

⁵. Francisco de SOUZA E SAMPAIO. Prelecções do direito pátrio, público e particular [...]Primeira e segunda parte em que se trata das noções preliminares e do direito público português [...] Terceira Parte. Em que se trata do livro II das ordenações Filipinas. Edição fac-similar in: António Manuel HESPANHA (Hrsq.). *Poder e instituições na Europa do antigo regime*, p.395 et seq..

Cândido Mendes de Almeida ensina, então, em glosa de sua obra clássica: *Posturas, i.e., o Decreto ou Regulamento das Camaras Municipaes, tendente ao beneficio e utilidade dos Municípios, impondo penas e multas. Chamarão-se esses Regulamentos Posturas, porque erão feitos de accôrdo com os Juizes e homens bons da terra, como bem demonstra esse paragrapho*⁶.

Foi, porém, com o Estado Liberal,⁷ por meio do dogma da separação dos Poderes, que se desenvolveu a idéia de aplicação específica de sanções pela Administração Pública, distintas das sanções penais. Isso ocorreu na França pós-revolucionária⁸ em face de uma característica peculiar: a exclusão de controle judicial da função administrativa. Já por força da lei revolucionária de 16/24 de agosto de 1790, os conflitos entre a Administração Pública (Poder Executivo) e os administrados estavam excluídos da competência do Poder Judiciário. Isso não tanto por fidelidade ao princípio da separação dos Poderes, mas porque os revolucionários não poderiam ficar à mercê de um controle que iria ser praticado por juizes investidos em seus cargos ainda no Antigo Regime, excluindo assim de suas

⁶ Cândido Mendes de ALMEIDA. *Código Philippino*, p. 149. Edição fac-similar disponível na internet, site da Universidade de Coimbra.

⁷ Segundo Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional I*, p.87, o Estado Liberal surge assente na idéia de liberdade e, em nome dela, empenhado em limitar o poder político tanto internamente (pela sua divisão) como externamente (pela redução ao mínimo das suas funções perante a sociedade). Ressalta o renomado jurista que a realização histórica do Estado Liberal veio acompanhada de uma situação sócio-econômica, identificado com o interesse da burguesia.

⁸ Eduardo García de ENTERRÍA explica o desenvolvimento do Direito Administrativo em França nos seguintes termos: *En síntesis, el proceso puede explicarse en estos términos: los revolucionarios, en el momento de plasmar el Estado nuevo, siguen una interpretación claramente disidente de la ortodoxia doctrinal que representaban; esta interpretación, junto con las circunstancias históricas de la Revolución y de los tiempos posteriores, permitieron y determinaron el fortalecimiento de una Administración como no había conocido siquiera el Antiguo Régimen; pero los dogmas jurídico-políticos de la Revolución obraron ahora, ya que no para impedir ese hecho, para someterlo a una cierta disciplina, y esta disciplina fue justamente el Derecho Administrativo. Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, p.47.

competências o julgamento das lides envolvendo a nova Administração Pública.

Assim, nas palavras de ENTERRÍA:

Esta separación significaba hacer posible, sobre todo, la emergencia de un poder administrativo poderoso y autónomo. Era el ejecutivo, en efecto, el directo beneficiario del sistema, al implicar una exención del mismo en relación con los otros dos poderes. Respecto al poder judicial, esta exención se proclamó absoluta; ésta es, en definitiva, la idea esencial del mecanismo, la separación plena de Justicia y Administración, la exención jurisdiccional del ejecutivo, cuando ciertamente lo único que el principio de división postulaba era la independencia judicial⁹.

Tal situação deu origem à adoção de um modelo de dualidade de jurisdição, culminando na criação, pela lei do 28 Pluviose do Ano VIII (1800), proposta por Napoleão Bonaparte, dos Tribunais Administrativos franceses. Em vista dessa dualidade de jurisdições, fez-se necessária a distinção entre ilícito penal e ilícito administrativo, este sob a competência do contencioso administrativo, aquele sob competência do Poder Judiciário. Isso repercutiu também na distinção, na seara do poder de polícia, entre “polícia administrativa”, voltada para o âmbito do “poder de polícia” administrativo, em contraposição à “polícia judiciária”, com funções auxiliares junto ao processo penal.

Sob a influência liberal da revolução francesa, surge, também no Brasil, o Direito Administrativo. Conquanto a Constituição de 1824 não fosse clara a respeito, o Brasil Império pretendeu adotar o sistema de contencioso administrativo,

⁹ Ibid., p. 49.

espelhando-se no modelo desenvolvido em França.¹⁰ A distância do modelo francês pode ser extraída das palavras do Visconde de Uruguai:

O nosso contencioso administrativo tem apenas alguns vislumbres de desenvolvimento e de regularidade no tocante aos negócios da fazenda [...] [O] contencioso administrativo da França foi criado por leis que estabeleceram e fixaram as largas bases, em que se assentam o seu posterior desenvolvimento, e os consideráveis melhoramentos que depois recebeu [...]. Nenhuma destas leis (brasileiras) indica sequer a idéia de contencioso administrativo¹¹.

Ainda que um modelo inacabado de contencioso administrativo, fez-se por isso necessário reconhecer prerrogativas sancionadoras à própria Administração Pública. Assim, por exemplo, pode-se ler da seguinte passagem do Conselheiro Ribas:

Como autoridade positiva, a administração expede ordens formaes, imperativas, e faz obedecer-lhes por meios coercitivos, sendo necessario. São estas as funcções substanciaes da administração, enquanto as primeiras são apenas preparatorias ou accessorias. E quando ela exerce as funcções desta ordem que se póde dizer que a administração attinge a plenitude do seu desenvolvimento vital¹².

Quer dizer, enquanto mantenedora da ordem pública, a Administração Pública impõe restrições aos direitos e liberdades individuais, desenvolvendo, sobretudo, o seu poder de polícia. Do descumprimento ao poder de polícia surge como conseqüência a atividade sancionadora. Nesse período histórico, o poder de

¹⁰ VISCONDE DO URUGUAI, *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, p.82, justifica a criação de uma jurisdição administrativa nos seguintes termos: *o poder judicial não está habilitado para bem apreciar razões de Estado e de interesse público, que devem dominar nos assuntos administrativos. O poder judicial também é impróprio para decidir questões administrativas porque está acostumado a uma morosidade, a um rigor inflexível e as formas que a mesma natureza da sua instituição o obriga a observar.*

¹¹ Ibid., p.92-96.

¹² Antonio Joaquim RIBAS. *Direito Administrativo Brasileiro*, p.135.

polícia e a atividade sancionadora da Administração Pública são as duas faces de uma mesma moeda.

Com o advento do Estado Social, fez-se necessária a adoção de novas técnicas legislativas aptas à proteção dos novos interesses tutelados por esse novo modelo de Estado¹³ e a permitir o desenvolvimento de uma nova espécie de atividade sancionadora do Estado. A idéia de “função social”, inerente ao Estado do Bem-Estar, trouxe um novo objeto para a atividade sancionadora da Administração Pública. Já na Constituição alemã de Weimar, de 1919, institui-se expressamente o princípio de que “a propriedade obriga”. Princípio semelhante foi inscrito pelo Constituinte de 1934 na Constituição brasileira: *Art. 113. [...] 17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interêsse social ou coletivo, na forma que a lei determinar.*¹⁴

Pontes de Miranda, ao comentar o referido dispositivo constitucional, reconhece sua origem na Constituição de Weimar, definindo a propriedade como garantia institucional e afirmando que *tal é preceito imperativo para o juiz, porque constitui regra de direito material cogente inserta na Constituição*¹⁵.

Também denominado de Estado-providência, definido como a *tentativa qualitativa para tornar compatível o desenvolvimento económico com uma ordem social justa na qual se definam antecipadamente as dimensões constitucionais e*

¹³ Além da idéia de Estado intervencionista, em oposição ao *laissez faire* característico do Estado Liberal, a transição para o Estado social veio acompanhada da idéia de proteção internacional dos direitos do homem. Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional I*, p.91, ressalta o alcance “quase universal” do *alargamento dos fins do Estado, a multiplicação dos grupos sociais e de interesses e o papel político que procuram desempenhar, o crescimento da função administrativa, o realçar do Poder Executivo em detrimento do Parlamento.*

¹⁴ BRASIL. Constituição (1934). ALMEIDA, Fernando H. Mendes (org.). *Constituições do Brasil.*

¹⁵ Pontes de MIRANDA. *Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil*, p.185.

*essenciais dessa ordem, em vez de acreditar nos acertos resultantes da mera concorrência de forças econômicas*¹⁶, o Estado do Bem-Estar caracterizou-se pela maior intervenção estatal na realidade social, sendo campo fértil para o desenvolvimento do poder sancionatório da Administração Pública.

Assim, além dos casos de descumprimento das restrições impostas pelo Poder Público aos direitos e garantias individuais, que não mais se justificavam pela manutenção da ordem pública (“poder de polícia”), mas sim pela manutenção da ordem social, ampliou-se a esfera de atuação da atividade administrativa, incluindo-se, então, no âmbito da atividade sancionatória, as hipóteses de descumprimento da denominada função social – ao lado do preexistente Poder de Polícia administrativo. O Estado Contemporâneo, por sua vez, ampliou definitivamente o rol de bens jurídicos a serem tutelados, ante o surgimento, para além dos direitos subjetivos, dos denominados interesses difusos. Note-se que não mais se restringe a tutela da Administração Pública *à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais e coletivos*, conforme o conceito de Poder de Polícia disposto no artigo 78 do Código Tributário Nacional¹⁷. As restrições impostas ao indivíduo também não mais se justificavam apenas em prol da ordem social, mas sim de uma denominada ordem global e difusa.

No Direito brasileiro, o surgimento dos meios de proteção desses novos interesses – a ação popular e a ação civil pública – justificaram o nascimento da

¹⁶ José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Estado de Direito*, p.39.

¹⁷ Antonio Luiz de Toledo PINTO et al. (org.). BRASIL. *Código Tributário*.

tutela reparatória e ressarcitória ao lado da tutela sancionatória administrativa para sua proteção. Ainda, em paralelo, houve o crescimento da adoção do modelo de responsabilidade objetiva, no caso de violação a esses interesses, como é o caso da tutela do meio ambiente por meio da Lei nº 9.605, de fevereiro de 1998.

Em uma visão simplista, a atividade sancionadora da Administração Pública e a idéia de restrições impostas aos particulares, funda-se na própria *ratio* administrativa, que é a persecução do interesse público¹⁸.

Conforme supra afirmado, a tutela desses novos interesses alastrou a idéia de responsabilidade objetiva, ante as inúmeras dificuldades de determinação dos elementos básicos da responsabilidade – conduta, nexos causal e dano – inviabilizando, no mais das vezes, a averiguação do elemento culpa em sua acepção mais tradicional.

¹⁸ Ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello que *A posição de supremacia, extremamente importante, é muitas vezes metaforicamente expressada através da afirmação de que vigora a verticalidade nas relações entre a Administração e particulares; ao contrário da horizontalidade, típica da relação entre estes últimos. Significa que o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto. Compreende, em face da sua desigualdade, a possibilidade, em favor da Administração, de constituir os privados em obrigação por meio de ato unilateral daquela. Implica, outrossim, muitas vezes, o direito de modificar, também unilateralmente, relações já estabelecidas.*, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. *Curso de Direito Administrativo*, p.20.

Em crítica à idéia de um princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, ver o artigo do Prof. Humberto Bergamnn ÁVILA, *Repensando a Supremacia do Interesse Público sobre o particular*, *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 24. Neste trabalho, defende o autor que dito princípio da supremacia do interesse público (I) não pode ser considerado uma norma-princípio porque (a) o peso do interesse público sobre o particular impede a necessária ponderação em caso de conflito, já que sua prevalência é, a priori, considerada, (b) sob a ótica constitucional, os interesses privados, em caso de dúvida, prevaleceriam sobre os coletivos, o que deixa tal princípio despidido de fundamento de validade e (c) o seu conteúdo é indeterminável e indissociável do interesse privado, o que torna este parte daquele, e (II) não pode ser considerado um postulado normativo, já que os postulados normativos da proporcionalidade e concordância prática – entre nós também denominados de princípios - são direcionados à máxima realização dos direitos envolvidos, o que seria incompatível com uma prevalência pré-concebida. Afirma o autor que *não se trata, aqui de uma norma princípio ou de um postulado normativo, mas do bem comum como princípio fundamental da ética comunitária ou da política-jurídica. Trata-se de um postulado ético-político, portanto*. p.174.

No entanto, a plena concretização da atividade sancionadora da Administração Pública, ainda que tutelando tais interesses, e sua conformação com o ordenamento jurídico constitucional vigente, passa, necessariamente, pela exigência genérica da culpabilidade, advinda da doutrina penal com as adaptações necessárias à seara administrativa, enquanto pressuposto da aplicação da sanção. Deseja-se aqui afirmar que a regra geral para o exercício do poder sancionatório pela Administração Pública ainda pressupõe a culpa do agente infrator. Uma responsabilidade objetiva no âmbito do direito administrativo sancionador constitui uma exceção àquela regra geral. É o que tentar-se-á fundamentar adiante.

2. TEORIA GERAL DO PODER SANCIONATÓRIO

2.1 Objeto e finalidade do poder sancionatório

Diversas teorias buscaram justificar o reconhecimento crescente da aplicação de sanções aos particulares fora do âmbito do Direito Penal. Para tanto, fez-se necessário distinguir o objeto afeto a cada esfera, ou seja, distinguir quando determinada conduta violadora da ordem jurídica poderia ser considerada um ilícito administrativo ou permaneceria dentre os denominados ilícitos penais.

2.1.1 *Distinção inicial do direito penal*

Questão primeira que então a doutrina administrativista se obrigou a enfrentar para desenvolver uma Teoria do Poder Sancionador da Administração Pública foi a de definir o seu objeto, o ilícito administrativo, de modo a distingui-lo do ilícito penal.

O Direito Administrativo brasileiro cedo deparou-se com tal problemática. A tentativa de adoção da idéia de dualidade de jurisdição, na época do Brasil Império, acarretou também essa necessidade de se definir qual matéria seria objeto do contencioso administrativo e qual seria submetida à apreciação do Poder Judiciário. Com efeito, ao reconhecer a atividade jurisdicional dos agentes administrativos, afirmava-se que *são verdadeiros magistrados administrativos, que se distinguem*

*dos judiciais, não pela natureza das funções, mas sómente pelas materias que as exercem, ou pela sua extensão e permanencia*¹⁹.

Denominava-se jurisdição graciosa a jurisdição administrativa dotada de discricionariedade, em que a Administração Pública, no seu exercício, poderia agir à conveniência dos interesses gerais em detrimento dos individuais. De onde se originou a jurisdição graciosa, também se originou o projeto de contencioso administrativo, onde a Administração Pública, frente aos direitos dos administrados, devia recorrer à legalidade estrita. Dentre as funções do contencioso administrativo, destaca-se *a punição das infracções dos Regulamentos Administrativos e reparação do mal causado ao publico*²⁰.

Quer dizer, uma das funções do denominado contencioso administrativo era a punição do indivíduo pela prática de determinadas infracções que violaram as prescrições administrativas. A distinção das infracções de competência do contencioso administrativo daquelas a serem apreciadas pelo Poder Judiciário pode ser extraída da seguinte passagem da obra do Conselheiro Ribas:

Comquanto a applicação do Direito Penal Commum seja de exclusiva competencia do poder judicial, não se deve privar a administração da attribuição de reprimir e previnir pela punição aquelles actos que, embora a consciencia da nação algumas vezes os não quantifique como criminosos, oppoem tropeços ao desenvolvimento regular da ação administrativa e prejudicão a causa publica²¹.

¹⁹ Antonio Joaquim RIBAS, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 113.

²⁰ *Ibid.*, p. 156.

²¹ *Ibid.*, p. 156.

Tem-se aqui a primeira idéia de ilícito administrativo. Aquelas infrações não consideradas materialmente crimes, que, de algum modo, causavam prejuízo à Administração Pública, estavam sujeitas à sua punição.

A unidade jurisdicional vinha consagrada na primeira Constituição da República, artigo 60, alíneas “b” e “c”, e confirmada pela Lei nº 221, de 20.11.1894, que atribuiu à Justiça Federal a competência para controle da atividade administrativa. Na Lei nº 221 lia-se em seu art.13 inclusive o que segue:

§9º Verficando a autoridade judiciária que o actou ou resolução em questão é ilegal, o anulará no todo ou em parte, para o fim de assegurar o direito do autor:

a) Considerando ilegales os actos ou decisões administrativas em razão da não applicação ou indevida applicação do direito vigente, a autoridade judiciaria fundar-se-ha em razões juridicas, abstendo-se de apreciar o merecimento de actos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência e oportunidade.

b) A medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionário somente será havida por illegal em razão da incompetência da autoridade respectiva ou do excesso de poder²².

Mesmo ante a sedimentação do controle judicial da atividade administrativa, pela Constituição de 24 de fevereiro de 1891, especialmente em função da Lei nº 221/94, os estudiosos do Direito Administrativo dos primórdios da República continuavam a defender que a submissão de certas questões aos Tribunais comuns representaria uma invasão da autonomia dos Poderes, conforme se extrai, por exemplo, da seguinte passagem de Alcides Cruz:

Ora, confiar ao julgamento dos tribunais sujeitos ao poder judiciario os litigios oriundos dos actos da administração, é, ipso facto, querer scindir o apregoado equilibrio entre

²² BRASIL. Lei nº 21, de 20 de novembro de 1894.

poderes, outorgando a invasão do judiciário no domínio dos outros poderes, e conferindo-lhe uma supremacia indebita, contraria ao dogma constitucional da igualdade delle, e por si só bastante para turbar a preconizada harmonia entre todos elles²³.

Nesse contexto, apregoava-se a subsistência de um contencioso administrativo de menor escala que pressupunha: (i) a prática de um ato administrativo; (ii) a lide não versar sobre relação de direito civil ou penal; e (iii) a previsão legal de que a matéria era afeta à jurisdição especial e abrangia, dentre outras questões, *as penas administrativas, já por infracção de regulamentos administrativos, já por outros motivos*²⁴.

Já no período posterior a 1930, novas questões polêmicas foram surgindo. Passou-se a inserir os ilícitos punidos na seara administrativa em um ramo diverso, denominado de Direito Penal Administrativo. Quer dizer, já era possível vislumbrar claramente a atividade sancionatória da Administração Pública. Também era possível verificar que tal atividade detinha um objeto específico. No entanto, a violação à ordem jurídica a demandar a aplicação de determinada sanção, situação comum ao ilícito administrativo e ao ilícito penal, dificultava a necessária distinção conceitual. Daí o reconhecimento de uma nova ramificação do Direito Administrativo, idéia esta que encontrou grande resistência doutrinária, sobretudo pelo fato de que as sanções que fugiam à competência do Poder Judiciário mantinham um caráter puramente civil ou administrativo. Neste contexto, falar em um direito penal para uso exclusivo da Administração seria uma incoerência, principalmente ante o distinto procedimento de aplicação das sanções administrativas e das penas criminais.

²³ Alcides CRUZ. *Noções de Direito Administrativo Brasileiro*, p.219.

²⁴ *Ibid.*, p.226.

Assim, Themistocles Cavalcanti afirmava que *Não existe um direito penal administrativo com caracter autonomo e creado para uso da administração. Não se confundem as sancções administrativas com as penas criminaes. As suas finalidades são diversas e o procedimento para a sua imposição distingue-se nitidamente*²⁵.

Ruy Cirne Lima, por sua vez, adotou a idéia de direito penal administrativo, conforme se lê da passagem de sua obra em que descreve a repartição de competências entre União e Estados para legislar, afirmando que a matéria penal propriamente dita era de competência exclusiva da União, restringindo ao âmbito do Direito Administrativo penal as penas administrativas propriamente ditas, ou seja, as *sancções de que se socorre a administração pública, em suas leis e regulamentos, para assegurar a observância das prescrições ou provimentos de ordem geral*²⁶. Para o autor, as penas administrativas distinguir-se-iam das criminaes, já que estas últimas limitavam-se à pessoa do infrator, eram precedidas de uma ação penal e as revisões da sentença somente poderiam ser feitas em favor do réu, ao passo que o contrário ocorria com as penalidades administrativas.

Ademais, o principal exemplo que se tinha de sanção administrativa aplicável aos administrados eram as espécies previstas no âmbito do Direito Tributário e a distinção entre ilícito administrativo e ilícito penal tinha como centro os servidores públicos e o poder disciplinar da Administração Pública²⁷. Com efeito, Themistocles Cavalcanti destacava, no ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade

²⁵ Themistocles Brandão CAVALCANTI, *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro*, p.28.

²⁶ Ruy CIRNE LIMA, *Princípios de Direito Administrativo*, p.215.

²⁷ Ver Themistocles Brandão CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*.

administrativa do servidor faltoso de forma independente da responsabilidade penal, que refletia de forma autônoma sua atuação²⁸.

Em meados de 1940, deu-se o desenvolvimento da doutrina francesa do campo de atuação da atividade sancionadora da Administração Pública. Com efeito, *la pénurie des matières premières et les difficultés du ravitaillement de la population, ont exigé l'établissement d'un contrôle administratif, tant sur les prix que sur la répartition des produits agricoles et industriels, accompagné des sanctions susceptibles d'être infligées par les administrateurs actifs*²⁹.

A necessária definição do ilícito administrativo em contraposição ao ilícito penal também foi preocupação da doutrina penal da época. Sustentava-se a inexistência de uma diferença no que diz respeito à causa do ilícito. Distinta seria, porém, a reação que o ordenamento previa para uma e outra ofensa. Quer dizer, a distinção entre ilícito penal e ilícito administrativo atendia basicamente a critérios de conveniência ou de oportunidade do legislador ordinário, de acordo com o interesse social e estatal, tendo suas variações determinadas no tempo e no espaço³⁰.

Passa-se, com isso, a uma idéia positivista de distinção puramente normativa entre o ilícito penal e administrativo. O próprio legislador é quem define se determinada conduta violadora da ordem jurídica merece um maior ou menor grau de repressão. Esse processo histórico de classificação meramente legislativa de um

²⁸ Themistocles Brandão CAVALCANTI, *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro*, p.35.

²⁹, Démètre PAPANICOLAÏDIS, *Introduction Générale a la Théorie de la Police Administrative*, p.69.

³⁰ Nelson HUNGRIA. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*, p.15.

ilícito, ora como administrativo, ora como penal, foi, por tudo isso, reconhecido não como uma distinção, mas como a própria identidade essencial entre ambos³¹.

Em muitos ordenamentos jurídicos tem-se visto, nos dias de hoje, a crescente despenalização das infrações, ocorrendo uma espécie de desclassificação dos ilícitos penais para o âmbito administrativo. Seria exatamente esse processo legislativo de despenalização e penalização dos ilícitos, o reflexo da noção de que é a norma que determina em cada momento e circunstância histórica se uma conduta inadequada à ordem jurídica constitui um ilícito administrativo ou um ilícito penal³².

Em vista disso, entende-se ser necessário oferecer ao legislador um substrato principiológico comum às diversas categorias de ilícitos, permitindo o desenvolvimento, sobretudo como ocorreu na Espanha, por meio da jurisprudência do Tribunal Constitucional, da doutrina do *ius puniendi* do Estado, que adiante será exposta em face da calorosa discussão que tal tema provocou nesse país ibérico.

2.1.2 A doutrina espanhola e a tese do *ius puniendi* do Estado

Assim como nos demais países que desenvolviam a idéia da atividade sancionadora da Administração Pública, a doutrina espanhola encontrava, além das dificuldades de distinção do ilícito penal e administrativo, problemas também na inserção da atividade sancionadora dentro da própria disciplina do Direito Administrativo.

³¹ Ibid., p.17.

³² Ángeles de Palma DEL TESO. *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, p.31.

Em um primeiro momento, procurou-se vincular o poder sancionador às disciplinas há muito conhecidas, buscando-se inicialmente a solução dentro do próprio Poder de Polícia. Com efeito, *Desde siempre, todas las órdenes y prohibiciones establecidas en las normas van acompañadas por lo común de la amenaza de una sanción que con frecuencia es expresa*³³. Ocorre que tais sanções eram, em regra, aplicadas pelos Juízes e Tribunais.

É possível sustentar, inclusive, que a autonomia da atividade sancionadora da Administração Pública em relação à atividade de polícia teve como impulso principal a necessidade de certas questões serem submetidas exclusivamente à autoridade administrativa, sem intervenções das autoridades judiciárias.

Ademais, as sanções administrativas não podem ser consideradas unicamente como instrumentos do Poder de Polícia. Conforme já visto acima, se por certo o poder sancionador é inerente ao exercício do poder de polícia administrativo, não é menos certo que existe atividade administrativa sancionadora em outros âmbitos de atividade administrativa, tais como a tutela dos interesses difusos.

Com a Revolução Francesa e a idéia da separação dos Poderes, havia dois caminhos para esta questão: devolver a aplicação de qualquer espécie de sanções aos Tribunais, daí incluídas as sanções administrativas diversas das sanções de polícia, ou reforçar a atividade da Administração Pública. Na Espanha, optou-se pelo segundo caminho ³⁴.

³³ Alejandro NIETO. *Derecho Administrativo Sancionador*, p.54.

³⁴ *Ibid.*, p.56.

Assim, no século XIX, as teorias que buscavam explicar a distinção entre o ilícito penal e o administrativo dividiam-se em dois grandes grupos: as teorias qualitativas e as teorias quantitativas. No primeiro grupo, a idéia central é de que entre tais manifestações de ilícito, há distinções de caráter essencial, enquanto as teorias quantitativas reconhecem apenas uma distinção gradual entre os ilícitos penal e administrativo³⁵.

A adoção de um ou de outro grupo de teorias acarretava conseqüências, sobretudo, no âmbito dos direitos e garantias do indivíduo frente à Administração Pública. Isto porque enquanto a teoria da diferença qualitativa legitimava um poder sancionador desmedido da Administração Pública, a teoria quantitativa buscava aplicar, no âmbito da atividade administrativa, princípios de direito penal – pretendendo, assim, ampliar as garantias do cidadão frente à atividade administrativa sancionadora.

Dificuldades de justificação do direito positivado frente às teorias tradicionais, que não cabem ser analisadas aqui, culminaram no desenvolvimento das denominadas teorias formais, que reconheciam a distinção entre o ilícito penal e o ilícito administrativo primordialmente quanto à autoridade aplicadora da sanção. Quer dizer, enquanto as sanções às infrações administrativas eram impostas por

³⁵ Ressalta Ángeles de Palma DEL TESO que as teorias quantitativas reconhecem uma linha contínua de um ilícito material, que vai se atenuando, desde o núcleo do Direito Penal às infrações administrativas, sem nunca desaparecerem. Daí que para estas teorias *el ilícito penal y el administrativo tienen un contenido material semejante y la misma estructura lógica* o que explicaria a aplicação de princípios penais aos ilícitos administrativos. As teorias qualitativas, em sentido oposto, buscavam retirar do núcleo do Direito Penal um Direito penal administrativo, resultando em um processo de despenalização dos ilícitos. *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*, p.27.

órgãos que compunham a Administração Pública, as sanções penais eram impostas pelos Poder Judiciário³⁶.

Além do critério formal, parte da doutrina da época distingue o ilícito administrativo e o ilícito penal por suas conseqüências, sem levar em conta, portanto, sua natureza. A conduta é tida como ilícita e assim simplesmente classificada no momento em que viola o ordenamento jurídico. E é o próprio ordenamento jurídico que estabelece se para determinada violação será imposta uma sanção de ordem penal, administrativa, ou, inclusive, de ordem civil³⁷.

No entanto, parecia ilógico buscar, por meio das conseqüências, a natureza da causa distintiva dos ilícitos. Assim, fez-se necessário averiguar as notas diferenciadoras entre as diversas manifestações de ilícito, sem quebrar sua reconhecida unidade conceitual,³⁸ diferenças estas que irão determinar a multiplicidade de reações.

Desenvolveu-se, então, ainda na Espanha, a tese de pluralidade de ordenamentos jurídicos especiais dentro do ordenamento jurídico global. Reconhecida a existência de não apenas um, mas vários ordenamentos jurídicos, a violação a um determinado ordenamento jurídico especial, cujas características também passam pelo conceito de sanção, é que determina a natureza do ilícito, bem

³⁶ Ibid., p.29

³⁷ Miguel MONTORO PUERTO. *La infraccion administrativa. Características, Manifestaciones y Sancion*, p.115.

³⁸ MONTORO PUERTO, após discorrer sobre a unidade conceitual do ilícito, considerando tal como uma infração do ordenamento jurídico, ressalta que o fato de se utilizar expressões como ilícito administrativo, ilícito penal ou ilícito civil não lhe retira a unidade, nem leva à conclusão de que existe uma diversidade de ilícitos. Afirma o autor que *Es de la mayor importancia destacar, según ya hemos venido apuntando, la unidad conceptual del ilícito, a la par de la unidad conceptual de otras instituciones jurídicas. Esta unidad conceptual no es obstáculo para que pueda apreciarse una serie de diversas manifestaciones del propio concepto cuya unidad reiteramos.* Ibid., p.112

como as suas notas peculiares, próprias do ordenamento jurídico que restou infringido³⁹. Ou seja, ao invés de se reconhecer uma distinção em face das conseqüências impostas, procura-se a distinção em face da ordem jurídica específica, que foi violada, tendo por pressuposto para tanto o bem jurídico por ela tutelado.

A rigor, tal doutrina não refuta a idéia da unidade conceitual de ilícito, tampouco impede o reconhecimento de que certa conduta possa caracterizar, ao mesmo tempo, uma infração administrativa e um ilícito penal. Assim:

un mismo acto puede infringir el ordenamiento jurídico tutelado por el Derecho Penal a la vez que el ordenamiento jurídico administrativo y, a consecuencia de ello, resultar sancionado con arreglo a las disposiciones de ambos ordenamientos⁴⁰.

Questões de ordem prática levaram a novas construções doutrinárias para dar autonomia normativa ao poder sancionador da Administração Pública. Com efeito, o pioneirismo da doutrina penal em relação ao direito administrativo sancionador acarretou a necessidade de se recorrer aos princípios já consagrados do Direito Penal e aplicá-los também, analogamente, à atividade administrativa sancionadora.

Em face da jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, a doutrina espanhola contemporânea passou a reconhecer uma unidade do *ius puniendi* estatal, a justificar a existência de um arcabouço principiológico a submeter de modo igualitário tanto o Direito Penal quanto o Direito Administrativo Sancionador.

³⁹ E continua o autor: *Llevada la cuestión, por tanto, al terreno del ordenamiento jurídico, cabrá decir que existe un ilícito penal cuando resulte infringido el ordenamiento jurídico general que el Derecho Penal tutela; ilícito civil cuando sea infringido el ordenamiento jurídico civil e ilícito administrativo cuando la vulneración se refiera al ordenamiento jurídico administrativo(...)* Ibid., p.118.

⁴⁰ Ibid., p.119.

O denominado *ius puniendi* do Estado subdivide-se, então, em penal e administrativo sancionador. Não há entre eles qualquer hierarquia, já que incidem em esferas jurídicas distintas. Por não contar o direito punitivo estatal com uma elaboração doutrinária mais extensa, são os princípios de Direito Penal o seu substrato normativo, o que justifica sua já inevitável utilização também no âmbito da atividade sancionadora da Administração Pública⁴¹.

Pode-se afirmar que tal teoria representou uma reação à judicialização dos conflitos, imposta em alguns países pelo dogma da separação dos Poderes, buscando dar maior efetividade à finalidade última do Direito punitivo, qual seja, a prevenção de lesões ou perigos de lesões aos bens juridicamente protegidos. Para tanto, foi necessário dotar de autoridade sancionadora a Administração Pública, autoridade esta considerada como uma das manifestações do próprio poder punitivo estatal⁴².

Conquanto tenha o mérito de explicar, de forma convincente, a unidade normativa das distintas manifestações de ilícito, tal doutrina não ficou imune a críticas. Afirma-se que, tendo em conta a realidade dos países integrantes da União Européia, tal teoria desconhece a existência de autoridades administrativas supra-estatais, bem como se norteia juridicamente por princípios de Direito Penal, em detrimento dos de Direito Público Estatal, o que seria mais coerente com a idéia de

⁴¹ Ibid., p.39

⁴² Ángeles de Palma DEL TESO. *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*, p.38. Esta teoria desenvolveu-se na Espanha pela visão unitária que a Constituição Espanhola confere ao fenómeno sancionador. Também advém da justificativa dada inicialmente ao desenvolvimento do direito penal, qual seja, a necessidade de instrumentos punitivos como garantia da própria soberania do Estado.

ius puniendi do Estado.⁴³ Para esta parcela da doutrina, é necessário, então, acrescentar à postura dominante algumas correções. A principal, pode-se dizer que de caráter operacional, é a vinculação do Direito Administrativo Sancionador diretamente às normas de Direito Público estatal, sem passar pelas normas de Direito Penal. As demais, de igual importância, referem-se a correções conceituais, concentrando-se na idéia de que o Direito Administrativo Sancionador advém do Direito Administrativo, e a autoridade sancionadora é uma manifestação da autoridade e competência material administrativa *lato sensu*, sem qualquer conexão, portanto, com o Direito Penal⁴⁴.

Para tanto, retorna-se à idéia há muito abandonada de vinculação da atividade sancionadora ao Poder de Polícia. Isto porque não se pode negar que aquele que tem a autoridade de ordenar, de mandar, de proibir deve ter a autoridade de sancionar em face do ordenado, do mandado, do proibido. A autoridade sancionadora é, portanto, ínsita à competência de gestão, anexa às autoridades de regular e executar ações públicas. Portanto, *la conexión entre el ordenamiento jurídico y la sanción administrativa (en quanto ésta existe para garantizar el mantenimiento de aquél) es un fenómeno natural [...]* ⁴⁵.

Assim, se concebida a autoridade sancionadora, *como una potestad aneja a la potestad de regular y de ejecutar la actuación pública en determinadas materias,*

⁴³ Alejandro NIETO. *Derecho Administrativo Sancionador*, p.86. A principal incoerência reconhecida pelo autor sobre o Direito Penal refere-se à perspectiva sancionadora garantista, que se preocupacom os direitos individuais do acusado. Já o Direito Administrativo Sancionador, conquanto não menospreze as garantias individuais, visa, sobretudo, à proteção dos interesses gerais e coletivos.

⁴⁴ *Ibid.*, p.86.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 96.

[ella] *adquiere mayor sustantividad y flexibilidad*⁴⁶. Tal não significa desvincular a atividade sancionadora das normas constitucionais e penais, o que romperia a coerência da ação pública, mas também essa vinculação não chega a ponto de caracterizar a autoridade sancionadora como simples manifestação do *ius puniendi* do Estado ou mesmo de autoridades penais.

Significa dizer que a tese a qual refuta o reconhecimento do *ius puniendi* do Estado reconhece o Poder Sancionador conexo à atuação pública da Administração Pública, ou seja, reconhece que, onde há normas impositivas de ordens ou de habilitação da Administração Pública a emanam essas ordens, há também uma correspondente sanção para o caso do seu descumprimento, que pode estar nessa mesma norma ordenadora - ou em outra, que tipifique a infração administrativa.

Exposto o desenvolvimento da matéria no Direito Espanhol, passa-se à análise dos fundamentos do poder sancionatório da Administração Pública no Brasil.

2.1.3 Fundamento constitucional do Poder Sancionador

Distintamente do caso espanhol, no Brasil não se nota na doutrina uma discussão mais aprofundada acerca do poder sancionatório, sendo inclusive as

⁴⁶ Ibid., p. 96. Essa concepção não ficou imune a críticas. Sob a alegação de que a Constituição espanhola reconhece a autoridade sancionadora da Administração Pública, deixando, no entanto, para lei atribuir tal poder expressamente, Ángeles de Palma DEL TESO entende como equivocada a consideração de autoridade sancionadora como um poder natural. *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*, p. 38. Ocorre que tal crítica não parece muito feliz. O simples fato de o ordenamento jurídico constitucional não conferir expressamente à Administração a atribuição de aplicar sanções não retira a característica de poder ínsito à Administração Pública. A tese que, em última análise, vincula a atividade sancionadora ao poder de polícia é a que mais se aproxima da realidade constitucional brasileira, conforme se demonstrará no próximo tópico.

obras a respeito desse tema ainda escassas ⁴⁷. A difundida tese do *ius puniendi* estatal, porém, não tem aplicação ao ordenamento jurídico constitucional brasileiro. Conquanto seja inconteste a aplicação de princípios fundamentais comuns do ordenamento jurídico aos âmbitos administrativo e penal⁴⁸, tal não significa o reconhecimento dos denominados princípios gerais de direito punitivo. Com efeito, não resta dúvida que os princípios constitucionais, em razão das peculiaridades dos regimes jurídicos de cada disciplina do Direito, quando concretizados, ganham contornos distintos, o que, *per se*, derruba a tese de unidade jurídica do *ius puniendi* estatal.

Quer dizer, a finalidade e o objetivo da norma de Direito Administrativo são notadamente diversos das do Direito Penal, restritos ao seu campo de incidência. Enquanto as sanções administrativas são aplicadas por autoridades administrativas, e, para parte da doutrina, por autoridades judiciais⁴⁹, resultado de um processo, de todo modo, extrapenal, as sanções penais ficam restritas à autoridade judicial com jurisdição penal. Do mesmo modo, a interpretação penal é distinta da administrativa e distintos são os princípios que possuem uma e outra política repressiva, ante a potencialidade que tem o direito penal de aplicar penas privativas de liberdade⁵⁰.

⁴⁷ Não seria sequer exagero afirmar que a obra de Fábio Medina Osório (cf. bibliografia) constitui-se na exceção a essa escassez.

⁴⁸ HUNGRIA afirma *A ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico*. Nelson HUNGRIA. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*, p. 15.

⁴⁹ Esta idéia é defendida por Alejandro NIETO. *Derecho Administrativo Sancionador*, p.127 et seq.. Entre nós, ao tratar das sanções por atos de improbidade administrativa, sustenta a mesma opinião Fábio Medina OSÓRIO, *Direito Administrativo Sancionador*. Tal questão será abordada no presente trabalho quando da análise dos sujeitos da infração administrativa.

⁵⁰ *Ibid*, p.117.

De todo modo, também permanece, entre nós, a afirmação de que a opção pela política pública repressiva é do legislador, que determinará o regime jurídico punitivo, se penal ou administrativo sancionador, para a tutela de determinado bem jurídico. Quer dizer, incumbe ao legislador infraconstitucional, por critérios de conveniência e necessidade à resposta do Estado a uma determinada conduta lesiva e observados os traços característicos de cada regime jurídico punitivo, sobretudo, no tocante à gravidade das sanções, tipificar a conduta como ilícito penal ou administrativo. E é o mesmo legislador que determina se uma conduta deve ou não configurar, ao mesmo tempo, uma infração administrativa e um ilícito penal.

Em certos casos, faz-se politicamente necessário que determinada conduta seja tipificada tanto na esfera administrativa, quanto na penal. Isto porque a Administração Pública, no exercício de sua atividade sancionadora, não visa a reintegrar o ordenamento jurídico geral, mas tão somente o seu campo de atuação, a esfera administrativa. Daí se explica a possibilidade de uma única conduta violadora invocar a atividade jurisdicional do Estado, por meio do Direito Penal, bem como a atividade sancionadora da Administração Pública e, com isso, ensejar uma dualidade de sanções⁵¹.

O fundamento do Poder Sancionador da Administração Pública está no próprio reconhecimento do poder-dever de punir do Estado. Na lição de Miguel Reale Júnior *o Estado soberano caracteriza-se pela imposição de suas decisões em prol do interesse geral, e esse poder de decidir afirma-se e consolida-se no dizer e*

⁵¹ Ibid., p.330.

*aplicar o direito, mesmo porque o Estado (moderno) existe na medida em que dita o Direito e se põe como pessoa jurídica*⁵².

O renomado jurista atribui à Revolução Francesa a descoberta do poder jurídico pelo poder político, que unifica sua interpretação, produção e dicção. Em razão disso, a aplicação das sanções constituem um poder do Estado, que deve ser exercido para assegurar a harmonia social. No exercício do *ius puniendi*, o Estado deve submeter-se a limites ao exercer a tarefa de punir, limites que constituem as garantias do cidadão.

Por fim, conclui o autor que *o poder de punir do Estado é uma decorrência da natureza das coisas, da vida associativa, que sucumbe na anarquia se não houver uma centralização da produção e imposição das normas sancionadoras*⁵³.

Diante dessa afirmação, tem-se que o primeiro fundamento do Poder Sancionador está na outorga legal do próprio Poder de Polícia, já que o descumprimento das ordens pode acarretar a aplicação de sanções. Ainda, pode-se afirmar que a Administração Pública é dotada do poder de dar cumprimento às normas editadas pelo Poder Legislativo. Como decorrência lógica desse poder está o poder sancionador, que se manifesta no descumprimento das normas⁵⁴.

⁵² Miguel REALE JR. *Instituições de Direito Penal – Parte Geral*, p.14.

⁵³ *Ibid*, p. 19.

⁵⁴ Eduardo García de ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ acrescentam uma terceira forma de imposição de deveres ao administrado, além da edição de regulamentos e a fiscalização do cumprimento de normas previamente editadas, que são os deveres impostos por decisão administrativa, vinculado à teoria das ordens. Atribuem a tais decisões eficácia constitutiva, distinta da eficácia declaratória que surge da aplicação das normas. *Curso de Direito Administrativo*, p. 845.

Tal distinção não encontra maior relevo neste trabalho, porquanto em todas situações se reconhece a atividade sancionadora da Administração, ainda que em maior evidência no tocante à aplicação de sanções ao descumprimento de deveres normativos previamente estabelecidos.

Parte da doutrina reconhece, nos deveres legais impostos ao administrado, o âmbito onde melhor se visualiza a atividade sancionadora da Administração Pública, porquanto, nestes casos, a norma vincula de forma direta o seu destinatário a adotar determinada conduta, habilitando, por sua vez, a Administração Pública a fiscalizar o seu efetivo cumprimento, afirmando, inclusive, que a faculdade sancionadora da Administração Pública pelo descumprimento de deveres legais é cada dia mais extensa, sendo uma das fontes mais elementares de administrar relações jurídicas⁵⁵.

Nesse contexto, há que se reconhecer um poder administrativo sancionador a conferir eficácia às normas administrativas, poder este disciplinado de forma peculiar, tendo-se em conta o regime público específico característico deste ramo do Direito⁵⁶. A Constituição da República de 1988, por exemplo, ao tratar da proteção do meio ambiente, prevê, no artigo 225, § 3º, a aplicação de sanções administrativas às condutas lesivas ao meio ambiente cometidas por pessoas físicas ou jurídicas. Quer dizer, um dispositivo constitucional específico reconhece à Administração Pública o poder de aplicar sanções. Pode-se inferir, então, desse dispositivo constitucional a possibilidade de distinção entre as esferas do ilícito penal e do ilícito administrativo – bem como o assento constitucional desta última.

⁵⁵ Ibid., p.845. Complementam os autores *Essa habilitação costuma compreender: uma faculdade de inspeção sobre a atividade privada onde a conduta devida há de adotar-se; normalmente, junto a dito poder de inspeção, o de declarar com efeitos vinculantes a extensão concreta do dever de que se trate e seu grau de realização concreta; finalmente, uma potestade de execução forçada e, eventualmente, sancionadora dos descumprimentos.*

⁵⁶ Ressalta Fábio Medina OSÓRIO: *Fixado o possível âmbito formal e material de incidência do Direito Administrativo, sem prejuízo à incidência concorrente de outras normas jurídicas, as sanções administrativas aparecem como uma possível manifestação ou projeção do Direito Administrativo, do regime jurídico a que se submetem determinadas relações jurídicas. **As sanções de Direito Administrativo projetam especiais manifestações desse ramo jurídico, estando, portanto, tuteladas por um regime publicista específico, eis sua nota fundamenta.** (grifo nosso) *Direito Administrativo Sancionador*, p.54.*

Do mesmo modo, não se pode negar a vinculação entre atividade sancionadora à atividade de polícia. A atividade de polícia, enquanto impõe restrições e limitações à esfera do indivíduo, deve ser acompanhada da atividade sancionadora, em caso de descumprimento das ordens pela Administração Pública emanadas quando da imposição de ditas restrições e limitações.

Os objetos, contudo, são distintos. O objeto do Poder de Polícia é a limitação e/ou restrição de um bem, direito ou atividade individual que possa afetar a ordem coletiva e, por isso, exige uma regulamentação e controle pelo Poder Público. O objeto do Poder Sancionador, nesse contexto, é prevenir ou reprimir a conduta praticada em desconformidade com a ordem jurídica. No entanto, ainda que auto-executáveis as medidas de polícia⁵⁷, pode haver casos em que o descumprimento das restrições impostas resulte no cometimento de um ilícito pelo administrado⁵⁸.

Quer dizer, ainda que se distinguindo ambas as disciplinas, pode-se afirmar que as limitações que se fazem necessárias na esfera individual do cidadão para garantir o bem estar social ora estão determinadas em lei, ora são delegadas à Administração Pública, via discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, que exerce, por meio de sua polícia administrativa, as limitações na liberdade e propriedade do indivíduo, porém sempre com os limites previamente traçados pela lei. Ambas as atividades, conforme desenvolver-se-á adiante, estão submissas ao

⁵⁷ A distinção entre medidas de polícia e sanção será tratada na segunda parte deste trabalho.

⁵⁸ Neste sentido, Juarez FREITAS afirma que *o exercício do poder de polícia deve significar uma intervenção reguladora, nunca mutiladora dos direitos em sua essência (...) Considerar-se-á poder de polícia como sendo qualquer restrição ou limitação coercitiva e privativamente imposta pelo Estado à esfera da atuação privada, colimando viabilizar, ordenadamente, o convívio de múltiplos exercícios de iniciativas particulares, não raro antagônicos entre si. Estudos de Direito Administrativo, p.55.*

disposto no artigo 5º, inciso II, da Constituição da República: *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*⁵⁹.

2.1.4 Finalidade do Poder Sancionador

No Direito brasileiro, a atividade sancionadora da Administração Pública, conforme supra afirmado, possui fundamento constitucional, com sua incidência definida pela intervenção legislativa que, em atenção ao interesse público que subjaz às relações jurídicas entre a Administração Pública e os cidadãos, tipifica determinadas condutas como infração administrativa, bem como determina as sanções aplicáveis em cada caso, tudo em perfeita harmonia com o ordenamento jurídico-constitucional vigente.

O fim a que visa este poder sancionador da Administração Pública ainda não constitui em consenso. Com efeito, ante a diversidade de sanções passíveis de serem adotadas nos diferentes ramos do Direito, dizer que este poder tem determinado fim e não outro poderia levar a um equívoco. Em geral, a prática jurídica já permite afirmar que a atividade sancionadora da Administração Pública não tem cunho ressarcitório. Tal fica restrito ao âmbito da responsabilidade civil, porém, não da responsabilidade administrativa. Com o intuito de preservar a ordem social das distorções ocasionadas pelo descumprimento de determinada norma, em regra, a própria reparação do dano não afasta a aplicação da sanção.

⁵⁹. BRASIL, Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

Referindo-se às dificuldades de classificar as diversas funções atribuídas às sanções administrativas, Franck Moderne ressalta:

De telles classifications sont certes utiles et elles ont pu servir à ménager les transitions dans les systèmes juridiques les plus 'répressifs'. Mais elles sont difficiles à justifier dans tous leurs éléments et le droit positif ne les consacre pas nécessairement. Au surplus les variations constatées dans les exposés doctrinaux incitent plutôt à la prudence: Il se peut que telle ou telle sanction ait, outre une finalité principale, une ou plusieurs finalités secondaires⁶⁰.

Poder-se-ia afirmar que, em princípio, não se foge à idéia de punição, como, por exemplo, nas hipóteses de aplicação das multas pelo não pagamento do tributo. Por sua vez, a doutrina especializada afirma que a sanção *visa exclusivamente garantir a cobrança de tributo e desestimular a sonegação, a fraude, o conluio*⁶¹. Ante o reflexo financeiro da aplicação da penalidade, por regra de valor muito superior ao pagamento do tributo, apreende-se a idéia de prevenção e punição na aplicação dessas espécies de sanções.

Quer dizer, um tanto quanto distante da idéia de reparação, ainda que tal finalidade possa ser atingida quando da aplicação de determinadas sanções, a atividade sancionadora administrativa tem como objetivo não somente a punição, mas também a prevenção das infrações administrativas. Isto porque *la finalidad del Derecho Sancionador Administrativo es, como se ha dicho, la prevención de las conductas que puedan poner en peligro o lesionar bienes jurídicos*⁶².

⁶⁰ *Sanctions Administratives et Justice Constitutionnelle*, p.83.

⁶¹ Ives Gandra da Silva MARTINS. *Da sanção tributária*, p.56.

⁶² Ángeles de Palma DEL TESO. *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, p.129.

Assim, *toutes les activités publiques peuvent être groupées en deux types de fonctions étatiques, matériellement distinctes et purement juridiques: a) la fonction préventive et b) la fonction repressive ou sanctionnatrice*⁶³. Ambas funções contribuem para a criação ou transformação do direito, de onde resulta que a sanção administrativa, tal como a penal e a civil, *peut être classée dans la fonction préventive ou répressive, suivant qu'elle se trouve dans son étape de <commination> ou son étape d'<application>*⁶⁴. Na etapa de cominação, a sanção representa um simples meio preventivo de defesa da ordem social, que por sua vez precede a função repressiva.

O reconhecimento das funções do poder sancionatório é de grande valia. Partindo do conceito doutrinário atribuído à sanção administrativa, qual seja *um mal infligido pela Administração a um administrado em consequência de uma conduta ilegal*⁶⁵, ter-se-ia como incompleta a atividade administrativa se não lhe fosse possibilitado impor as correspondentes sanções às violações ao ordenamento jurídico que protege.

Uma determinada conduta violadora da ordem jurídica reclama reações de diversas espécies. A apuração da responsabilidade penal, por exemplo, não ocasiona o ressarcimento do dano, que deve ser buscado na esfera cível. E esta, por sua vez, não restabelece a ordem que a Administração Pública protege, objeto de atividade própria.

⁶³ Démètre PAPANICOLAÏDIS. *Introduction Générale a la Théorie de la Police Administrative*, p.27.

⁶⁴ Ibid., p.27.

⁶⁵ Eduardo García de ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Direito Administrativo*, p.875.

Pode-se afirmar, em verdade, que a atividade sancionadora da Administração Pública, em muitos casos, tem como finalidade exclusiva o restabelecimento da legalidade e da harmonização social.

Nesse sentido, a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

O Direito, dissemos, deve, manter a boa ordem social. Se violada, serão empregados instrumentos para reconduzi-la: primeiro, é necessário prevenir, antecipar-se; urge que o Direito disponha de mecanismos de prevenção. Todavia, uma vez rompida esta ordem, de nada adiantará qualquer atuação de prevenção: ou ele não existiu a tempo ou fracassou. Necessário, então, reapertar a sociedade nos limites da boa ordem social, ou seja, reprimir; é preciso, assim, que aquela situação seja realçada através de repressão, constrição pública exercida sobre a atividade privada de cada um⁶⁶.

A dificuldade que se põe em distinguir a finalidade da atividade sancionadora deve-se também às confusões legislativas. É possível, no entanto, exemplificar essas medidas de restabelecimento da legalidade. Em tais casos, o ilícito não ocasiona um dano, sendo acompanhado da responsabilidade civil ou criminal. O ilícito viola o ordenamento jurídico e põe em risco a ordem social⁶⁷. É o caso de determinadas normas de trânsito, cujo descumprimento ocasionam tão somente a perturbação da ordem social, ensejando o exercício da atividade sancionadora pela Administração Pública.

Aqui é possível ver claramente a atividade sancionadora da Administração Pública visando à prevenção, ainda que acompanhada de instrumentos de repressão.

⁶⁶. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO. Considerações sobre o Poder de Polícia. *Revista Jurídica*, nº 117, p.189.

⁶⁷ São as denominadas infrações de perigo abstrato, classificação esta de grande importância no que se refere à culpabilidade.

Traçadas essas linhas no que diz respeito ao objeto e à finalidade do Poder Sancionador, cumpre analisar agora os agentes deste poder, ou seja, a quem é atribuída competência para aplicar as sanções administrativas e quem pode ser sujeito passivo das mesmas.

2. 2 Sujeitos do Poder Sancionatório Administrativo

2.2.1 *Sujeito Ativo*

A sanção administrativa, para surtir seus efeitos de forma plena e válida, requer seja aplicada por um sujeito competente para tanto. As diversas normas que prevêm a atividade sancionadora da Administração Pública definem especificamente os órgãos ou agentes que são competentes para a aplicação de uma determinada sanção. No entanto, tal análise foge ao objetivo deste trabalho. O que se pretende é definir, de uma forma geral, a quem é dada a competência genérica para aplicação das sanções administrativas, ou seja, quem é o sujeito ativo do poder sancionador.

Sujeito ativo do Poder Administrativo Sancionador seria, de forma genérica, somente a Administração Pública. Tal afirmação, ainda que singela, acarreta algumas discordâncias doutrinárias. Alguns autores sustentam inicialmente que o sujeito ativo da sanção administrativa não é, necessariamente, a Administração Pública. Ainda que não se discuta mais a existência de uma atividade sancionadora da Administração Pública, afirmam alguns autores que sua presença, enquanto

sujeito ativo, não é imprescindível para a caracterização da sanção administrativa e sua conseqüente contraposição às sanções judiciais⁶⁸.

Com efeito, requisito fundamental para aplicação das sanções administrativas é a ocorrência de uma ação lesiva à Administração Pública, direta ou indireta ou a um bem tutelado pela Administração Pública. No entanto, parte da doutrina reconhece a possibilidade da aplicação das sanções administrativas pelo Poder Judiciário, como, por exemplo, as sanções por ato de improbidade administrativa previstas pela Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992.⁶⁹

O Supremo Tribunal Federal proferiu, todavia, decisões no sentido de reconhecer a natureza especial das sanções por ato de improbidade administrativa de que é exemplo a decisão proferida na Reclamação nº 2186 MC/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, da qual se extrai as seguintes passagens:

⁶⁸ Esta é a opinião de Fábio Medina OSÓRIO. *Direito Administrativo Sancionador*, p.59. Afirma o autor que é tarefa do legislador determinar a possibilidade das sanções administrativas pelo próprio Poder Judiciário e cita, como exemplo, a previsão das infrações administrativas do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que define como sanções administrativas jurisdicionais.

Ressalta que *há, ainda, normas de Direito Administrativo que contemplam condutas proibidas e sanções, cuja aplicação, não obstante, depende dos Juízes ou Tribunais, não sendo viável ou lícito à Administração Pública, direta ou a indireta, ou a qualquer outra entidade regulada por direito público, aplicá-las. São sanções geralmente mais graves, bastante próximas, não raro, do direito penal, porém inegavelmente de direito administrativo.* Ibid., p.16.

⁶⁹ Com efeito, as sanções por ato de improbidade administrativa são aplicadas aos agentes públicos que, sem prejuízo das sanções penais, civis e administrativas cabíveis, no exercício da atividade administrativa, agiram de forma ímproba, lesando a boa administração dos bens públicos. Em última análise, a lei de improbidade administrativa é importante instrumento no combate à corrupção no exercício da função pública. Tomando-se por dispensável a presença da Administração Pública na aplicação das sanções, é possível classificar as sanções por ato de improbidade administrativa como sanções administrativas. Ocorre que, no caso específico destas sanções, ao passo que é dado ao Poder Judiciário aplicá-las, é vedado à Administração Pública fazê-lo, excepcionando-se a sanção de perda do cargo público, prevista, inclusive, em legislações atinentes aos servidores públicos. Quer dizer, é de competência exclusiva do Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional – registre-se que se está falando de sua função típica, sem adentrar-se na questão das funções administrativas exercidas pelos órgãos judiciais – a aplicação das sanções por ato de improbidade administrativa. Mas, a lei de improbidade tem características especiais. A doutrina ainda trava discussões sobre a natureza penal dos ilícitos ali previstos, ante a gravidade das sanções impostas. No entanto, é possível afirmar que o ato de improbidade administrativa não se confunde com o ilícito administrativo, por possuir campo mais específico que este.

De fato, conforme tenho sustentado, a simples possibilidade de suspensão de direitos políticos, ou a perda de função pública, isoladamente consideradas, afigura-se suficiente para demonstrar que as ações de improbidade possuem forte conteúdo penal, com incontestáveis aspectos políticos. (...) No âmbito da ação de improbidade, portanto, verifica-se que os efeitos da condenação podem superar aqueles atribuídos à sentença penal condenatória, podendo conter, também, efeitos mais gravosos para o equilíbrio jurídico-institucional do que eventual sentença condenatória de caráter penal. (...) Por outro lado, a teor do art. 3º da L. 1.079/1950, a imposição da pena referida no art. 2º não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum, na justiça ordinária, nos termos das leis processuais penais. Assim, em análise preliminar, não parece haver dúvida de que os delitos previstos na L. 1.079/50, tais como os arrolados na L. 8.429/92, são delitos político-administrativos⁷⁰.

Quer dizer, à luz dessa interpretação do Supremo Tribunal Federal, conquanto de forte conteúdo penal, as sanções por atos de improbidade administrativa são basicamente de natureza civil, mas detêm também um aspecto político-constitucional, considerando a esfera jurídica do sujeito passivo a ser afetada, qual seja, seus direitos políticos⁷¹.

Por outro lado, em face de tal entendimento do Pretório Excelso, permanece incólume a tese de que somente a Administração Pública pode exercer um Poder Administrativo Sancionador.

No entanto, ainda que se aceite como sanção de caráter administrativo qualquer violação a um bem jurídico tutelado pela Administração Pública, tal não se encontra do âmbito do Poder sancionador que aqui se estuda. Com efeito, não há que discutir a possibilidade de aplicações de sanções tidas como administrativas,

⁷⁰ Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 nov.2005.

⁷¹ Recentemente, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2860 e nº 2797, que versam sobre a inconstitucionalidade dos §§1º e 2º do artigo 84 do Código de Processo Penal, com a redação conferida pela Lei nº 10.628/2002, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a natureza civil das sanções por ato de improbidade administrativa, vencido os Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie, que reconheciam a natureza penal das referidas sanções. Disponível em <http://www.stf.gov.br> - Informativo 401.

assim qualificadas porquanto atingem determinada esfera do infrator, pelo Poder Judiciário, bem como não há dúvida quanto às garantias a serem observadas neste procedimento.

Tal, repita-se, não é o objeto do presente estudo. Aqui o sujeito ativo da sanção é tão somente a Administração Pública, pois é o seu poder sancionador que se pretende desvendar. Quer dizer, as infrações aqui tidas como administrativas decorrem do descumprimento de uma norma de direito administrativo, sendo que essa conduta violadora pode ser reprimida pelo simples agir da Administração Pública no exercício da atividade sancionatória que aqui se reconhece, sem a intervenção de qualquer outro órgão ou sujeito, inclusive o Poder Judiciário.

A restrição da aplicação das sanções administrativas ao âmbito da Administração Pública é utilizada por parte da doutrina como forma de se reconhecer a distinção entre o ilícito penal e o administrativo. Com efeito, conforme supra descrito, o reconhecimento da atividade administrativa sancionadora passou pela distinção entre ilícito penal e administrativo, sendo que o primeiro incumbia ao Poder Judiciário e o segundo, à Administração Pública. Assim, o poder de impor sanções *corresponde infligir la sanción a los órganos del complejo administrativo amenazado por el hecho ilícito ajeno, ejercitando una función que por la forma y por los efectos debe calificarse de administrativa*⁷².

Considerada a Administração Pública como sujeito ativo, questiona-se a possibilidade, ou não, de aplicação de sanções administrativas por particulares no exercício da função pública ou por entidades estatais submetidas às normas de

⁷² Miguel MONTORO PUERTO. *La infracción administrativa. Características, Manifestaciones y Sanción*, p. 358

direito privado. A questão não é nova. Isto porque é amplamente reconhecida na doutrina e na jurisprudência a tese da indelegabilidade do Poder de Polícia a particulares, de onde se pode extrair analogamente algumas justificativas para a indelegabilidade também do Poder Sancionador.

Cumpra referir, inicialmente, que a doutrina classifica, com algumas diversidades de nomenclatura, e sem maiores alterações substanciais, as atividades administrativas típicas em atividade ordenadora ou de polícia administrativa, atividades instrumentais, atividade fomentadora e atividade de gestão⁷³.

Dúvida não há quanto à possibilidade de se delegar as denominadas atividades de gestão, onde se inclui a prestação de serviço público, por expressa previsão no artigo 175, da Constituição da República, a cujo teor *Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*⁷⁴. Ressalte-se, aqui, que ao permitir a delegação de uma atividade tipicamente administrativa, o legislador constitucional optou por fazê-lo de maneira expressa.

Ao se sustentar a possibilidade de delegação do poder de polícia deve-se reconhecer a possibilidade de se delegar os atos provenientes da denominada polícia administrativa. A polícia administrativa é uma forma de manifestação do poder que a Administração Pública exerce sobre as atividades e bens privados que afetam ou possam vir a afetar a ordem da coletividade. É, portanto, um meio pelo

⁷³ Carlos Ari SUNDFELD, Empresa Estatal pode exercer o Poder de Polícia. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, p.37

⁷⁴ BRASIL, Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

qual a Administração Pública pode controlar qualquer forma de abuso dos direitos individuais exercidos pelos administrados.

Em vista da inexistência de um efetivo contencioso administrativo no Brasil, a distinção da polícia administrativa e da polícia judiciária baseou-se, principalmente, no caráter preventivo da primeira em contraposição ao caráter repressivo da segunda. Assim, a polícia judiciária acrescentaria às funções da polícia administrativa a função de repressão dos delinquentes por meio da instrução policial e criminal. No entanto, tal critério afigura-se insuficiente diante da função muitas vezes repressiva da polícia administrativa.

Certo que a repressão aqui exercida não acarreta ao infrator o processamento perante o Poder Judiciário, tampouco a aplicação de penas que atinjam sua esfera de liberdade. No entanto, há que se reconhecer a função repressiva da polícia administrativa. Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, *o que efetivamente aparta polícia administrativa de polícia judiciária é que a primeira se predispõe unicamente a impedir ou paralisar atividades anti-sociais enquanto a segunda se preordena à responsabilização dos violadores da ordem jurídica*⁷⁵. Ainda, reconhece o autor que a importância desta distinção está no fato de que a polícia judiciária atende às normas de ordem processual penal, ao passo que a polícia administrativa rege-se pelas normas administrativas.

Ressalte-se, ainda, que:

o exercício da polícia administrativa reveste-se, bem pensado, da característica de poder-dever, mesmo quando discricionário, submetido que está ao princípio da legalidade e

⁷⁵ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. *Curso de Direito Administrativo*, p.492.

ao controle jurisdicional, até porque a liberdade é a regra e a intervenção da polícia administrativa a exceção, somente se justificando à medida que se revelar indispensável à coexistência ordenada das liberdades⁷⁶.

Destaca-se, dentre os poderes conferidos à Administração Pública no exercício da polícia administrativa, o de expedir ordens, autorizações e licenças, o de fiscalizar as atividades, reprimir infrações e executar seus atos. Com efeito, uma das características dos atos administrativos provenientes do denominado poder de polícia está a auto-executoriedade, dispensando a prévia autorização judicial, *desde que lei autorize ou a urgência o requeira*⁷⁷.

Essa autoridade e imposição de deveres, ao particular, é reconhecida pela maioria da doutrina como indelegável. No entanto, a edição de ordens, de licenças e o exercício da fiscalização poderiam ser delegados. Quer dizer, alguns doutrinadores reconhecem a impossibilidade de se transferir a denominada autoridade pública, sem encontrar, no entanto, óbice na delegação dos meios necessários para efetivação dessa autoridade.

Assim, ainda que *a titularidade do Poder de Polícia deve sempre permanecer com a Administração, nada obsta que as providências para a efetivação deste poder sejam trespassadas ao particular. E menos óbice ainda há em que os particulares concorram com os meios necessários para o exercício desta atividade*⁷⁸.

⁷⁶ Juarez FREITAS. *Estudos de Direito Administrativo*, p.57.

⁷⁷ Ibid., p.59. Complementa o autor: *A auto-executoriedade decorre, à vista disso, em certas circunstâncias, do necessário respeito ao primado do interesse público e da não menos necessária viabilização prática das medidas, assim como da presunção de legitimidade das mesmas.*

⁷⁸ Floriano de Azevedo MARQUES NETO. A Contratação de empresas para suporte da função reguladora e a indelegabilidade do Poder de Polícia. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 32, p.76.

Delegam-se, portanto, os meios de efetivação do poder de polícia e não o próprio poder, ou seja, as atividades efetivamente de limitação e restrições. O poder de polícia é inerente à Administração Pública, nasce com o ente que o exerce, ao passo que o poder de polícia delegado é proveniente de transferência legal e limita-se aos termos da delegação.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou pelo reconhecimento da indelegabilidade do poder de polícia, de que é exemplo o julgamento da ADIn 1717-6/DF, Relator Ministro Sydney Sanches, in DJU de 28 de março de 2003, que tinha por objeto dispositivo a constitucionalidade de dispositivo de lei que conferia personalidade jurídica de direito privado aos conselhos profissionais, tradicionalmente exercentes de atividade de polícia e profissões, assim ementado:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS.

1. Estando prejudicada a ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do caput e dos parágrafos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58.

2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido de indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica do Estado, que abrange até poder de polícia, tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.

3. Decisão unânime.⁷⁹

⁷⁹ Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 nov.2005.

Extrai-se, do julgamento supra transcrito, a posição da Corte Suprema de serem indelegáveis, aos particulares, as atividades administrativas de polícia e sancionatória e o poder de tributar.

A possibilidade de aplicar sanções é, tal como a possibilidade de impor restrições, indelegável aos particulares, ainda que não seja a primeira decorrente desta última, já que *é preciso ter presente que poder de polícia e coação administrativa não caminham necessariamente juntos. Um órgão ou pessoa pode exercer atividade de polícia sem que esteja legitimado à coação administrativa*⁸⁰.

No Brasil, pode-se concluir, portanto, que sujeito ativo do poder sancionador é a Administração Pública definida em sentido orgânico, ou seja, *os entes que exercem a atividade administrativa: compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa*⁸¹. Quer dizer, ao agente que exerce a atividade administrativa atribui-se um vínculo orgânico com a Administração Pública.

Polêmica - e distinta - é a questão de as entidades da Administração Pública submetidas ao regime jurídico de direito privado - as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações estatais de direito privado – poderem receber atribuições de atividade sancionadora, tal como ocorre em Porto Alegre com a Empresa Pública de Transportes e Circulação- EPTC, que exerce o controle e a fiscalização do trânsito municipal, inclusive aplicando sanções.

⁸⁰ Carlos Ari SUNDEFELD. Empresa Estatal pode exercer o Poder de Polícia. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, p.80.

⁸¹ Maria Sylvia Zanella DI PIETRO. *Direito Administrativo*, p.49.

Abstraindo-se a questão de que tal hipótese não está prevista no artigo 173 da Constituição da República, é possível afirmar que se trata de entidade estatal, conquanto sua natureza jurídica seja de direito privado, o que não caracteriza a desvinculação da Administração Pública orgânica, e portanto tampouco a delegação de poder sancionador. É que na forma do artigo 37, inciso XIX, da Constituição da República de 1988 também essas entidades compõem organicamente a Administração Pública.

2.2.2 Sujeito passivo

Definido o sujeito ativo da atividade sancionatória, não menos controversa é a definição do sujeito passivo. Sujeito passivo da sanção administrativa, segundo parte da doutrina, é *el ser humano, el hombre, y en concreto aquel que aparece en relación con la Administración como sujeto de una serie de deberes que pesan sobre él y que tienen sua origen en las distintas relaciones jurídicas que vinculan al administrado para con la administración*⁸².

Assim, aquele indivíduo sujeito de direitos e deveres frente à Administração Pública pode ser sujeito passivo da sanção administrativa quando do cometimento

⁸² Continua o autor: *Precisamente será sujeto activo aquel que en dicha relación ocupa habitualmente la posición de sujeto pasivo; según que la vinculación de administrado sea de índole genérica o específica, con su conducta podrá dar lugar a infracciones diversas, cuya naturaleza ofrecerá, a su vez, notas diferenciadoras que tendremos ocasión de ir examinando, pues sí, en general, el administrado puede infringir el ordenamiento administrativo, no todo administrado podrá infringir el ordenamiento jurídico interno de la Administración.* Miguel MONTORO PUERTO. *La infracción administrativa. Características, Manifestaciones y Sancion*, p.137.

Quando refere às relações específicas, o autor se reporta à idéia difundida na Espanha de relação especial de poder, aplicada ao âmbito das infrações disciplinares.

de uma conduta violadora da ordem por ela tutelada⁸³. Registre-se que as infrações administrativas a que se refere dizem respeito aos poderes impostos a todos os administrados, cuja sanção é aplicada pela Administração no legítimo exercício do seu poder sancionador⁸⁴.

Em tais hipóteses, não se pode falar apenas no ser humano como sujeito ativo da infração administrativa. Também as pessoas jurídicas podem cometê-las.

Conforme ressalta MONTORO PUERTO:

La extensión del concepto de sujeto activo del ilícito más allá de la persona humana, se ha introducido abiertamente en el Derecho Administrativo, hasta el punto de que podemos afirmar que, en este campo, sujeto activo del ilícito puede serlo toda persona y, por tanto, lo mismo la persona individual que la persona jurídica⁸⁵.

No ordenamento jurídico brasileiro, em matéria de meio-ambiente, a Constituição da República prevê literalmente a responsabilização penal e administrativa das pessoas jurídicas, no § 3º do art. 225, a cujo teor: *As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio-ambiente sujeitarão os infratores, pessoas*

⁸³ Eduardo García de ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ conceituam o *administrado*, ao desenvolver sua própria personalidade, dentro dos limites da capacidade jurídica e de trabalhar, que lhe reconhece o ordenamento jurídico, pode resultar titular de uma série de situações jurídicas que, convencionalmente costumam agrupar-se em duas grandes categorias, segundo comportem uma ampliação de sua esfera jurídica ou bem uma limitação ou minoração da mesma. *Curso de Direito Administrativo*, p.748.

⁸⁴ Distingue Miguel MONTORO PUERTO *Si la infracción se produce con respecto a aquellos deberes impuestos para todos los administrados por el ordenamiento jurídico administrativo, nos encontraremos ante una manifestación del ilícito administrativo que vendrá determinada, al igual que la sanción correspondiente, a través de los reglamentos dictados por la Administración en el ejercicio de aquella potestad de normación que hemos reconocido como uno de los elementos que han venido a servirnos de base para declarar la existencia de un ordenamiento jurídico administrativo y especialmente por los reglamentos de policía* *Ibid.*, p.137.

Conquanto pertinente a afirmação do autor, a vinculação do poder sancionador ao poder de polícia restou superada. Ver, para tanto, Alejandro NIETO. *Derecho Administrativo Sancionador*, p.86 et seq.

⁸⁵ Miguel MONTORO PUERTO. *La infracción administrativa. Características, Manifestaciones y Sanción*, p.143.

*físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados*⁸⁶.

Tal dispositivo gerou intensa discussão no que se refere à responsabilização penal da pessoa jurídica. Objeto de inúmeras monografias, o tema ainda não encontrou pacificação doutrinária nem jurisprudencial.

Com efeito, no âmbito do Direito Penal é extensa a discussão no que se refere à responsabilização da pessoa jurídica. Neste caso, o cerne da questão está na aplicação da pena, sobretudo as privativas de liberdade, e na sua individualização, situação controversa quando se trata de pessoa jurídica.⁸⁷ Ressalta Fábio Medina Osório que *a pessoa jurídica, dotada de personalidade criada pelo direito, não possui, naturalmente, vontade ou consciência, circunstância que lhe afasta do alcance da culpabilidade, pessoalidade da pena, exigência de dolo ou culpa, e mesmo individualização da sanção*⁸⁸.

Com o intuito de se reconhecer a responsabilidade penal da pessoa jurídica, faz-se necessário repensar os conceitos tradicionais de crime e até mesmo de culpabilidade. Os efeitos que se pretende são diversos da aplicação da pena ao indivíduo. Enquanto para o indivíduo a pena objetiva, em última análise, o

⁸⁶ BRASIL, Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁸⁷ A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente prevê a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica nos seguintes termos: *Art. 3º. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.* Disponível em: <http://www.senado.gov.br>.

⁸⁸ *Direito Administrativo Sancionador*, p.343.

reconhecimento do erro, atuando sobre a sua vontade, o que se busca para a pessoa jurídica é a exemplaridade e retribuição.

Daí que *basta o juízo de reprovabilidade, que é sempre externo como já destacado, sem a consciência da ilicitude (que só a pessoa humana pode ter) para que haja culpabilidade e imposição de pena*⁸⁹. Nessa linha de raciocínio, afasta-se qualquer dúvida em relação à possibilidade de aplicação de penas às pessoas jurídicas. A discussão é não somente extensa, mas foge ao objeto do presente trabalho.

No que se refere à responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, não se encontra os mesmos óbices do Direito Penal. Em matéria de Direito Administrativo, a tutela do interesse público exige o desenvolvimento de instrumentos capazes de punir as pessoas jurídicas que atuam de forma ilícita em detrimento dos valores protegidos pela ordem jurídica⁹⁰.

Dessa forma, *hoy no es posible negar la capacidad de infracción de las personas jurídicas alegando que son una ficción; las diferentes y múltiples doctrinas sobre su naturaleza, aparecidas a lo largo de la evolución de la figura, permiten sostener la capacidad de infracción de estos entes*⁹¹.

Quer dizer, ainda que a vontade em sentido estrito seja um atributo exclusivo do ser humano, as pessoas jurídicas atuam por meio de seus órgãos, que exteriorizam a vontade social, que não se confunde com a vontade de cada pessoa

⁸⁹ Eladio LECEY. A proteção do meio ambiente e a responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Revista da AJURIS*, p.47.

⁹⁰ Fábio Medina OSÓRIO. *Direito Administrativo Sancionador*, p.343.

⁹¹ Ángeles de Palma DEL TESO. *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, p.191.

física que a integra. Além disso, juridicamente, inexistente razão para que se adote um conceito naturalístico de vontade, o qual seria inerente somente a seres humanos.

É, em última análise, também a adoção da idéia de reprovabilidade da conduta, difundida entre os doutrinadores penais que defendem a responsabilidade penal da pessoa jurídica, que dispensa o elemento voluntário para a imputação da responsabilidade administrativa. Ainda que a manifestação do fato punível se exteriorize por meio de condutas humanas, como, para os funcionários de uma determinada empresa, a lesão deve ser vista como um todo, proveniente do agir da própria pessoa jurídica, e não de pessoas individuais. Daí que os efeitos da atividade sancionadora da Administração Pública podem e devem ser sentidos pela própria pessoa jurídica.

A previsão das sanções administrativas no ordenamento jurídico brasileiro reflete esta idéia. Veja-se, por exemplo, o artigo 72 da Lei nº 9.605, de fevereiro de 1998, que prevê as sanções aplicáveis às infrações administrativas ambientais, no inciso VI dispõe: *suspensão de venda e fabricação do produto*”, bem como o inciso IX, a cujo teor *suspensão parcial ou total de atividades*⁹².

Tais sanções são, opina-se, típica e finalisticamente, aplicáveis às pessoas jurídicas, que terão a atividade desenvolvida, restringida em razão do cometimento da infração ambiental.

Do exposto neste tópico, já é possível se vislumbrar a harmonização da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica com a previsão do princípio da culpabilidade administrativa, repensando os conceitos e tendo como norte a idéia de

⁹² Disponível em: <http://www.senado.gov.br>.

reprovabilidade da conduta, o que mais adiante será visto. Antes de se adentrar o estudo da culpabilidade administrativa, faz-se necessário o estudo da estrutura da infração administrativa e dos meios de aplicação das sanções, objeto de estudo da segunda parte deste trabalho, para, então, estudar os elementos necessários ao reconhecimento da responsabilidade administrativa.

3. A INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA

3.1 Estrutura da infração administrativa

A definição dos princípios jurídicos, segundo destaca Humberto Ávila, depende do critério em função do qual é feita sua distinção das regras jurídicas, bem como da finalidade pelo qual foi formulada e, ainda, do fundamento teórico utilizado⁹³.

Karl Larenz, em sua obra *Metodologia da Ciência do Direito*, afirma que:

os princípios jurídicos não têm o carácter de regras concebidas de forma muito geral, às quais se pudessem subsumir situações de facto, igualmente de índole muito geral. Carecem antes, sem excepção, de ser concretizados. No grau mais elevado, o princípio não contém ainda nenhuma especificação de previsão e consequência jurídica, mas só uma idéia jurídica geral, pela qual se oriente a concretização ulterior como por um fio condutor⁹⁴.

Com idéias intensamente difundidas por meio da sua Teoria dos Direitos Fundamentais, o renomado jurista alemão, Robert Alexy, definiu princípios como deveres de otimização⁹⁵.

⁹³ Ver Humberto Bergmann.ÁVILA. A Distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, *Revista de Direito Administrativo*, n.215.

⁹⁴ Karl LARENZ. *Metodologia da Ciência do Direito*, p.674

⁹⁵ “Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos em diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”. Robert ALEXY. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p.86.

Em crítica elaborada, tendo em conta as concepções dominantes dos princípios jurídicos, Humberto Ávila define os princípios como:

normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção⁹⁶.

A discussão sobre o conceito e natureza dos princípios jurídicos foge ao objetivo do presente trabalho. Seja qual for a definição adotada, é importante ter como certo que os princípios jurídicos, em maior ou menor grau, são normas reguladoras de condutas, cuja observância vincula os sujeitos de uma relação jurídica, estabelecendo fins a serem buscados, idéia esta aplicável, inclusive à Administração Pública. Quer dizer, a Administração Pública brasileira está vinculada, em seu agir, a inúmeros princípios constitucionais expressos bem como a outros, implícitos no ordenamento jurídico.

Considerando a natureza e as conseqüências das sanções impostas no âmbito da atividade sancionadora da Administração Pública, é de se destacar sua submissão, de forma especial, ao princípio da legalidade, bem como a necessidade

⁹⁶ Humberto Bergmann.ÁVILA, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p.70.Ressalta o autor que os princípios não são apenas valores cuja realização fica na dependência de meras preferências pessoais. Eles são, ao mesmo tempo, mais do que isso e algo diferente disso. Os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários [...].Pode até haver incerteza quanto ao conteúdo do comportamento a ser adotado,mas não há quanto à sua espécie: o que for necessário para promover o fim é devido.

de observância da proporcionalidade, tanto na tipificação das sanções, quanto em sua aplicação⁹⁷.

3.1.1 Princípio da Legalidade

Neste tópico, interessa traçar um breve estudo da legalidade sob a ótica administrativa. Reconhece-se, no entanto, que o estudo do princípio da legalidade, nota essencial do Estado de Direito, em sua plenitude, mereceria trabalho específico. Aqui não se pretende esgotar qualquer debate com relação ao amplo espectro do princípio da legalidade, mas apenas expor algumas considerações no que se refere à atividade administrativa sancionadora e à aplicação deste princípio⁹⁸.

A importância do princípio da legalidade remonta ao século XVIII e à teoria da separação dos poderes de Montesquieu. A distinção entre a função legislativa e a função executiva exercia um papel limitador do poder do Estado. A idéia difundida por Rousseau de que a lei era resultante da vontade geral do povo, com a finalidade de regular as relações entre os indivíduos e o Estado ou entre os indivíduos somente, atravessou o Estado Liberal, em que a interferência estatal era mínima, sem maiores transformações. A interferência na esfera de liberdade e de propriedade do indivíduo deveria estar prevista em lei, no sentido então de que, sendo a lei expressão da vontade geral, a limitação e a restrição da liberdade e da

⁹⁷ Para ÁVILA, a proporcionalidade não se insere no conceito de princípio, mas de postulado normativo, que conceitua como *normas estruturantes de aplicação definição de princípios e regras*. Ibid.,p.90.Tal definição será adotada no presente trabalho.

⁹⁸ Sobre a evolução do princípio da legalidade, ver, de forma brilhante, Almiro do COUTO E SILVA. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo, *Revista de Direito Público*, n° 84.

propriedade resultam de um ato de vontade dos próprios titulares dessa liberdade e propriedade.

A passagem para o Estado Social e, posteriormente, para o Estado Contemporâneo, altera a noção de vinculação da Administração Pública à lei. A característica assistencialista da atividade estatal exigiu um redimensionamento do princípio da legalidade⁹⁹. A lei, então, não é mais basicamente ato de limitação e restrição da liberdade, mas também ato que beneficia ou inclusive concretiza a própria liberdade e propriedade.

No entanto, ainda que se “reconceitue” a vinculação da Administração Pública à lei, ante a dinâmica da atividade administrativa e a necessidade de garantir a segurança jurídica nas relações sociais, existe um núcleo inalterável da submissão do poder estatal à legalidade. Daí que o princípio da legalidade da Administração *oblige impérativement l’administration à respecter les règles prévues par le législateur e la soumet par là du même coup au contrôle de la juridiction administrative, laquelle est tenue de vérifier l’observation des lois par l’administration dans le cadre de sa compétence*¹⁰⁰.

⁹⁹ Nesse sentido, ver COUTO E SILVA, Ibid.

¹⁰⁰ Hartmut MAURER. *Droit Administratif Allemand*, p.107.

Quer dizer, a Administração Pública é sempre executiva das leis, uma vez que o interesse público que deve perseguir deve estar previamente previsto em texto legal¹⁰¹. E execução da lei é aplicação do Direito¹⁰².

No ordenamento jurídico brasileiro, a observância da legalidade pela Administração Pública encontra expressa previsão constitucional, a teor do artigo 37 da Constituição da República de 1988 *A administração pública direta indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade...*¹⁰³

Por outro lado, o estudo do princípio da legalidade passa, necessariamente, pela abordagem de dois aspectos que se sobressaem: a supremacia da lei e a reserva legal.

A supremacia da lei pode ser entendida como la eficacia derogatoria de todos los actos del Estado revestidos de la forma de ley frente a todos los actos situados en un escalón más bajo de la jerarquía normativa¹⁰⁴. Sob outro ângulo, significa a submissão da atividade da Administração Pública às leis existentes, a fim de lhe conferir a eficácia máxima.

¹⁰¹ Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar com justiça e imparcialidade no exercício de suas funções. Nesse sentido, Ehrardt SOARES afirma: *O princípio da legalidade é peça essencial do Estado de Direito. A sua preocupação fundamental tem sido desde o fim do século XVIII, em última análise, a outorga de uma garantia ao cidadão contra o arbítrio do administrador.* Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, p.172.

¹⁰² Esta é afirmação de Hartmut MAURER. *Elementos do Direito Administrativo Alemão*, p.45.

¹⁰³ BRASIL, Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹⁰⁴ Dietrich JESCH. *Ley y Administracion*, p.38.

É a legalidade da Administração Pública componente do Estado de Direito.¹⁰⁵ Sob esta ótica, a legalidade limita a atividade administrativa, reduzindo sua autonomia, uma vez que sua ação deve ocorrer nos limites dessa legalidade.

Outra manifestação do princípio da legalidade na atividade administrativa dá-se por meio da reserva legal, que significa que ciertos actos estatales de determinado contenido, sujetos a la ley, sólo son conformes a Derecho cuando se dictan sobre la base de una ley¹⁰⁶.

Enquanto a supremacia da lei diz respeito à face proibitiva da legalidade – vedação de se violar as leis existentes -, a reserva legal acrescenta um dever positivo, qual seja, a existência de uma base legal para a atividade administrativa, ou ainda, *mientras en el caso de la primacía una ley aniquila por su sola existencia las normas jurídicas que la contradicen, en el supuesto de la reserva es precisa una ley*¹⁰⁷.

Daí que, enquanto a primazia da lei, até agora discutida, vincula a administração às leis existentes, mas não proíbe sua atuação sem lei, o princípio da reserva da lei vai mais longe e pede para a atividade administrativa, no caso concreto, uma autorização legal¹⁰⁸. Assim, a ausência de disposição legal em

¹⁰⁵ Almiro do COUTO E SILVA. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo, *Revista de Direito Público*, n° 84, p.46.

¹⁰⁶ Dietrich JESCH. *Ley y Administracion*, p.38.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p.39.

¹⁰⁸ Hartmut MAURER. *Elementos do Direito Administrativo Alemão*, p.62.

determinada matéria impede a Administração Pública de agir não pela supremacia da lei, mas pela existência de uma matéria reservada à lei¹⁰⁹.

A extensão de aplicação da reserva legal nem sempre foi consenso na doutrina administrativa. No período do Estado Liberal, a aplicação da reserva legal estava restrita às atividades que, de certa forma, impunham restrições ou limitações ao cidadão, enquanto o princípio da supremacia da lei se aplicava à Administração Pública em sua totalidade. Todavia, a idéia hoje difundida é de aplicação do princípio da reserva legal a todas atividades administrativas.

No tocante à atividade sancionadora, tal qual ocorre em relação ao Direito Penal, a garantia constitucional de que o cidadão não será obrigado “*a fazer ou deixar de fazer algo se não em virtude de lei*” (artigo 5º, inciso II, da Constituição da República) traz explícito o dever de a Administração Pública observar as condutas previamente tidas como lesivas à ordem administrativa para a aplicação de sua respectiva sanção¹¹⁰.

No que se refere ao Direito Penal, o princípio da tipicidade encontra no ordenamento jurídico brasileiro fundamento constitucional específico, a teor do artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República onde vem dito que *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*¹¹¹.

¹⁰⁹ Hartmut MAURER. *Droit Administratif Allemand*, p.108.

¹¹⁰ *La subordinación de la potestad penal estatal a una regulación en forma de ley especial fue postulada originariamente por motivos de seguridad jurídica, y en tal sentido significaba principalmente una vinculación del gobernante a sus propias proposiciones jurídicas.* Dietrich JESCH. *Ley y Administración*, p. 132.

¹¹¹ BRASIL, Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

Tal previsão, conquanto correlata à esfera criminal, pode e deve ser estendida, como decorrência lógica do princípio da legalidade, ao âmbito do Direito Administrativo Sancionador. Em verdade, há uma estreita ligação entre o princípio da tipicidade e a reserva legal. Com efeito, *la distinción entre ambas vertientes peca de sutil hasta tal punto que en ocasiones resulta difícil separarlas y no puede evitarse el convencionalismo del tratamiento autónomo de cada una de ellas.*¹¹². É que a exigência da reserva legal não pode ser vista de uma forma abstrata, mas de forma concreta, a se referir à tipificação, ou ainda, a *lex certa*.

Em todo caso, se não aceita uma tal tese, resta sempre a possibilidade de se recorrer à norma genérica do artigo 5º, inciso II, da Constituição da República de 1988 para se vedar qualquer atividade sancionatória da Administração Pública que não esteja previamente autorizada em lei formal (ou lei em sentido estrito).

O princípio da reserva legal, contudo, sofreu uma espécie de flexibilização doutrinária ante as alterações sofridas pela atividade administrativa, sobretudo com a atuação no campo dos direitos sociais. Ocorre que o fim a que está subordinada a função administrativa pode compeli-la a atuar, inclusive, de forma normativa para atingi-lo. A vinculação da Administração Pública à lei seria mais genérica, sendo-lhe

¹¹² Alejandro NIETO. *Derecho Administrativo Sancionador*, p.297.

deferida uma margem de liberdade de atuação em busca dos fins a que se destina¹¹³.

Em se tratando de atividade sancionadora, essa margem de liberdade ganha contorno especial e, portanto, a legalidade que vincula o poder sancionador possui alguma flexibilidade.

Questiona-se, porém, se a Administração Pública pode, em certos casos, tipificar condutas como infrações por meio de normas que não leis em sentido estrito ou leis formais. Não resta dúvida, de início, que via de regra, os tipos administrativos são mais “elásticos” que os tipos penais, em razão, afirma-se, da dinâmica da atividade administrativa e a celeridade exigida na sua atuação.

Pode-se, contudo, afirmar que a observância da legalidade para a atividade sancionadora da Administração Pública é um instrumento de defesa do administrado. Flexibilizar-se o conceito de “lei” do inciso II do artigo 5º da Constituição da República de modo a permitir-se dele deduzir, também, as normas administrativas, é quebrar um fundamento tanto histórico quanto teleológico do direito público brasileiro. É quebrar, ainda, o princípio da Separação dos Poderes em seu núcleo essencial, a saber, ao órgão que executa os mandamentos jurídicos

¹¹³ Neste ponto, Alejandro NIETO reconhece o fracasso do dogma da reserva legal, que foi flexibilizado para viabilizar o funcionamento da atividade sancionadora, permitindo a edição de regulamentos nesta matéria. Assim, a doutrina espanhola construiu a teoria da cobertura legal, a conferir mais operatividade e vinculando a reserva legal à realidade normativa repressora. Ressalta o autor que *de esta manera se han cerrado algo las mallas de la represión administrativa que ya no dejan escapar tan fácilmente como antes a los infractores que, reconociendo los hechos, contaban con abogados hábiles dispuestos a acogerse a la reserva legal que de ordinario se traducía en la impunidad más escandalosa*. Ibid, p.296.

A doutrina espanhola, portanto, aceita a edição de regulamentos em matéria de sanções administrativas.

contra a liberdade e a propriedade das pessoas não se pode autorizar que crie autonomamente os limites dessa própria execução.

Depois, as infrações devem ser legalmente previstas de forma a não deixar dúvidas quanto à conduta reprovável. Da mesma forma, as conseqüências do comportamento reprovável devem ser previamente estabelecidas na lei e de forma proporcional à gravidade da infração. Ademais, a norma legal sancionatória não pode estabelecer grande discrepância entre o mínimo e o máximo da pena a ser imposta, relegando uma discricionariedade indevida ao administrador na definição da sanção.

Ainda, as normas legais tipificadoras de infrações administrativas não podem retroagir, ou seja, há a necessidade de lei anterior a definir as infrações administrativas e suas respectivas sanções, não podendo a lei nova ser aplicada aos fatos pretéritos, enquanto pressuposto básico não somente do princípio da legalidade¹¹⁴, mas também por força expressa do artigo 5º, XXXIX, da Magna Carta.

Daí que:

a configuração legal das infrações administrativas há de ser feita de maneira suficientemente clara para não deixar dúvida alguma sobre a identidade do comportamento reprovável, a fim de que, de um lado, o administrado possa estar perfeitamente ciente da conduta que terá de evitar para livrar-se da incursão em penalizações e, de outro, para que seja objetivamente reconhecível esta incursão, quando ocorrente¹¹⁵.

¹¹⁴ Neste sentido, ver Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. O Princípio da legalidade e algumas de suas conseqüências para o Direito Administrativo Sancionador. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*.

¹¹⁵ Ibid. p. 65.

Tal não impede a utilização das cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados, como adiante será exposto, mas significa dizer que a figura infracional deve estar prevista de modo a coibir excessos e observar a segurança jurídica das relações quando da ação administrativa nesse âmbito¹¹⁶.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já se manifestou pela necessidade de observância da reserva legal na aplicação das sanções administrativas, de que é exemplo o julgamento da Apelação Cível nº70010705168, Vigésima Segunda Câmara Cível, Relatora Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza, assim ementado:

TRIBUTÁRIO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA TRIBUTÁRIA. MULTA. TIPICIDADE. OMISSÃO DE INFORMAÇÃO PARA O CÁLCULO DO TRIBUTO. OMISSÃO DA DATA DO FUTURO FATO GERADOR DO ITBI. INTERPRETAÇÃO. LEGALIDADE.

1. Segundo a legislação do Município de Caxias do Sul, o imposto de transmissão inter vivos referente à transmissão de bens imóveis com instituição de usufruto incide tão-somente quando da extinção do referido direito real limitado.

2. A falta de informação ao Fisco pelo tabelião de que o usufruto é por prazo determinado não constitui a infração prevista no artigo 53 da Lei Municipal nº 12/94, que tipifica como ilícita a omissão de elementos que possam influir no cálculo do imposto. É que não incidindo o imposto de transmissão inter vivos quando da lavratura da escritura pública de compra e venda com usufruto por ainda não ter ocorrido o fato gerador, a omissão reclamada não diz respeito ao cálculo do tributo, mas à realização do futuro fato gerador do ITBI. Por força do princípio da tipicidade das infrações administrativas e do princípio da legalidade, não cabe ampliar a conduta omissiva de elementos que possam influir no cálculo do imposto para nela incluir omissão referente à realização de futuros fatos geradores de impostos. Ausente o dever legal de informar, nesses casos, a data prevista para extinção do usufruto, é ilegal a aplicação de sanção pecuniária.

¹¹⁶ Conforme será visto adiante, a utilização de normas em branco, conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, ainda que admitida, deve conferir o mínimo de previsibilidade e certeza ao administrado no tocante à conduta infracional.

Recurso provido.

Do voto da Eminente Relatora, extrai-se a seguinte passagem:

Ora, não havendo tributo a ser calculado quando da escritura pública de compra e venda com usufruto, a omissão da data da sua extinção não constitui em infração à legislação tributária por falta de previsão legal. Mais. Em matéria de ilicitude, quer administrativa ou penal, vige o princípio da tipicidade, não cabendo ampliar a conduta descrita no artigo 53 da Lei Complementar nº 12/94 para nela incluir a omissão referente à ocorrência de futuros fatos geradores de ITBI por mais que essa informação seja relevante para a Administração Tributária sob pena de violação do princípio da legalidade, regra de ouro do Estado Direito. Daí que não se enquadrando a conduta omissiva em apreço no aludido dispositivo legal, não podem subsistir os autos de infrações ora atacados, porquanto são nulos por vícios de ilegalidade¹¹⁷.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também já manifestou a necessidade de observância do princípio da legalidade no tocante às sanções administrativas, de que são exemplos o julgamento do Recurso Especial 131494/RS, Primeira Turma, Relator. Ministro. Milton Luiz Pereira, e do Recurso Especial 324181/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, assim ementados¹¹⁸:

Mandado de Segurança. Administração Pública. Princípio da Legalidade. Aplicação de Sanções Órfãs de Previsão Legal. Limites do Regulamento. Decreto-Lei 37/66 (arts. 94 e 96). Decreto 91.030/85.

1. O Administrador Público submete-se ao princípio da legalidade. Malferido o princípio, viola-se o direito líquido e certo do cidadão, afetado por ato sem a sobre guarda legal.
2. As sanções desviadas de previsão legal constituem ofensa a direito fundamental do cidadão.
3. Recurso sem provimento.

ADMINISTRATIVO. SANÇÃO PECUNIÁRIA. LEI 4.595/64.

1. Somente a lei pode estabelecer conduta típica ensejadora de sanção.

¹¹⁷ Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 12 nov 2005.

¹¹⁸ Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 13 set.2005.

2. Admite-se que o tipo infracionário esteja em diplomas infralegais (portarias, resoluções, circulares, etc), mas se impõe que a lei faça a indicação.
3. Recurso especial improvido.

No mesmo diapasão, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 100919/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, in DJU 04.03.1988, p. 3894, assim ementado:

OBRIGAÇÕES FISCAIS. REGIME ESPECIAL PARA SEU CUMPRIMENTO IMPOSTO A CONTRIBUINTE, POR ATO ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA. DELEGAÇÃO À AUTORIDADE FISCAL INCABÍVEL NA ESPÉCIE. A imposição de um sistema de sanções administrativas e fiscais, por mero ato administrativo, caso a caso, não se compadece com a indispensável segurança que há de ter o contribuinte, no que concerne a suas relações com o Fisco e as obrigações que lhe advém dos tributos. As sanções a serem impostas ao contribuinte faltoso não poderão do arbítrio da autoridade fiscal, mas resultar de expressa disposição de lei. Orientação do STF, acerca de contribuinte faltoso, consubstanciada nas súmulas 70, 323 e 547 Segurança concedida. Recurso extraordinário conhecido, por dissídio pretoriano, mas desprovido¹¹⁹.

Daí que, reconhecida a necessidade de observância do princípio da legalidade estrita no âmbito da atividade administrativa sancionadora, a sua flexibilização, com o intuito de viabilizar a atividade administrativa, ante a sua dinâmica, deve ainda ser implementada tendo em conta a proporcionalidade, conforme será desenvolvido no próximo tópico.

¹¹⁹ Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 17 jun 2005.

3.1.2 A proporcionalidade ante o princípio da legalidade

É crescente, entre os doutrinadores, o debate acerca da identificação e aplicação da proporcionalidade. Parte da doutrina constitucionalista defende a idéia de que, ao se falar de restrições a direitos, além do questionamento sobre a constitucionalidade de ditas restrições, deve-se perguntar sobre a sua compatibilidade com a proporcionalidade¹²⁰. Quer dizer, hodiernamente, a máxima da proporcionalidade é envolvida pela garantia dos direitos fundamentais e a limitação do poder político¹²¹.

De análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Humberto Bergmann Ávila conclui que, no ordenamento jurídico brasileiro,

o princípio da proporcionalidade nem sempre possui o mesmo significado, não apenas porque ele é tratado como sinônimo da exigência da razoabilidade, com o qual – como será demonstrado - não se identifica, mas porque ele ora significa exigência de racionalidade na decisão judicial, ora a limitação à violação de um direito fundamental, ora a limitação da pena à circunstância agravante ou necessidade de observância das prescrições legais, ora proibição de excesso da lei relativamente ao seu fim e ora é sinônimo de equivalência entre custo do serviço e a relativa taxa¹²².

¹²⁰ Ver a referência em Gilmar Ferreira MENDES. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 43 et seq.

¹²¹ Jorge MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional I*, p. 205

¹²² Humberto Bergamann ÁVILA. A Distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, p.152.

Em verdade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aplica a proporcionalidade no âmbito do denominado “substantive process of law”, aplicável a todos os atos estatais, e não somente ao princípio de legalidade ¹²³.

Ainda, na esteira das idéias de Humberto Ávila, a proporcionalidade é conceituada como um “postulado normativo aplicativo”, aplicável somente em situações em que há uma relação de causalidade, entre meio e fim, quando então será possível de se fazer o exame da adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito¹²⁴.

Nessas circunstâncias, a adequação, ou seja, as medidas restritivas legalmente previstas devem revelar-se aptas para atingir o fim visado pela lei; a necessidade, no sentido de que tais medidas devem mostrar-se necessárias, sem que os fins visados não possam ser obtidos de modo diverso; e proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, devem ser os meios e os fins obtidos vistos como uma

¹²³ Nesse sentido, o julgamento da ADIn nº 1.158-8, publicada na *Revista de Direito Administrativo*, p. 242 et seq. assim ementada: *A norma legal que concede a servidor inativo gratificação de férias correspondente a um terço (1/3) do valor da remuneração mensal ofende o critério da razoabilidade que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do ‘substantive due process of law’, como insuperável limitação ao poder normativo do Estado. Incide o legislador comum em desvio ético-jurídico quando concede a agentes estatais determinada vantagem pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente destituída de causa*

Do voto do relator, Ministro Celso de Mello, extrai-se o seguinte excerto: *Todos sabemos que a cláusula do devido processo legal – objeto de expressa programação pelo art. 5º, LIV, da Constituição – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só no aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável. A essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída de qualquer coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, operando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.*

¹²⁴ Humberto Bergmann.ÁVILA, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 112.

justa medida, respeitando-se o conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias. Sob essa perspectiva, a providência não deve ficar aquém, nem além do que importa para se obter o resultado devido¹²⁵.

Assim, sem a observância da proporcionalidade, não há a *devida* realização integral dos bens juridicamente resguardados¹²⁶. Enquanto instrumento de controle dos atos do Poder Público, a proporcionalidade desempenha importante papel na atividade sancionadora da Administração Pública.

Em um primeiro momento, pode-se adotar a proporcionalidade na dimensão própria do princípio da legalidade. Com efeito, há que se verificar a relação dos meios e fins quando da formação do tipo infracional, ou seja, a proporcionalidade vista *in abstracto*. É também o que o Eminentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, denominou de reserva legal proporcional, nos seguintes termos:

Essa nova orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (Gesetzesvorbehalt) no princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para a consecução dos objetivos

¹²⁵ *Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador*” Gilmar Ferreira MENDES. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 44. Para análise da proporcionalidade no Direito Alemão ver, por todos, Robert ALEXY, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 160 et seq.

Defende o jurista que, no caso de colisão de princípios, *la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del outro* Ibid. p. 160.

¹²⁶ Humberto Bergmann ÁVILA. A Distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, p.170

pretendidos (Geeignetheit) e a necessidade de sua utilização (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit)¹²⁷.

Quer dizer, a reserva legal proporcional, no âmbito da atividade administrativa sancionadora, impõe ao legislador o dever de tipificar as condutas ilícitas tendo em conta a legitimidade, a adequação e a necessidade dos meios utilizados para a perseguição de seus objetivos.

Reconhece-se, ainda, a distinção entre a legalidade penal e a legalidade administrativa, esta mais flexível, dada a dinâmica característica do Direito Administrativo, o que confere um maior espaço para o agir do administrador, quando o legislador vale-se de conceitos altamente indeterminados e das cláusulas gerais¹²⁸.

Neste caso, também a proporcionalidade é vista de forma distinta, *limitada pela relevância da finalidade da pena para sua estruturação e fixação [...] Ele apenas significa, na correta afirmação de ROXIN, a proibição de excesso na hipótese de duração da pena determinada de modo puramente preventivo*¹²⁹.

Na lição de Almiro do Couto e Silva, *No Estado de Direito há necessariamente a submissão de toda atividade pública à uma rede ou malha legal, cujo tecido não é, entretanto, homogêneo*. E complementa que *por vezes ela é composta de fios tão estreitos, que não deixa qualquer espaço aos órgãos e agentes*

¹²⁷ Ibid.,p.43.

¹²⁸ Neste sentido, Fábio Medina OSÓRIO. *Direito Administrativo Sancionador*, p.205.

¹²⁹ Humberto Bergmann ÁVILA. A Distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, p. 177/178.

*públicos que lhe 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*¹³⁰.

No caso das infrações administrativas, é possível afirmar que não incumbe ao administrador a caracterização da infração que, tal como sua respectiva sanção, devem estar previamente previstas em lei. O que não significa uma visão da Administração Pública meramente aplicadora da lei, que na expressão de Almiro do Couto e Silva seria uma visão *tão anacrônica e ultrapassada quanto a de que o direito seria apenas um limite para o administrador*¹³¹.

Afirma-se que este é um âmbito *cujos fios da malha legal encontram-se mais estreitos*¹³². Isto porque o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administradores, senão em virtude de lei¹³³.

Aqui surge a importância do reconhecimento de um certo grau de liberdade na atividade sancionadora da Administração Pública. A previsão dos tipos infracionais restringe-se ao legislador, que pode, todavia, se utilizar de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais na formulação da norma administrativa. Assim, *às autoridades encarregadas de aplicação das normas de Direito*

¹³⁰ Almiro do COUTO E SILVA. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. Conferência realizada na *XI Jornada Franco-Latino Americana de Direito Comparado*.

¹³¹ *Ibid.*, p.4.

¹³² *Na Administração Pública que se realiza exclusivamente sob as regras de Direito Público, como é o caso da chamada administração coercitiva, (a Eingriffsverwaltung, do direito alemão), a que se contrapõe a Administração prestadora de benefícios, a (Leistungsverwaltung) a vinculação à lei e a submissão ao princípio da legalidade são consideravelmente maiores e mais intensas do que as que se verificam quando a Administração Pública atua sob o comando de regras de Direito Privado.* *Ibid.* p.5

¹³³ José Afonso da SILVA. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p.423.

*Administrativo Sancionador é possível restringir a dureza das leis abstratas, interpretando-as em conformidade com a ordem constitucional*¹³⁴.

As cláusulas gerais:

constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando sua sistematização no ordenamento positivo¹³⁵.

Por sua vez, podem expressar *tanto determinada técnica legislativa em si mesma não-homogênea quanto certas normas jurídicas, devendo, nessa segunda acepção, ser entendidas pela expressão 'cláusula geral' as normas que contêm uma cláusula geral*¹³⁶.

Da mesma forma, nos conceitos jurídicos indeterminados pode-se ver *um alto grau de vagueza semântica e um reenvio a standards valorativos extra-sistemáticos*¹³⁷.

A expansão dos serviços públicos no denominado Estado Administrativo, conforme leciona Almiro do Couto e Silva, ocasionou o que o autor denominou de

¹³⁴ Fábio Medina OSÓRIO. *Direito Administrativo Sancionador*, p.200.

¹³⁵ Judith MARTINS-COSTA. *A Boa-fé no Direito Privado sistema e tópica no processo obrigacional*; p. 274. Reconhece a autora a transmutação do sistema das fontes e a criação de uma nova cultura do direito. Passou-se da idéia de um sistema fechado, de *leis claras, seguras, sistematicamente postas em códigos dominados fundamentalmente pela pretensão da plenitude da lei*" para um novo paradigma, de sistema aberto, cuja inspiração constitucional é farta de modelos abertos, "assumindo a lei características de concreção e individualidade que eram próprias dos negócios privados: não mais a lei como kanon abstrato e geral de certas ações, mas como resposta a específicos e determinados problemas

Por certo que as normas de direito administrativo não fugiram a esta transformação, dado o alto grau de vinculação da atividade administrativa à lei.

¹³⁶ Ibid., p.286

¹³⁷ Ibid., p. 325

crise do princípio da legalidade e refletiu na sua reformulação conceitual e trouxe à tona um importante aspecto a justificar a utilização de novas técnicas legislativas.

Com efeito, reconhece o autor que o Estado Contemporâneo passou a utilizar-se cada vez mais de cláusulas gerais, de conteúdo vago e elástico, e de conceitos jurídicos indeterminados em oposição aos conceitos classificatórios.

Ressalta então que:

Esses conceitos apresentam um núcleo de significação perfeitamente definido, de tal sorte que a aplicação desse núcleo e a respectiva subsunção do caso concreto se faz sem maiores dificuldades [...]. Conquanto, no plano estritamente lógico, não se cogite aí do poder discricionário do agente administrativo com competência para aplicar a norma, é irrecusável que, em termos prático, passa ele a gozar de uma área de decisão que torna semelhante os atos de aplicação desses conceitos aos exercícios do poder discricionário¹³⁸.

Conquanto se reconheça a possibilidade de utilização de novas técnicas legislativas, faz-se necessária a atribuição de um certo grau de previsibilidade e certeza ante o tipo infracional. Daí que se compartilha da crítica elaborada por Fábio Medina Osório no tocante ao artigo 161 da Lei nº 9.503/97 – Código Nacional de Trânsito, a cujo teor:

Constitui infração de trânsito a inobservância de qualquer preceito deste Código, da legislação complementar ou das resoluções do Contran, sendo o infrator sujeito às penalidades e medidas administrativas indicadas em cada artigo, além das punições previstas no Capítulo XIX. Parágrafo único. As infrações cometidas em relação às resoluções do Contran terão suas penalidades e medidas administrativas definidas nas próprias resoluções¹³⁹.

¹³⁸ Almiro do COUTO E SILVA. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo, *Revista de Direito Público*, nº 84, p.52.

¹³⁹ Disponível em: <http://www.senado.gov.br>.

Com efeito, tal norma delega de forma ilimitada e irrazoável a definição dos tipos infracionais à autoridade administrativa – “delegação em branco”. Conforme ressalta o autor, a integração da norma proibitiva deve ser feita, inevitavelmente, pelos órgãos administrativos. No entanto, a tipificação, bem como definição das sanções pela autoridade administrativa constitui flagrante ilegalidade, porquanto *não é possível uma lei sancionadora delegar, em sua totalidade, a função tipificatória à autoridade administrativa, pois isso equivaleria uma insuportável deterioração da normatividade legal sancionadora, violentando-se a garantia da legalidade*¹⁴⁰.

Ainda por analogia, uma tal delegação em branco não é permitida sequer no âmbito da lei delegada, uma vez que o art. 68, § 2º da Constituição da República diz que todo ato de delegação necessariamente *especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício*. Ora, se uma tal exigência se aplica nas delegações ao Chefe da Administração Pública, então, com maior razão ainda, no caso de delegações legislativas que “informalmente” outorgam competência normativa a órgãos secundários da Administração Pública, como é aquela do art. 161 do Código Nacional de Trânsito.

Já a utilização de tipos abertos, conforme supra referido, é passível de ser admitida na esfera do Direito Administrativo Sancionador. Tome-se como exemplo o artigo 70 da Lei nº 9.605/98, a cujo teor: *Considera-se infração ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente*¹⁴¹.

¹⁴⁰ Fábio Medina OSÓRIO. Direito Administrativo Sancionador, p. 218.

¹⁴¹ Disponível em: <http://www.senado.gov.br>.

Tal dispositivo legal é o único a conceituar, no âmbito da referida lei, o que se considera por infração administrativa ambiental. Após, o legislador limitou-se a determinar à autoridade competente, o procedimento e sanções aplicáveis. Quer dizer, há uma margem de liberdade significativa do agente público na caracterização da infração administrativa ambiental, que deve se valer de outras normas jurídicas a fim de verificar se houve ou não violação ao uso, gozo, promoção e proteção do meio-ambiente.

Ressalte-se, no entanto, que as sanções – limites mínimo e máximo - seguem previamente especificadas no referido diploma legal. Questiona-se, então, qual a natureza das regras jurídicas que violadas caracterizam a infração ambiental. O Decreto nº 3109, de 1999, elencou detalhadamente cada conduta lesiva ao meio-ambiente.

Diante desses dois exemplos, deve-se questionar sobre a existência do que a doutrina estrangeira denomina de “reserva de parlamento”. Jorge Miranda diferencia entre reserva legal absoluta e reserva legal relativa e *nos domínios naquela compreendidos, só a Assembléia pode fazer leis; nos domínios compreendidos nesta, pode o Governo também fazer decretos-leis, precedendo autorização legislativa e com subordinação ao sentido fixado nas correspondentes leis*¹⁴². Quer dizer, quando uma determinada matéria está submetida à reserva de parlamento, significa afirmar que o seu regramento não pode ser delegado a outro Poder, somente o Poder Legislativo pode, nesse caso, regular a matéria em questão utilizando-se dos instrumentos legislativos disponíveis. Por sua vez, no âmbito da

¹⁴² Jorge MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional IV*, p.376.

reserva legal, a matéria deve ser regulada originariamente por lei, não havendo óbice, contudo, à delegação da regulamentação da matéria por outros Poderes¹⁴³, tal como ocorre no artigo 161 do Código Nacional de Trânsito.

No artigo 68, § 1º, da Constituição da República, verifica-se que foi reconhecida uma reserva de parlamento, uma vez que ali estão explicitamente referidas as matérias que não podem ser objeto de delegação legislativa ao Chefe do Poder Executivo, com maior razão ainda poderiam ser delegáveis a órgãos secundários da Administração Pública.

Diz o inciso II que, dentre outras, não pode ser objeto de delegação a matéria relativa a “direitos individuais”. O artigo 5º, inciso II, da Constituição da República, já desde sua inserção automática, é uma dessas matérias relativas a direitos individuais.

Conclui-se, portanto, que em matéria de sanções administrativas o que há é uma reserva de parlamento ou reserva legal absoluta. A norma de trânsito supra referida está em desconformidade com as exigências formais que cercam a matéria, desde uma interpretação sistemática do artigo 68, § 1º, II, c/c artigo 5º, inciso II, da Constituição da República.

Por outro lado, a técnica utilizada pelo legislador, em matéria ambiental, está em plena conformidade com o ordenamento jurídico. A utilização dos tipos abertos

¹⁴³ Pertinente as palavras de Dietrich JESCH. *Ley y Administracion*, p 193 *Sólo dentro del ámbito de la reserva legal rige la tesis de la limitación en principio, del poder estatal: El Ejecutivo tiene que probar, apoyado en la ley, su legitimación para obrar. En este aspecto, los apoderamientos legales tienen carácter constitutivo. Sin ellos sería antijurídico dictar reglamentos.*

A utilização de regulamentos autônomos pelo Poder Executivo é matéria ampla e merece trabalho específico. Aqui o que se pretende esclarecer é a abrangência da reserva legal no tocante às infrações administrativas.

possibilita uma dinâmica e maior liberdade na caracterização das infrações administrativas, evitando, assim, que determinadas condutas lesivas restem excluídas do âmbito de aplicação da norma, se utilizados apenas os meios tradicionais de técnica legislativa, típicos do sistema fechado, idéia esta ultrapassada nos dias atuais. Restam, ainda, nesse contexto, identificáveis na própria norma legal formal aquilo que no texto do art. 68, §2º, da Constituição da República vem expresso como especificidade do *conteúdo e os termos de seu exercício*.

No entanto, o fato de se ter com isso uma ampliação da atuação do agente administrativo pode ensejar abusos da autoridade administrativa no exercício da função sancionadora, em detrimento dos direitos do administrado e do próprio Estado de Direito, *“que pressupõe a defesa de direitos humanos e aí é possível dizer que o princípio da proporcionalidade está ligado à vigência formal e material de um Estado de Direito”*¹⁴⁴.

Assim, é necessário uma análise tópica, caso a caso, quando o intérprete se deparar com a introdução, em normas legais, de delegações normativas “informais” à Administração Pública, mediante o uso de cláusula gerais e de conceitos jurídicos indeterminados.

Ainda no âmbito da proporcionalidade, é preciso destacar sua observância quando da aplicação das sanções previstas em legislação específica, sobretudo o tipo infracional administrativo.

¹⁴⁴ Jorge MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional IV*, p. 174.

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE-AgR (Agravo Regimental em Recurso Extraordinário) 191.363, in DJU de 11 de dezembro de 1988, *in verbis*:

Constitucional. Município: Competência: Imposição de multas: Veículos estacionados sobre calçadas, meios-fios, passeios, canteiros e áreas ajardinadas. Lei nº 10.328/87, do Município de São Paulo, SP. I. Competência do Município para proibir o estacionamento de veículos sobre calçadas, meios-fios, passeios, canteiros e áreas ajardinadas, impondo multa aos infratores. Lei nº 10.328/87, do Município de São Paulo, SP. Exercício de competência própria – CF/67, art. 15, II, CF/88, art. 30, I – que reflete exercício do poder de polícia do Município. II.- Agravo não provido¹⁴⁵.

Ainda, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação Cível nº 70005303698, Segunda Câmara Cível, Relatora Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza, assim ementado:

ADMINISTRATIVO. DIREITO DE PROPRIEDADE. DEVER LEGAL DE PAVIMENTAÇÃO DO PASSEIO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. MULTA. SANÇÃO COERCITIVA. INFRAÇÃO CONTINUADA. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

Havendo previsão legal, a Administração Pública pode valer-se da sanção pecuniária como meio coercitivo para obrigar o particular ao cumprimento de prestação positiva. Necessidade de formalização da ameaça da sanção mediante notificação e concessão do prazo para o cumprimento da conduta exigida pela lei. Hipótese em que a renitência no cumprimento levou à aplicação cumulativa de sanções aplicadas em obediência ao devido procedimento administrativo. Atos punitivos que atendem aos princípios da legalidade e da proporcionalidade¹⁴⁶.

Quer dizer, há que se reconhecer uma proporcionalidade na aplicação das sanções, que não podem exceder à valoração conferida à lesão ao bem jurídico tutelado. Ainda, salvo na hipótese de ausência de liberdade do administrador, entre o limite mínimo e máximo, as sanções administrativas devem guardar

¹⁴⁵ Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 12 dez 2005.

¹⁴⁶ Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 17 out 2005.

proporcionalidade à resposta penal conferida pelo ordenamento jurídico. Sempre que possível, dentro da margem de liberdade conferida pelo legislador, as sanções administrativas não devem guardar maior gravidade que as sanções penais¹⁴⁷.

3.1.3 Espécies de sanções administrativas

Antes de se adentrar a especificação das sanções administrativas, cumpre traçar uma breve distinção das denominadas medidas de polícia. Conforme se sustentou no presente trabalho, o Poder Sancionador, ainda que vinculado ao Poder de Polícia, deste é distinto, já que ele não se manifesta somente por meio da faculdade de condicionar e restringir o exercício de direitos individuais em prol da coletividade. As sanções administrativas, em um conceito restrito ao objeto de trabalho, significam um castigo, um mal imposto pela Administração Pública ao administrado em consequência do descumprimento da norma impositiva, a qual não somente ocorre no âmbito da polícia, mas também nos casos de exigência do cumprimento da função social e também no caso de proteção a interesses difusos¹⁴⁸.

Assim, as medidas de polícia:

¹⁴⁷ Sob este ponto de vista, Fábio Medina OSÓRIO sustenta que há um amplo campo de liberdade legislativa, posição a qual se adota. *Direito Administrativo Sancionador*, p.193.

No entanto, nada impede que, observados os limites legais, seja guardada a devida proporção entre as sanções penais e administrativas.

¹⁴⁸ Este conceito é mais detalhado por Fábio Medina OSÓRIO, que inclui no pólo ativo os particulares no exercício da função pública e o Judiciário e, no pólo passivo, os agentes públicos sujeitos às sanções disciplinares. *Ibid.*, p.80.

principiam, geralmente, com a multa e se escalonam em penalidades mais graves como a interdição de atividade, o fechamento de estabelecimento, a demolição de construção, o embargo administrativo de obra, a destruição de objetos, a inutilização de gêneros, a proibição de fabricação ou comércio de certos produtos, a vedação de localização de indústria ou de comércio em determinadas zonas[...]¹⁴⁹

ou seja, corporificam toda a regulação necessária à defesa da moral, saúde, e segurança.

Daí que só parcialmente se aproximam as medidas de polícia e as sanções administrativas, às quais se atribui um caráter aflitivo, que significa *uma privação de direitos preexistentes ou imposição de obrigações originais aos imputados, com conteúdo intimidatório e repressivo*¹⁵⁰.

Cumpre, portanto, referir as sanções administrativas mais comuns previstas em diversos diplomas legais. Não se pretende esgotar todas as possibilidades, porquanto é matéria prevista em legislação esparsa, surgindo espécies distintas. ENTERRÍA e FERNANDEZ, por exemplo, sustentam que as sanções administrativas disciplinares são tipicamente de privações de direitos não pessoais ou funcionais, enquanto as sanções de proteção da ordem geral têm como medida sancionadora por excelência a multa¹⁵¹. Esta tem caráter punitivo e inclusive é espécie de sanção desprovida do atributo de auto-executoriedade.

Quer dizer, a exigência dos valores pecuniários, ocorrendo a resistência do administrado, dá-se por meio da execução judicial, por procedimento específico previsto na Lei n° 6. 830/80, a Lei de Execuções Fiscais que, aliás, é resultado

¹⁴⁹ Hely Lopes MEIRELLES. *Direito Administrativo Brasileiro*, p.123.

¹⁵⁰ Fábio Medina OSÓRIO. *Direito Administrativo Sancionador*, p.81.

¹⁵¹ Eduardo García de ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Direito Administrativo*, p.908.

exatamente da vedação, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de auto-executoriedade das sanções pecuniárias.

A denominada multa administrativa não se confunde com a multa penal. Tal distinção foi estabelecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de que é exemplo o julgamento do Habeas Corpus 62196/MG, Rel. Ministro Rafael Mayer, in DJU de 15 de março de 1985, p. 3137, *in verbis*:

DIREÇÃO DE VEÍCULO SEM HABILITAÇÃO.
CONTRAVENÇÃO (ART. 32 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES).
ILÍCITO ADMINISTRATIVO (ART. 89, I, DO CTN).
INOCORRÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE E DE
CONSEQÜENTE REVOGAÇÃO.

Enquanto a multa prevista no art. 89, I, do CNT tem caráter administrativo e é aplicada pela Administração como manifestação do exercício do seu Poder de Polícia, a multa prevista no art. 32 da Lei das Contravenções tem caráter de pena, somente aplicável pelo Poder Judiciário, como repressão à conduta de perigo à incolumidade pública, bem jurídico protegido pela Lei Penal, sem que entre ambas as normas ocorra a incompatibilidade causante de revogação nem sua aplicabilidade resulte *bi in idem*. Habeas Corpus denegado¹⁵².

Daí que as demais medidas previstas em legislações esparsas e comumente conceituadas como sanções administrativas são, em verdade, medidas de polícia, ainda que conectadas ao cometimento de um fato ilícito. Não há, no entanto, um caráter punitivo, mas restritivo, decorrente de uma intervenção.

A linha comum entre as sanções administrativas e as medidas de polícia está no fato de que à competência de intervenção deve estar aliada a de punição. Neste contexto, a sanção administrativa exerce um papel instrumental na perseguição de um determinado objetivo público.

¹⁵² Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 nov 2005.

Assim, a interdição ou suspensão das atividades é medida decorrente do poder de polícia da Administração Pública, em razão da necessidade, em favor do interesse público, de impor-se restrições ou limitações ao exercício de determinadas atividades. O descumprimento daquilo que se pode chamar de condições impostas pelo administrador pode acarretar a aplicação de sanções dessa espécie.

Ainda, espécie que causa grande confusão é a pena de perdimento ou a apreensão dos bens. Por meio de tal medida, a autoridade administrativa apreende e inutiliza os bens produtos da conduta ilícita ou utilizados na prática da infração. A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, prevê como punição à infração administrativa, *apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração*¹⁵³.

Nesse caso, referida sanção tem dupla finalidade: a primeira, de materialização do ilícito; a segunda, como pena, aplicada como consequência da atividade sancionadora da Administração Pública¹⁵⁴. Não se compartilha desta opinião. Conquanto ligada à prática de um ilícito, trata-se de medida tipicamente de polícia, dotada de auto-executoriedade, não se caracterizando como sanção administrativa.

Ainda, é privativa da jurisdição penal a aplicação de pena restritiva de liberdade, salvo nas hipóteses expressamente previstas pela Constituição da República. Assim, a pena de prisão somente é admitida pelo ordenamento

¹⁵³ Art. 72, inciso IV, Lei nº 9.605/98. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>.

¹⁵⁴ Esta é a opinião de Marcos de Lima PORTA. A apreensão de bens por infração administrativa ambiental. In FREITAS, Vladimir Passos de (org). *Direito Ambiental em evolução 2*.

constitucional vigente em caso de flagrante delito ou ordem escrita da autoridade judiciária competente, bem como nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar (artigo 5º, inciso LXI) ou ainda, a prisão civil do inadimplente em obrigação alimentícia ou depositário infiel (artigo 5º, inciso LXVII).

É vedada, portanto, a prisão decretada pela autoridade administrativa. Tal situação foi admitida no ordenamento jurídico brasileiro antes do advento da Constituição da República de 1988. Com a vigência da Constituição atual, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a reconhecer a ilegalidade da prisão decretada pela autoridade administrativa. Neste sentido, o julgamento do RHC 66905/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves, in DJU 10.02.1989, p. 383, assim ementado:

HABEAS CORPUS. PRISÃO ADMINISTRATIVA. RECURSO ORDINÁRIO. Tendo em vista que posteriormente à prolação do acórdão recorrido entrou em vigor a nova Constituição, em virtude da qual – por força do disposto no inciso LXI do artigo 5 (‘ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei’) – deixou de ser permitida, e que, segundo as informações suplementares colhidas, existe contra o ora recorrente mandado para que se efetive a prisão administrativa decretada antes da vigência do mencionado texto constitucional, concede-se ‘habeas corpus’ de ofício ao ora recorrente, para que se torne sem efeito esse mandado. Recurso ordinário que julga prejudicado pela concessão, de ofício, do ‘habeas corpus’.¹⁵⁵

Analisada a estrutura da atividade administrativa, cumpre traçar algumas linhas no tocante ao procedimento de aplicação das sanções administrativas.

¹⁵⁵ Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em : 12 nov.2005.

3.2 Aplicação da sanção administrativa

A aplicação da sanção administrativa sofreu transformações ao longo do tempo ante a necessidade de observância das garantias, cada vez mais amplas, do cidadão frente à Administração Pública. Primeiramente, sob a influência do direito administrativo francês, dotou-se a atividade administrativa de ampla liberdade para seu desenvolvimento. Logo após, foram sendo impostas restrições e priorizada a ótica do administrado enquanto destinatário do agir da Administração Pública, sob a influência dos direitos administrativo inglês e norte-americano, os quais originariamente desconheciam privilégios ou prerrogativas de auto-execução dos atos pela Administração Pública frente aos administrados: também ela deveria socorrer-se da execução judicial perante os administrados.

3.2.1 Teoria tradicional

O Direito Administrativo brasileiro teve por base a doutrina francesa, que influenciou, sobretudo, a atividade administrativa sancionadora, diante da tentativa de adoção do modelo francês de dualidade de jurisdição. Conforme visto acima, como consequência da Revolução Francesa tem-se a idéia de que o julgamento da atividade administrativa deveria submeter-se à própria Administração Pública. Para tanto, desenvolveu-se uma malha legislativa capaz de harmonizar a jurisdição administrativa independente e sem intervenções do Poder Judiciário. Daí a afirmação de que *foi o juiz administrativo que, num segundo momento, qual pretor*

*na velha Roma, foi paulatinamente criando as regras jurídicas necessárias ao funcionamento da Administração Pública*¹⁵⁶.

Assim, a vedação ao Poder Judiciário de analisar os atos administrativos dotou-os, por necessidade lógica, dos atributos da presunção de legitimidade, imperatividade e auto-executoriedade. A presunção *juris tantum* de legitimidade consiste em admitir que os atos emanados da autoridade administrativa foram praticados em consonância com o ordenamento jurídico vigente, cabendo então ao particular a prova da ilegitimidade ou ilegalidade do ato. É uma presunção de que o administrador faz bom uso de seu poder legalmente atribuído.

A imperatividade permite à Administração Pública a imposição unilateral de condutas ao administrado, a despeito de sua vontade, já que os efeitos do ato, em regra, estão previstos em lei, independentemente do consentimento do particular. Ainda, o consentimento do particular, quando necessário, não retira o atributo da imperatividade, porquanto é simples condição de eficácia. Os atos administrativos são imperativos porquanto resultam da soberania do Estado.

A auto-executoriedade, por sua vez, decorre dessa imperatividade do não cumprimento da exigência de um ato pelo administrado, possibilitando a execução direta e imediata das decisões administrativas pela própria Administração. Conforme leciona Alceu Di Nardo:

À Administração assiste, por exigência mesma de sua função, o que se convencionou chamar o privilégio da execução prévia, totalmente justificado, desde que, na realização e na fiscalização de interesses gerais, não pode ela ficar em situação e em condição de igualdade com os interesses

¹⁵⁶ Maria João ESTORNINHO. *Requiem pelo contrato administrativo*, p.25.

privados, sob pena de se tornar incapaz e ineficaz para a consecução, sem delongas, de sua própria finalidade¹⁵⁷.

As medidas de polícia, por exemplo, impostas pelo Poder Público, não carecem de prévia manifestação judicial, porquanto a Administração Pública pode, imediatamente e por si mesma, realizar as normas jurídicas na sua esfera de atividade, sem necessidade de prévio pronunciamento da Justiça.

Aliás, nestas circunstâncias, ao Poder Judiciário é vedada a intervenção. Com efeito, o juiz:

não poderá proibir ou evitar que a Administração dite um ato executório, ou – com uma exceção muito singular que depois referiremos – privar a tal ato de executoriedade, ou interferir a execução forçosa do mesmo, ou paralisar a atuação administrativa e nem sequer pronunciar-se sobre o conteúdo eventual de uma relação antes que a Administração o tenha executoriamente declarado¹⁵⁸.

Nesse sentido, o voto do Ministro Maurício Corrêa, no julgamento do MS nº 24.182-9/DF, julgado em 12 de fevereiro de 2004, *in verbis*:

É verdade que tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm entendido que certos atos são próprios do poder administrativo, na execução dos quais é irrecusável a auto-executoriedade, com como os decorrentes do poder de polícia. Há, porém, determinados atos 'que lhe [à Administração Pública] são impróprios e, por isso mesmo, dependentes da intervenção de outro poder, como ocorre com a cobrança contenciosa de uma multa, que em hipótese alguma poderia ficar a cargo exclusivo dos órgãos administrativos' (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 23ª ed., Ed. Malheiros, SP, p. 142)¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Alceu DI NARDO. Auto-executoriedade do ato de polícia. *Revista de Direito Público*, n. 18, p. 187.

¹⁵⁸ Eduardo García de ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Direito Administrativo*, p. 438.

¹⁵⁹ Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 nov.2005..

Estes atributos, típicos dos atos do Poder Público e sem correspondência com os atos regidos pelo direito privado, sob a ótica da Administração Pública, viabilizam sua atividade e a finalidade a que se destina. No entanto, sob a ótica do administrado, representam uma insegurança, submetendo-os a eventuais distorções e abusos de poder.

Por outro lado, para a doutrina administrativa francesa, de onde se extrai a base da unilateralidade da atividade administrativa:

Pensar apenas na perspectiva da garantia da posição jurídica do cidadão no confronto com a Administração significa votar ao esquecimento a outra face do problema, constituída pela vontade – de peso igual e de sentido contrário – de subtrair os litígios da Administração ao juiz comum¹⁶⁰.

Este foi o pensamento dominante até meados do século XIX. À Administração Pública permitia-se editar os atos administrativos enquanto não surgiam óbices impostos pelo administrado, independentemente da observância das garantias típicas do processo judicial – ampla defesa e contraditório, por exemplo. Não se falava em violação às garantias do cidadão e apenas em casos de explícita ilegalidade se recorria ao Poder Judiciário. Direito Administrativo e Direito Constitucional não se comunicavam, portanto, nesse âmbito.

No entanto, paulatinamente, o atributo típico da unilateralidade tem sido limitado pelo reconhecimento, também no âmbito do direito administrativo, de garantias do administrado, antes reconhecidas apenas aos litigantes em processo judicial. Inclusive na França, onde vigora o atributo da unilateralidade do ato administrativo, sob a influência do direito americano passou-se a reconhecer

¹⁶⁰ Maria João ESTORNINHO. *Requiem pelo contrato administrativo*, p. 25.

garantias procedimentais no âmbito administrativo, sobretudo no que se refere à atividade sancionadora, ainda que se mostre resistente às limitações que tal reconhecimento impõe ao administrador, conforme se extrai da seguinte afirmação de Franck Moderne: *La présomption d'innocence ne saurait faire obstacle au caractère exécutoire des décisions administratives*¹⁶¹.

No Brasil, a Constituição da República de 1988 reconhece expressamente “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;”¹⁶² (artigo 5º, inciso LV). Ocorreu, em verdade, uma mudança da base dogmático jurídico-administrativa brasileira, que passou a receber influências do direito americano, “judicializando”, então, o agir do administrador, o que se passa a analisar a seguir.

3.2.2 Teoria Americana

A Lei Americana de Procedimento Administrativo – Federal Administrative Procedure Act – data de 1946 e é reconhecidamente uma das legislações pioneiras a tratar de direitos do administrados na aplicação de sanções. Ela regulamenta o procedimento das denominadas *regulatory agencies* e prevê o *due processe of law* em sentido adjetivo na aplicação das sanções. Da análise do procedimento ali

¹⁶¹ MODERNE, Idem, p. 300.

¹⁶² BRASIL, Constituição (1988). Op.cit. [NR 59]

previsto extrai-se *toutes les garanties que caractérisent les droits de la défense qu'une longue pratique de judicial review a permis d'affirmer progressivement*¹⁶³.

No direito americano, a aplicação das sanções administrativas é precedida de um procedimento que respeita as garantias processuais típicas do processo judicial. Sob esta influência, pode-se notar profundas alterações, a se manifestarem ao longo do presente tempo, no direito administrativo brasileiro.

Iniciando-se pela Constituição da República, artigo 5º, inciso LV, que prevê a ampla defesa e o contraditório no âmbito administrativo e judicial, o legislador federal brasileiro editou a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o procedimento administrativo federal e em seu artigo 1º dispõe que *Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.* A teor do artigo 68 do referido diploma legal: *As sanções, a serem aplicadas por autoridade competente, terão natureza pecuniária ou consistirão em obrigação de fazer ou não fazer, assegurado sempre o direito de defesa*¹⁶⁴. Vê-se, assim, claramente, que o respeito a um devido processo legal em sentido adjetivo é requisito inerente à prévia cominação da sanção.

Passou-se, então, a reconhecer, por meio de inúmeras legislações e de decisões judiciais, que os atos administrativos, mormente os sancionatórios, para que se presumam legítimos, devem ser acompanhadas de um procedimento que

¹⁶³ Franck MODERNE. *Sanctions Administratives et Justice Constitutionnelle*, p.303.

¹⁶⁴ Disponível em <http://www.senado.gov.br>.

garanta ao administrado a ampla defesa e o contraditório bem como de uma decisão fundamentada, tal como exigido nas questões submetidas ao crivo do Poder Judiciário.

A cominação da sanção, para ser legítima, não basta advir de um sujeito competente, agindo no exercício de suas atribuições legais e em consonância com a ordem jurídica. É necessário observar as garantias do devido processo legal administrativo, sob pena de se declarar sua nulidade. Isto é, a unilateralidade e a auto-executoriedade, típicos atributos do ato administrativo, vêm sendo relativizadas pela exigência do devido processo legal em sentido adjetivo.

Em França, o reconhecimento das garantias do devido processo adjetivo no processo administrativo decorreu, dentre outras razões, da necessidade irrestrita de se evitar a interferência do Poder Judiciário nas decisões administrativas. No entanto, tal fenômeno, além da difusão das idéias de proteção da dignidade humana e dos direitos fundamentais, no âmbito da atividade sancionatória pode ser atribuído, em especial sobretudo, ao fato de que determinadas condutas violadoras, antes abrangidas pelo Direito Penal, foram delegadas à apreciação administrativa, conforme já exposto.

É o que se costuma denominar de “despenalização” das infrações, influenciando, assim, o procedimento de aplicação das sanções pela Administração Pública. Com efeito:

El problema actual no es el de la existencia de la potestad administrativa sancionadora, y ni siquiera el de su justificación, sino mucho más sencillamente el de su juridificación. No se trata ya (en otras palabras) de devolver a los Jueces potestades indebidamente detentadas por la Administración sino conseguir que ésta ofrezca en su ejercicio las mismas garantías que los Jueces y procesos penales. Y

así, la despenalización de las materias se corresponde con una jurisdiccionalización de los procedimientos y garantías¹⁶⁵.

Desse modo, o reconhecimento das garantias processuais típicas da atividade jurisdicional, em última análise, significou a imposição de limites para o exercício da competência administrativa, que passou a ser realizado mediante um processo administrativo, com finalidade e forma judiciais. Como consequência, a *tensão da produção do ato administrativo unilateral, impessoal e editado no desempenho de poder incontestável, passou a ser concebida e explicada como uma relação, que é formalizada para cumprir um fim superior e exterior ao seu autor*¹⁶⁶.

Como recente exemplo, pode-se citar a Súmula nº 127 do Superior Tribunal de Justiça a cujo teor É ilegal condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento de multa, da qual o infrator não foi notificado¹⁶⁷.

Ainda, no tocante ao procedimento de aplicação das sanções de trânsito, os Tribunais Superiores passaram a reconhecer como ilegal a aplicação das multas de trânsito que não observasse o devido processo legal, culminando na edição da Súmula 312 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual *No processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações de autuação e da aplicação da pena decorrente da infração*¹⁶⁸. Neste caso, tanto o legislador – há expressa previsão no Código Nacional de Trânsito, Lei nº 9.503/97,

¹⁶⁵ Alejandro NIETO. *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 89.

¹⁶⁶ Cármem Lúcia Antunes ROCHA. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, n. 209, p. 200.

¹⁶⁷ Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 02 dez. 2005.

¹⁶⁸ Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 02.dez 2005.

nos artigos 280 e seguintes- quanto o Judiciário reconheceram a necessidade de um procedimento a ser seguido pelo administrador antes da aplicação de sanções de trânsito, cujos reflexos podem ser sentidos no patrimônio do administrado e também em sua liberdade de locomoção e, em determinados casos, no livre exercício profissional, ante a possibilidade de cassação da licença de dirigir veículos automotores.

Nessa perspectiva, o voto do Ministro – Relator Luiz Fux no julgamento do Recurso Especial 667603 – CE, Primeira Turma, a cujo teor:

A ampla defesa, constitucionalmente reconhecida, traduz a exigência de que o exercício do poder jurídico-público se realize de maneira justa, implicando para o Administrado o direito de conhecer os fatos e fundamentos invocados pela Autoridade, o direito de ser ouvido e de contrapor-se às alegações do adversário. Deveras, esse postulado da ampla defesa, ou do direito de audiência, configura direito à participação procedimental, assegurando ao administrado, na maior extensão possível, a oportunidade do seu exercício pleno, com produção de provas e apresentação de alegações que lhe favoreçam.

Traçadas as breves linhas quanto às modificações introduzidas no processo de aplicação da sanção administrativa, é possível adentrar a última parte do presente trabalho, quando se pretende demonstrar a necessidade da averiguação da culpabilidade do agente na prática da sanção administrativa também como decorrência da judicialização do processo administrativo.

4 A CULPABILIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

4.1 Os modelos de responsabilidade no direito brasileiro e seus reflexos no ordenamento jurídico

A noção de responsabilidade remonta ao Direito Romano. Conquanto inexistisse, na época, a palavra responsabilidade, que somente veio a ser utilizada na Idade Média, não se negava a existência de um sistema de reparação ou de repressão dos delitos civis e penais, que repousavam na idéia de justiça enquanto equilíbrio¹⁶⁹.

Nesse contexto, a idéia de culpa diferenciava-se dos conceitos hoje difundidos, não se configurando um elemento necessário para a responsabilidade. Com efeito, *la cause véritable, essentielle de l'obligation – si notre analyse est exacte – c'est toujours le désordre jeté dans une relation entre plusieurs personnes, et la réaction de la justice (sinon seulement 'commutative') corrective et réparatrice*¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Michel VILLEY. Esquisse historique sur le mot responsable. *Archives de Philosophie du Droit*, n. 22, p.49. Assim ressalta o autor que “*La leit-motiv du régime romain de réparation des dommages n'est pas la faute, mais la défense d'une juste répartition entre les biens répartis entre les familles, d'un juste équilibre*”.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p.51.

No entanto, a adoção do conceito de responsabilidade substitui a justiça do Direito Romano, passando-se ao dogma de que *l'homme 'obligé' de tenir un certaine conduite en sera déclaré responsable*¹⁷¹.

Atribuindo à moral o conteúdo da responsabilidade, Michel Villey diferencia a responsabilidade civil da responsabilidade penal quando afirma que, para esta última, a conduta deve ser imputada a um indivíduo que disponha de suas faculdades mentais para que se justifique a imposição de uma pena, enquanto, para a primeira, tal requisito seria dispensável.¹⁷²

Não resta dúvida que, atualmente, a responsabilidade, tanto civil, administrativa ou criminal, possuem os mesmos elementos necessários para que se configurem. A conduta, o resultado e o nexo de causalidade são os mesmos elementos. Da mesma forma, a tipicidade, que transforma a relevância jurídica da conduta humana, “*confere um colorido jurídico para a conduta humana*”,¹⁷³ é exigida tanto pelo Direito Penal, quanto pelo Direito Administrativo e Civil.

Conforme afirma Ricardo Lorenzetti:

a ilicitude corresponde a uma unidade sistemática. Em consequência disso, a antijuridicidade, a imputabilidade, o nexo causal e o dano são pressupostos aplicáveis aos casos que surgem no âmbito contratual, aquiliano, público ou privado. Esta unicidade se refere à independência da causa, origem do crédito: qualquer que seja a causa, se aplicam os mesmo princípios¹⁷⁴.

¹⁷¹ Ibid., p.55.

¹⁷² Ibid., p.55 et seq.

¹⁷³ Esta expressão é de René Ariel DOTTI. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*.

¹⁷⁴ Ricardo LORENZETTI. *Fundamentos do direito privado*, p.50.

Sob essa ótica, pretende-se demonstrar que também a culpabilidade do agente é comum a todos os modelos de responsabilidade. Antes, contudo, faz-se necessário traçar algumas considerações no tocante aos modelos de responsabilidade.

4.1.1 Responsabilidade Subjetiva

O tema da responsabilidade subjetiva encontra maior desenvolvimento teórico no âmbito da responsabilidade civil. Isto porque, ante a adoção, pelo Código Penal Brasileiro, da teoria finalista de Hans Welzel, o elemento subjetivo do agente encontra-se, nesse caso, inserido no tipo, sendo que sua ausência acarreta a atipicidade da conduta. Quer dizer, o dolo e a culpa são elementos necessários para configurar a conduta, não restando maiores discussões quando à adoção do modelo de responsabilidade penal subjetiva.

No âmbito do Direito Público, o legislador tributário adotou o elemento subjetivo como pressuposto necessário de imposição de penalidades ao contribuinte, conforme se lê dos artigos 155, inciso I, do Código Tributário Nacional. No entanto, acredita-se que um estudo mais profundo do que significa o elemento culpa, enquanto pressuposto da responsabilidade, deve ser feito no próprio Direito Privado.

No Direito Romano, conforme já afirmado, a idéia de culpa era precária, não configurando elemento da aferição da responsabilidade, sem se negar, porém, ser a concepção do direito justinianeus, mais evoluída do que a Lei Aquilia, origem comum

das atuais legislações fundadas na culpa e, longe, ainda, da moderna concepção do instituto¹⁷⁵.

Foi dessa origem que se caminhou para a teoria tradicional da culpa, firmando-se o dogma jusracionalista de que não poderia haver responsabilidade sem culpa. Essa teoria resistiu às mais duras transformações sociais, sendo transmitida pelos civilistas de século em século. A vítima deveria primeiro provar que sofrera um dano, depois, que o autor do dano cometera um delito ou ilícito e, por fim, a relação entre estes dois fatores, ou seja, o nexó de causalidade entre o dano e o delito ou ilícito.

Tais exigências foram tornando o ônus da prova da responsabilidade civil de difícil cumprimento. E um direito só é efetivo quando a sua realização, a sua aplicabilidade é assegurada: não ter direito ou, tendo-o, ficar na impossibilidade de fazê-lo triunfar, são uma coisa só¹⁷⁶.

Fez-se necessário ampliar os estreitos limites impostos pela teoria da culpa, não só pela dificuldade de sua comprovação, mas pelo desenvolvimento que sofre a civilização, em que as relações sociais foram tomando formas cada vez mais complexas, tornando-se inevitável um maior conflito de interesses. Nesse contexto, o Direito, através de seus institutos, deve apresentar respostas satisfatórias aos indivíduos envolvidos e à sociedade como um todo.

A culpa como fundamento da responsabilidade civil mostrou-se tantas vezes inadequada porque inalcançável pela prova - as limitações que impunha causaram

¹⁷⁵ José de AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade civil*, p.47.

¹⁷⁶ Louis JOSSERRAND. Evolução da responsabilidade civil, *Revista Forense*, n.86, p.555.

com isso flagrantes injustiças¹⁷⁷. Buscou-se, então, teorias intermediárias, que abrandassem o dogma da culpa, sem, todavia, abandoná-lo, como a teoria do abuso de direito e da culpa negativa¹⁷⁸.

Mas foi na teoria do risco que a doutrina encontrou os novos fundamentos da responsabilidade civil, definindo como responsável aquele que materialmente causou o dano. O risco poderia ser tanto integral, como o denominado risco proveito, em que seria responsável aquele que tirasse proveito da atividade danosa.¹⁷⁹

Tornou-se, então, viável responsabilizar o sujeito do ato que causou prejuízo, não só pelos atos culposos, mas pelos atos que pura e simplesmente causarem um dano a outrem.

Foi nas idéias de Saleilles que esta teoria desenvolveu-se no Direito Civil. Nas palavras de Josserrand, quem cria um risco deve suportar a efetivação dele. Assim, o ponto de vista objetivo toma o lugar do ponto de vista subjetivo, e o risco toma o lugar da culpa, essa espécie de pecado jurídico¹⁸⁰. Quer dizer, se alguém exercita uma atividade criadora de perigos especiais, pode responder pelos danos que vier a ocasionar, sendo tal ônus uma contrapartida das vantagens que tira do exercício da atividade e o dever de indenizar resultado da conduta perigosa¹⁸¹.

¹⁷⁷ Neste sentido, ver Judith MARTINS-COSTA. Os fundamentos da responsabilidade civil, *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, p.43.

¹⁷⁸ Louis JOSSERRAND. Evolução da responsabilidade civil, *Revista Forense*, n.86, p. 546-548.

¹⁷⁹ A doutrina também classifica outras teorias, como a do risco excepcional, onde o dano é proveniente de uma atividade que escapa ao comum, o risco profissional e o risco criado, que diz respeito à criação de um perigo no exercício da profissão. Ver Sérgio CAVALIERI FILHO. *Programa de Responsabilidade Civil*.

¹⁸⁰ Louis JOSSERRAND. Evolução da responsabilidade civil, *Revista Forense*, n.86, p.559.

¹⁸¹ Mário Júlio de ALMEIDA COSTA. *Direito das obrigações*, p. 405.

A teoria da culpa porém continua a regra na legislação de diversos países, inclusive no Brasil, consagrada no art. 186 do Código Civil, verdadeira cláusula geral da responsabilidade civil¹⁸². No entanto, as transformações da sociedade contemporânea alteraram o panorama da responsabilidade civil, encaminhando-se para uma idéia de responsabilidade sem culpa.

4.1.2 Responsabilidade Objetiva – O Modelo “Pós-Moderno”

A teoria da responsabilidade objetiva passou a se desenvolver ante o surgimento de novas formas de conflitos de interesses, que abandonam o plano individual e passam ao plano das relações coletivas. Contudo, algumas opções legislativas há muito consagram o modelo de responsabilidade civil objetiva no ordenamento jurídico brasileiro¹⁸³. Tal se vislumbra quando legislador confere maior valor à conduta do que ao resultado. Dito de outro modo, interessa mais à proteção pelo Direito o ressarcimento do dano causado à vítima do que tutelar o modo (culposos) da causação desse dano pelo agressor. Não há dúvida, porém, que é com a tutela desses novos interesses que os conceitos de dano e nexo de causalidade sofrem profundas alterações.

¹⁸² Art. 186. *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.* Antonio Luiz de Toledo PINTO et al. (org.). BRASIL. *Código Civil*. Sobre cláusulas gerais ver por todos Judith MARTINS-COSTA. *A Boa-fé no Direito Privado sistema e tópica no processo obrigacional*.

¹⁸³ Apenas como exemplo pode-se citar o artigo 1.529 do Código Civil de 1916, com a atual redação conferida ao artigo 938 do Código Civil de 2000: *Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em local indevido.* Ibid.

O critério do legislador civil é objetivo, respondendo o proprietário independentemente da aferição de culpa.

O dano, antes ligado apenas à idéia de lesão patrimonial, passou a tutelar interesses diversos, abrindo espaço à tutela da intimidade e, em última análise, tutela de direitos pessoais, antes nem cogitados e considerados uma categoria em construção¹⁸⁴. Ainda, a noção de indivíduo caminhou para a proteção da coletividade, em crescente desenvolvimento em razão dos direitos coletivos, sobretudo no âmbito do meio-ambiente e do consumidor. As legislações contemporâneas passaram a adotar o modelo de responsabilidade objetiva como exceção à regra geral da responsabilidade aquiliana.

Em razão disso, também o conceito de nexos causal sofreu algumas transformações, primeiramente desenvolvido no âmbito penal, em que a teoria da causalidade interrogava a existência de um vínculo de conhecimento entre a ação do agente e o resultado por ele produzido¹⁸⁵. O nexos causal tornou-se elemento essencial para a caracterização da responsabilidade. Antes liame necessário entre o elemento subjetivo do agente e o dano causado, o nexos causal, com a adoção das teorias da responsabilidade objetiva, passou a ser uma relação de causa e efeito entre o ato e o dano, gerando um dever de indenizar¹⁸⁶.

Tal se deve, sobretudo, em razão das dificuldades de ordem probatória no reconhecimento do autor da lesão aos novos direitos tutelados. Mostra-se, portanto,

¹⁸⁴ Nesse sentido, Judith MARTINS-COSTA. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*.

¹⁸⁵ Diversas são as teorias que procuram explicar o nexos de causalidade, destacando-se, entre elas, a teoria da equivalência ou da *conditio sine qua nom* e a teoria da causalidade adequada. Ver, entre todos, Lourival VILANOVA. *Causalidade e relação no direito*.

¹⁸⁶ Ver sobre o tema, Clóvis do COUTO E SILVA. Dever de Indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, p.195. Ainda, Lourival VILANOVA destaca que a causalidade pretende relacionar o sistema social e o sistema normativo, afirmando que para se ter causalidade jurídica é preciso a relação triangular entre norma, fato e eficácia. *Ibid.*, p.31.

mais eficaz para fins de responsabilização, a vinculação causal do ato ou fato com o dano do que a análise da conduta e o liame subjetivo com o resultado danoso obtido¹⁸⁷.

Note-se que a responsabilidade objetiva não é matéria estranha sequer ao Direito Penal, ainda que refutada pela legislação vigente. Reconhecendo a necessidade de dolo ou culpa para a configuração da responsabilidade penal, Juan Córdoba Roda preceitua que:

Esta primera exigencia es incumplida por aquellos preceptos del Código Penal y de la legislación especial, que admiten una responsabilidad penal en los supuestos de preterintencionalidad y de cualificación por el resultado, y que son, por ello, merecedores de severa censura¹⁸⁸.

Ainda que se considere uma teoria em crescimento, a adoção da responsabilidade objetiva é exceção à regra da responsabilidade subjetiva, situação que se reflete em todas as disciplinas aqui referidas. Não há dúvida que as alterações no panorama da responsabilidade civil, sobretudo, incidem também na responsabilidade administrativa. Pode-se dizer, inclusive, que o Direito Administrativo Sancionador tende à adoção de uma responsabilidade objetiva, conforme é possível se depreender dos diplomas legislativos recentes.

¹⁸⁷ Dificuldade desta ordem pode ser vista de forma evidente em matéria de responsabilidade civil ambiental. Com efeito, o dano ambiental pode ser resultado de várias causas, concorrentes, sucessivas ou simultâneas, tornando-se problemática a relação de causa e efeito. Tal fenômeno é denominado de causalidade complexa, e alguns doutrinadores chegam a atribuir ao Direito Ambiental o “*império da dispersão do nexa causal*”. Neste sentido, ver Antônio Herman Vasconcellos BENJAMIN. Responsabilidade civil pelo dano ambiental, *Revista de Direito Ambiental*, nº 9.

¹⁸⁸ *Culpabilidad y pena*, p. 19. Exemplo de crime qualificado pelo resultado está previsto no artigo 127 do Código Penal, que tipifica o aborto do qual resulte lesão ou morte da gestante. Nessa hipótese, em que o resultado agrava a responsabilidade penal, defende o autor a necessidade de o aplicador da lei limitar os efeitos desta previsão legal tendo em conta o requisito da culpabilidade.

Mas pretende-se demonstrar que, tal como no âmbito da responsabilidade penal e da responsabilidade civil, a responsabilidade administrativa, em regra, não subsiste sem o elemento subjetivo do agente causador da lesão, questão esta a ser analisada no último capítulo deste trabalho.

4.2 O desenvolvimento doutrinário da culpabilidade

Nos primórdios do Direito Penal, a noção de culpabilidade, ou de culpa, já que tais palavras eram utilizadas para designar um mesmo conceito, desenvolveu-se com a idéia de evitabilidade da conduta. Com efeito, a pena, enquanto resposta à conduta ilícita, representava, antes de tudo, um sofrimento, uma dor, que somente poderia ser imposta em razão da prática de uma conduta que se poderia evitar.

É que *a pena criminal assim entendida como instrumento de intimidação, isto é, como medida de prevenção geral, só adquire algum sentido se a correlacionarmos com a noção de evitabilidade do fato praticado*¹⁸⁹. Assim, ainda que a idéia de pena como prevenção tenha seu apogeu no Direito Penal moderno, tal se identifica nos tempos mais remotos.

Foi com a noção de evitabilidade que se passou a distinguir os fatos da natureza dos fatos do homem, e que esta evitabilidade estava no interior do ser humano, no seu psíquico, surgindo, assim, as noções de voluntariedade e previsibilidade da conduta enquanto condição de aplicação da pena criminal – *nullum crimen sine culpa*.

¹⁸⁹ Francisco de Assis TOLEDO. *Princípios Básicos de Direito Penal*, p.218.

O Direito Administrativo, por sua vez, utilizou-se dos conceitos já desenvolvidos pela doutrina penal e construiu a noção de culpabilidade administrativa, aplicada, sobretudo, na aplicação das sanções por infração administrativa.

4.2.1 Teoria tradicional da culpabilidade: da teoria psicológica à teoria normativa da culpabilidade no Direito Penal

O conceito atual da culpabilidade passou por um processo evolutivo que pode ser dividido em três grandes teorias: a teoria psicológica da culpabilidade, a teoria psicológico-normativa e a teoria normativa pura da culpabilidade.

4.2.1.1 Teoria psicológica da culpabilidade

Partindo do conceito de dolo, advindo do Direito Romano e carregado de qualificativos¹⁹⁰, não parecia possível reconhecer o dolo como elemento psíquico. No entanto, a idéia de culpabilidade, ante o pensamento naturalista do final do século XIX, levou à construção de um conceito de dolo puramente psíquico, por meio da teoria psicológica da culpabilidade¹⁹¹. Iniciou-se, portanto, com as idéias de previsibilidade e voluntariedade. Distinguiu-se, então, o dolo e a culpa. O conceito de dolo era acompanhado da previsibilidade e da vontade na conduta. O conceito de

¹⁹⁰ Falava-se em *dolus bonus*, capacidade de enganar e *dolus malus*, capacidade direcionada para a realização de um ilícito.

¹⁹¹ Segundo Claus ROXIM tal pensamento naturalista *intentaba reconducir todos los conceptos jurídicos a datos empíricos explicables por las ciencias naturales [...] Derecho Penal- Parte General*, p.794.

culpa era constituído apenas da previsibilidade, destituído de vontade na produção do resultado danoso. Daí que se passou a conceituar a culpabilidade tendo em conta exclusivamente um elemento psicológico, sendo, então, *uma ligação de natureza anímica, psíquica, entre o agente e o fato criminoso*¹⁹².

A culpabilidade, para a denominada teoria psicológica, esgotava-se na idéia de que entre o agente e o fato somente poderia inserir-se os elementos dolo e culpa. Para os seguidores desta teoria, a culpabilidade representava o nexos psicológico entre o agente e o fato, resultando em um conceito puramente naturalístico de culpa.

4.2.1.2 Teoria psicológica - normativa

A teoria psicológica sofreu severas críticas, em especial porque não soube responder a questões fundamentais, tais como a culpa inconsciente e a inimputabilidade do menor e do doente mental, que agem, em última análise, com vontade, o nexos psicológico considerado necessário para a caracterização da culpabilidade¹⁹³.

Com efeito, ante as concepções escolásticas de culpabilidade, em que se introduziam alguns conceitos normativos, passou-se ao desenvolvimento de uma nova teoria, denominada de teoria normativa da culpabilidade. Esta nova concepção

¹⁹² Francisco de Assis TOLEDO. *Princípios Básicos de Direito Penal*, p.219. Ainda, ressalta Heleno Cláudio FRAGOSO: *Entendia-se que a culpa é o nexos psicológico que liga o agente ao evento, apresentando-se o dolo e a culpa stricto sensu como espécies da culpabilidade. Lições de Direito Penal – Parte Geral*, p. 239.

¹⁹³ Claus ROXIN relata que o Autor pioneiro da concepção normativa foi Frank, que reconheceu no estado de necessidade a incoerência da concepção psicológica de culpabilidade, já que o sujeito que atua em estado de necessidade sabe o que faz. *Derecho Penal- Parte General*, p. 795.

introduziu um elemento normativo no conceito de culpabilidade: a reprovabilidade da conduta.

Assim, o dolo e culpa *stricto sensu* passam a ser apenas um dos elementos da culpabilidade, que deve ser acrescido da imputabilidade, ou capacidade de culpa. Daí que *para ser culpável, não basta que o fato seja doloso, ou culposo, mas é preciso que, além disso, seja censurável ao autor. O dolo e a culpa stricto sensu deixam de ser espécies de culpabilidade e passam a ser elementos dela*¹⁹⁴.

Desse modo, a culpabilidade estaria composta de três elementos “1º) *por la normalidad mental del sujeto*, 2º) *por una concreta relación psíquica del sujeto con el hecho o al menos posibilidad de la misma (dolo o imprudencia)*, y 3º) *por la normalidad de las circunstancias en las que actúa le sujeto*”¹⁹⁵.

Dentro dessa concepção, a culpabilidade nada mais é do que um juízo de reprovabilidade ao autor, que, se demonstrando capaz de compreender o ato (imputabilidade) e sendo possível agir de modo diverso, voluntariamente ou com imprudência, negligência ou imperícia, praticou a conduta punível.

4.2.1.3 Teoria normativa pura

Sob a influência da teoria finalista da ação, introduzida no Brasil pela Reforma Penal de 1984, pelo pensamento de Hans Welzel, a concepção normativa de culpabilidade sofreu algumas modificações. Os elementos dolo e culpa foram excluídos da culpabilidade e inseridos no tipo do crime. O conteúdo da culpabilidade

¹⁹⁴ Francisco de Assis TOLEDO. *Princípios Básicos de Direito Penal*, p.223.

¹⁹⁵ Claus ROXIN, *Derecho Penal- Parte General*, p.795.

passou,então, a ser a imputabilidade, a possibilidade de se ter consciência da ilicitude e a exigibilidade de uma conduta conforme a norma. Assim, a culpabilidade passa a ser compreendida como *puro juízo de valor*¹⁹⁶.

Nesse contexto, *a culpa consiste na reprovabilidade da conduta ilícita (típica e antijurídica) de quem tem capacidade genérica de entender e querer (imputabilidade) e podia, nas circunstâncias em que o fato ocorreu, conhecer a sua ilicitude, sendo-lhe exigível comportamento que se ajuste ao direito*¹⁹⁷.

A definição dos elementos da culpabilidade merece algumas linhas de aprofundamento no presente trabalho. A imputabilidade é também denominada capacidade de culpa, sendo uma condição pessoal de maturidade e sanidade mental, a conferir ao sujeito a capacidade de discernir quanto à ilicitude do fato. É um juízo normativo a ser feito pelo aplicador do Direito.

A inimputabilidade é causa de isenção de pena. A potencial consciência da ilicitude é a noção de que o sujeito atua contra o direito. Se não tem sequer a potencial consciência da ilicitude, ou seja, a possibilidade de conhecer que sua conduta é antijurídica, é o agente inimputável, podendo, ainda, formular juízo errôneo sobre a ilicitude, o que acarreta o denominado erro de proibição¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Ibid., p.797. O autor entende como equivocada a conclusão de que a eliminação do dolo da culpabilidade e inclusão no tipo converte a responsabilidade em puro juízo de valor. Isto porque tal colocação apenas determina se o dolo pertence ao pressuposto de fato da responsabilidade em sentido estrito – elementos objetivos e subjetivos – ou em sentido amplo, ao qual pertence o injusto típico. Conclui, então, que todos os elementos do injusto são critérios da culpabilidade e da responsabilidade.

¹⁹⁷ Heleno Cláudio FRAGOSO. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*, p.240.

¹⁹⁸ O Direito Penal Brasileiro atribui relevância apenas ao erro sobre a ilicitude do fato e o denominado erro de tipo, que é erro sobre a situação de fato que, se existisse, tornaria a conduta lícita.

Por fim, tem-se a inexigibilidade de conduta diversa, que se refere à situação específica do agente; e as hipóteses consagradas pelo Direito Brasileiro estão previstas nos artigos 22 e 24 do Código Penal.

Delineados os traços gerais da doutrina penal sobre a culpabilidade, cumpre, por fim, transpor o conceito para a esfera do Direito Administrativo Sancionador, com as devidas adaptações e peculiaridades, com o intuito de demonstrar sua essencialidade no tocante à aplicação da sanção administrativa.

4. 2.2 A culpabilidade como pressuposto da infração administrativa

A aplicação do que a doutrina espanhola denomina de “princípio da culpabilidade” no estudo da infração administrativa não é questão pacífica. As dificuldades são de ordem diversa, desde a sua expressa previsão no ordenamento jurídico vigente, até as dificuldades de aplicação dos conceitos desenvolvidos no Direito Penal em matéria de culpabilidade. No entanto, segundo as concepções doutrinárias mais modernas, *“la dolosidad o culposidad de la conducta humana son conceptos categorialmente válidos para la totalidad del Ordenamiento Jurídico, aunque hayan sido particularmente elaborados por el Derecho Penal”*¹⁹⁹.

A incidência do princípio da culpabilidade no Direito Administrativo Sancionador, em Espanha, foi delineada por meio da jurisprudência dos Tribunais Superiores, em decorrência do reconhecimento do denominado *ius puniendi* do

¹⁹⁹ Alejandro NIETO. *Derecho Administrativo Sancionador*, p.375.

Estado²⁰⁰ e de um arcabouço principiológico comum ao Direito Penal e ao Direito Administrativo.

Conforme supra referido, a idéia de um *ius puniendi* único do Estado vem sido criticada e combatida, apresentando-se algumas alternativas a esta criação pretoriana do Direito Espanhol²⁰¹.

Ademais, a aplicação da tese do *ius puniendi* ao Direito Brasileiro já foi refutada neste trabalho. Cumpre, então, determinar se há a exigência da culpabilidade do agente como elemento da infração administrativa. Ao que tudo indica, *l'exigence d'une faute (intentionelle ou non intentionelle) paraît admise dans les systèmes juridiques qui ont accordé droit de cité à la répression administrative aux côtes de la répression pénale, même si elle n'y est pas toujours formulée avec clarté*²⁰².

Registre-se, contudo, que tal como no Direito Penal, com as peculiaridades a seguir descritas, a culpabilidade não se restringe à categoria de

²⁰⁰ Ressalta Ángeles de Palma DEL TESO, *Sin embargo, al crear, calificar y establecer el régimen jurídico del ilícito administrativo, el legislador no puede olvidar que éste comparte un sustrato común con el penal. Ambos son manifestaciones del ius puniendi del Estado y están sometidos a principios de básica identidad. Así lo declara tanto nuestro Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, p.34.

²⁰¹ Neste sentido, Alejandro NIETO. *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 376 et seq..

²⁰² Franck MODERNE. *Sanctions Administratives et Justice Constitutionnelle*, p. 276. Nesta obra o autor analisa os sistemas jurídicos de diversos países, reconhecendo, em sua maioria, a exigência da culpabilidade na esfera de incidência do Direito Administrativo Sancionador.

princípio²⁰³. Conquanto a doutrina, ao elencar os princípios básicos de Direito Penal inclua o princípio de culpabilidade, em sua máxima *nulla poena sine culpa*, extraído da norma constitucional que proclama a dignidade da pessoa humana²⁰⁴, tal foi incorporado expressamente pelo Código Penal, enquanto elemento necessário para a aplicação da pena. Daí que a culpabilidade administrativa, além de um princípio decorrente da dignidade da pessoa humana, deve ser considerada um elemento da infração administrativa, exigível, em regra, à aplicação da respectiva sanção.

4.2.2.1 A transposição da doutrina da culpabilidade do Direito Penal para o Direito Administrativo

Ao se afirmar a existência de uma culpabilidade aplicada ao Direito Administrativo Sancionador, deve-se partir da afirmação feita por Nieto de que *únicamente es sancionable – y respetando, por descontado, el procedimiento legalmente establecido – una acción antijurídica realizada por un autor culpable*²⁰⁵.

²⁰³ Os princípios, segundo Humberto Bergmann ÁVILA, são normas imediatamente finalísticas, primeiramente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 70. Assim, enquanto normas finalísticas, os princípios estabelecem uma relação entre meio e fim, e sua posituação acarreta a obrigatoriedade de observância de determinadas condutas necessárias à realização do princípio. Delineada assim a questão, vê-se que a culpabilidade, mais que um princípio, decorre de uma regra cuja exigência de aplicação pode ser retirada da análise do ordenamento jurídico como um todo.

²⁰⁴ René Ariel DOTTI. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*, p. 64.

²⁰⁵ Alejandro NIETO. *Derecho Administrativo Sancionador*, p.372. Neste ponto, o autor cita importante decisão do Tribunal Supremo Espanhol, da qual se extrai a seguinte passagem: *Por ello la jurisprudencia clásica de nuestro Tribunal Supremo en materia de sanciones por infracciones administrativas tiene precisado que la culpabilidad es la relación psicológica de causalidad entre la acción imputable y la infracción de disposiciones administrativas, superándose así una corriente jurisprudencial anterior que señalaba que bastaba la simple voluntariedad del sujeto.*

Ainda, deve-se ter em conta as adaptações conceituais necessárias, porquanto, conforme ressalta Fábio Medina Osório:

a culpabilidade, tão importante no terreno sancionatório, não é unívoca, não se revela, sempre e invariavelmente, com um único e imutável conteúdo, porque há categorias de tipos sancionadores que comportam algumas distinções importantes, que aceitam um maior ou menor rigorismo no reconhecimento da própria culpabilidade²⁰⁶.

Dessa forma, a doutrina que defende a aplicação da culpabilidade ao Direito Administrativo Sancionador contrapõe-se à adoção da responsabilidade objetiva, em crescente aceitação doutrinária e legislativa, decorrendo, sobretudo, da maior valoração do resultado do que da conduta²⁰⁷.

A introdução do conceito de culpabilidade no Direito Administrativo adveio, primordialmente, da aplicação dos princípios há muito consagrados no Direito Penal em matéria de sanções administrativas. Pressupõe, em um primeiro momento, o abandono da idéia de exigência de que a simples vontade do agente é elemento suficiente à aplicação da sanção.

Os adeptos dessa teoria conferem ao elemento volitivo uma valoração de modo que a responsabilidade tem lugar na simples inobservância das normas de Direito Administrativo. Tal entendimento acarreta um modelo mais rigoroso de

²⁰⁶ *Direito Administrativo Sancionador*, p.345.

²⁰⁷ Não há que se confundir, contudo, a valorização que o nosso Código Penal dá ao denominado fato punível, em detrimento da conduta punível. Tal se justifica pela absorção da idéia de que um crime pressupõe, antes de tudo, a ocorrência de um fato típico. A mera vontade de se cometer um crime não acarreta a aplicação de uma sanção. Ver, neste sentido, René Ariel DOTTI. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*, p.63.

responsabilidade, adotando-se a culpabilidade como simples elemento para gradação da pena²⁰⁸.

Assim, o processo de transposição da culpabilidade para a esfera das infrações administrativas cercou-se de uma certa complexidade. Primeiro houve a negação absoluta da culpabilidade na aplicação da sanção administrativa, ante a adoção de um modelo de responsabilidade objetiva²⁰⁹; Logo se introduziu apenas a exigência da vontade a título de elemento subjetivo, em que o agente quer o resultado lesivo; por fim, adotou-se a exigência da culpabilidade, segundo a qual *no basta querer el resultado (que era lo que se llamba voluntariedad psicológica) sino que es necesario querer el resultado ilícito (intencionalidad, culpabilidad)*²¹⁰.

Atualmente, sobretudo no Direito Espanhol, tem-se adotado a teoria normativa da culpabilidade, ou seja, a culpabilidade identificada com os conceitos de dolo e culpa do agente na prática da conduta ilícita, desprezando-se, em regra, o juízo de reprovabilidade da conduta²¹¹.

²⁰⁸ Nesse sentido, a afirmação de Alejandro NIETO. *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 383: *Para nuestro Derecho Administrativo Sancionador tradicional (que en este punto se niega a desaparecer del todo) no es necesaria la culpabilidad en sentido técnico penal y basta con la voluntariedad de la acción para hacer responsable al sujeto; pero la culpabilidad no es, sin embargo, irrelevante, posto que su concurrencia aumenta la gravedad de la infracción.*

²⁰⁹ Miguel MONTORO PUERTO. *La infracción administrativa. Características, Manifestaciones y Sancion*, p. 159 afirma que *cabrá concluir que desde el momento en que el actor quiso el acto, habrá de sufrir las consecuencias derivadas de la infracción que con su acto motivó sin necesidad para ello de que el acto haya sido realizado con dolo o culpa.*

²¹⁰ Alejandro NIETO. *Derecho Administrativo Sancionador*, p.386.

²¹¹ Conforme ressalta Ángeles de Palma DEL TESO. *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, p.127, *De ahí que en el ámbito administrativo la culpabilidad no pueda concebirse como un juicio de reproche, pues está desprovista de aquella sustancia ética o moral que tradicionalmente acompaña a la culpabilidad penal. (...) 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.*

No entanto, diversamente do que ocorre no Direito Penal, a conduta culposa é o ponto de partida da caracterização da infração administrativa, que é tipificada de forma ampla. Desse modo, *mientras la infracción administrativa imprudente constituye el punto de partida originario, la comisión dolosa del hecho constitutivo de infracción es un fenómeno derivado que presupone que no ha sido cometido de forma imprudente*²¹².

A definição, no que tange à característica da conduta – se dolosa ou culposa – tem importância para fins de gradação da sanção. Tem-se, aqui, mais uma função da culpabilidade, na concepção adotada pelo artigo 59 do Código Penal Brasileiro.

Contudo, como todo processo evolutivo, a passagem de uma fase a outra não significou a negação total dos conceitos adotados anteriormente. Nestas circunstâncias, a negação da culpabilidade como elemento necessário à apuração da responsabilidade administrativa é reconhecida na doutrina no tocante às infrações formais, quando o simples descumprimento da ordem ou da proibição (em última análise, um fazer ou não fazer), acarreta a aplicação das sanções. A conduta é valorada pelo risco que provoca e que pode vir a ser produzido²¹³. Ou seja, as infrações de perigo abstrato seriam exceções à regra da responsabilidade

²¹² Ibid., p.129.

²¹³ *En las infracciones administrativas de la variedad que estamos analizando el riesgo no está conectado con la acción (és indiferente que ésta produzca riesgos efectivos o no) sino con el tipo: el Legislador incrimina una conducta porque considera que provoca un riesgo o puede producirlo. Es, por así decirlo, una imputación automática.* Alejandro NIETO. *Derecho Administrativo Sancionador*, p.395.

administrativa subjetiva²¹⁴. Do mesmo modo, como será tratado adiante, na apuração da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica dispensa-se a culpabilidade.

Para que se reconheça a aplicação da culpabilidade enquanto elemento necessário à caracterização da infração administrativa, é preciso que o ordenamento jurídico vigente observe, sobretudo, o que se denomina de responsabilidade pessoal ou de personalidade das sanções, bem como o princípio da presunção de inocência.

4.2.2.2 A responsabilidade pessoal e o princípio da presunção de inocência

A adoção da responsabilidade pessoal do agente representa uma condicionante ao poder sancionador da Administração Pública que, antes, deve determinar frente a quem ela deve dirigir sua atividade sancionadora.

O artigo 5º da Constituição da República de 1988, dentre o rol de direitos e garantias fundamentais, prevê, em seu inciso XLV, o princípio da individualização da pena à pessoa do acusado: *nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido*. Tal dispositivo, inclusive, pode ser considerado um dos fundamentos do direito de punir do Estado. Ainda, o inciso XLVI dispõe *a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes[...]*²¹⁵

²¹⁴ Esta não é a concepção adotada por Ángeles de Palma DEL TESO, que defende a necessidade do elemento subjetivo em qualquer hipótese, caracterizando as normas de perigo abstrato como tipificadoras de condutas imprudentes. *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, p.129 et seq.

²¹⁵ BRASIL, Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

Assim, é correto afirmar que *A sanção penal não pode ser aplicada ou executada contra quem não seja o autor ou partícipe do fato punível [...]. O princípio constitucional da personalidade da pena é um gênero de garantia do qual a individualização da pena é uma espécie*²¹⁶.

O ilícito penal é fruto da conduta humana individualmente considerada e o reconhecimento de responsabilização de pessoa alheia ao fato lesivo pressupõe a inexistência de exigibilidade do elemento subjetivo, assumindo-se, então, um regime de responsabilidade objetiva²¹⁷.

Tais previsões constitucionais devem ser estendidas às sanções administrativas, não estando restritas ao âmbito penal. Conforme se defendeu ao longo deste estudo, o poder sancionador da Administração Pública atua em situações que anteriormente eram reguladas pelo Direito Penal. Por este motivo, os elementos que compõem a responsabilidade penal devem se aproximar, sempre que possível, da responsabilidade administrativa. Daí que, ao se extrair dos preceitos constitucionais a adoção do modelo de responsabilidade subjetiva, resta aplicá-lo às infrações administrativas.

Ainda, na forma do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República, *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal*

²¹⁶ René Ariel DOTTI. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*, p.65.

²¹⁷ Ángeles de Palma DEL TESO. *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, p.65, ressalta que *“El principio de personalidad de las sanciones o de responsabilidad personal por hechos propios es una manifestación de la necesidad del elemento subjetivo de la culpa o el dolo para la existencia de la infracción y de la correlativa sanción.*

*condenatória*²¹⁸. Dessa forma, o legislador constitucional consagrou o princípio da presunção de inocência ou princípio da não-culpabilidade.

Importante resaltar nesse contexto que *El objeto de la presunción de inocencia se refiere a dos ámbitos – el de los hechos y el de la culpabilidad – y, además de esta vertiente material, tiene otra segunda inequívocamente forma que se manifiesta y opera a lo largo de todo el proceso, tal como ya se ha apuntado y se seguirá insistiendo inmediatamente*²¹⁹. Quer dizer, além de influência de ordem material, a presunção de inocência acarreta conseqüências de ordem processual, obrigando a Administração Pública, no procedimento de aplicação da sanção pela prática da infração administrativa, a comprovar a responsabilidade do administrado²²⁰.

O Supremo Tribunal Federal, ao interpretar tal dispositivo, no julgamento do Habeas Corpus 79.812-8/SP, decidiu:

Ninguém poderá ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional de não culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado, ou ao réu, como se estes já houvessem sido

²¹⁸ BRASIL, Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988..

²¹⁹ Alejandro NIETO. *Derecho Administrativo Sancionador*, p.416.

²²⁰ Neste sentido, ver NIETO, Ibid. p.416 et. seq. No entanto, registra o autor a aceitação do que denomina de presunção de culpabilidade. Aqui estaria uma distinção fundamental entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal, citando como exemplo o caso fortuito, que, para fins de ilícito penal, exclui a punibilidade. Já no âmbito da infração administrativa, pode ser punível, ante a quebra do dever de cuidado.

condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário²²¹.

Definido os fundamentos da responsabilidade subjetiva, cumpre, contudo, analisar a compatibilidade da culpabilidade administrativa assim exposta, com as hipóteses de adoção do regime de responsabilidade subsidiária e solidária às infrações administrativas, bem como de responsabilização das pessoas jurídicas.

4.2.2.3 A responsabilidade solidária e subsidiária e a responsabilidade das pessoas jurídicas

A consagração da responsabilidade pessoal do agente, da qual decorre a exigência de culpabilidade, não afasta as situações em que se reconhece, via de regra, *ex lege*, a responsabilidade de terceiro alheio ao fato, que deve responder pelas conseqüências da conduta deflagrada. Não exclui, também, o reconhecimento de mais de um agente executor da ação que viola a norma jurídica.

A pluralidade de sujeitos de uma mesma infração gera inúmeras controvérsias de ordem doutrinária. Não se pretende, portanto, esgotar as teorias que justificam a responsabilidade solidária e subsidiária nos diversos ramos do Direito. O que se objetiva é analisar a compatibilidade da responsabilidade solidária e subsidiária com a exigência da culpabilidade.

Para tanto, adota-se a premissa que, para fins de responsabilidade solidária, o fato punível é único, podendo ser resultado de diversas condutas violadoras da

²²¹ Antonio Joaquim Ferreira CUSTÓDIO. *Constituição Federal interpretada pelo STF.*, p.43.

norma jurídica, praticadas por diversos autores²²². Ainda, a adoção da responsabilidade subsidiária não é estranha no ordenamento jurídico brasileiro. Como exemplo, cumpre referir o artigo 135 do Código Tributário Nacional, que prevê a responsabilidade dos sócios pelo pagamento dos tributos na hipótese de dissolução da empresa.

Nestas hipóteses, as sanções devem ser, preferencialmente, de ordem pecuniária, impondo-se uma única sanção a ser suportada por todos. A responsabilidade pessoal dos agentes resta observada pela responsabilização daqueles que, de algum modo, tenham colaborado para infração. A exigência da culpabilidade aos responsáveis solidários é, de fato, questão controversa²²³.

Ao que tudo indica, é possível vislumbrar a culpabilidade dos responsáveis solidários ou subsidiários, ainda que a obrigação seja *ex lege*, ao menos para fins de dosimetria da sanção. Tal se vê, principalmente, na figura do garantidor, ou seja, aquele que tem obrigação de zelar pelo cumprimento da norma e não o fez²²⁴.

No entanto, a tese de que a responsabilidade, nestes casos, dispensa a culpabilidade, encontra fundamento plausível, sobretudo quando se equipara aos

²²² Esta é idéia adotada pelo Código Penal, no tocante ao concurso de pessoas para a prática de um mesmo crime, aplicando a teoria da equivalência dos antecedentes, ou *conditio sine qua nom*. Assim dispõe o artigo 29 do Código Penal: *Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a ele cominadas, na medida de sua culpabilidade*.

²²³ Ángeles de Palma DEL TESO. *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, p. 95, sustenta a necessidade de concorrência de dolo e culpa para os responsáveis solidários. Idem, p.95. Em sentido contrário, Alejandro NIETO exclui a exigência da culpabilidade aos responsáveis solidários. *Derecho Administrativo Sancionador*, p.467.

²²⁴ Fábio Medina Osório defende que a exigência da pessoalidade da sanção veda a responsabilidade solidária. Cita, como exemplo, o artigo 257 e parágrafos do Código Nacional de Trânsito, defendendo, contudo, a constitucionalidade destas normas. *Direito Administrativo Sancionador*, p. 340. Tal posição, conquanto acompanhada por autorizada doutrina, não nos parece definitiva. Há casos em que a responsabilidade solidária não afasta o exame da culpabilidade, como no caso do garantidor, tampouco viola a pessoalidade das sanções, que serão aplicadas pela Administração Pública de modo que correspondam à participação de cada responsável.

casos de responsabilidade da pessoa jurídica. Quanto a estas, não resta dúvida, não se encontra a presença do elemento subjetivo do agente.

A responsabilidade das pessoas jurídicas encontra, portanto, elementos diversos da pessoa física, de lo que se trata, en definitiva, es de llegar a responsabilidad, no a través de la culpabilidad como es lo ordinario, sino a través de la capacidad de soportar la sanción²²⁵.

Ainda, Se há obrigação de a pessoa jurídica alcançar determinados resultados, ou evitar certos efeitos ou atos, resulta possível sancionar as omissões ou ações violadoras desses preceitos de forma objetiva, desde que tal perspectiva derive, implícita ou expressamente, da norma aplicável ao caso concreto²²⁶.

Não há, portanto, incompatibilidade da previsão de responsabilidade à pessoa que não deflagrou a conduta violadora com a culpabilidade. Note-se que o Direito Penal, quando a responsabilidade é subjetiva, adota a figura do garantidor, sem excluir a culpabilidade.

Ainda que o conceito seja diverso, ante o finalismo adotado na Reforma de 1984, é possível adaptar o conceito de culpabilidade às circunstâncias do caso. O que se pretende é excluir a responsabilidade objetiva do administrado, seja pela necessidade de apuração do elemento subjetivo, seja pela apuração da culpabilidade enquanto juízo de valor.

²²⁵ Alejandro NIETO. *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 450. E conclui o Autor que *de la evidente incapacidad de las personas jurídicas para ser culpables en sentido estricto no debe deducirse su impunidad sino algo muy diferente: que no hay que exigirles tal culpabilidad*. Ángeles de Palma DEL TESO ainda reconhece a culpabilidade das pessoas jurídicas nas hipóteses de dever de vigilância e controle de seus empregados, por exemplo. . *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, p.204.

²²⁶ Fábio Medina OSÓRIO. *Direito Administrativo Sancionador*, p. 347.

Assim, a responsabilidade objetiva em matéria de infração administrativa não pode ser adotada como regra, já que *en el Derecho Administrativo Sancionador opera el principio de culpabilidad en todas sus variantes*²²⁷. No silêncio da lei, considera-se a responsabilidade por culpa como regra. A responsabilidade dolosa deve estar expressa.

Mesmo nas infrações formais, que dizem respeito às condutas de perigo abstrato, pode-se afirmar que a simples inobservância decorre de uma ação culposa ou dolosa. A regra somente deixa de ser aplicada quando se tratar de pessoa jurídica ou quando o legislador expressamente excluir a exigência do elemento subjetivo para apuração da infração administrativa.

A adoção da responsabilidade subjetiva, como regra, é fruto, primeiramente, da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III, da Constituição da República) e típico do regime democrático, onde *a culpa pelo ato concreto deve ser a base sobre o qual incidirão a qualidade e a quantidade de pena adequada*²²⁸.

Ainda, decorre da vinculação da atividade administrativa ao princípio da legalidade, bem como do que se denominou de judicialização do processo administrativo. Com efeito, a relativização do atributo de auto-executoriedade do ato administrativo advém, sobretudo, das garantias processuais estendidas aos administrados nas aplicações das sanções administrativas.

²²⁷ Alejandro NIETO. *Derecho Administrativo Sancionador*, p.398.

²²⁸ René Ariel DOTTI. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*, p.64.

Nesse contexto, a exigência da culpabilidade configura-se como uma garantia ao administrado contra eventual arbítrio do legislador e do administrador na aplicação da sanção administrativa. Ante a gravidade das sanções impostas não se pode prescindir da exigência de uma visão da conduta do agente, não se atendo na simples violação da norma.

CONCLUSÃO

O tema escolhido para o presente estudo não é novo, pois, conforme desenvolvido, há muito se reconhece o Poder Sancionador da Administração Pública. As alterações sofridas no decurso do tempo referem-se aos seus fundamentos, limites e modos de atuação, daí a abordagem eleita nesta análise.

As origens históricas do Poder Sancionador da Administração Pública no Direito Brasileiro são de suma importância para se reconhecer suas características, que se agregam, formando o que hoje se vislumbra doutrinariamente.

Com efeito, o importante questionamento sobre os sujeitos da relação administrativa sancionadora e a possibilidade de exercício, pelo particular, de atividade sancionadora típica da Administração Pública, tem íntima ligação com a discussão já conhecida da indelegabilidade do Poder de Polícia. Em razão disso, sustentou-se que o pólo ativo da relação jurídica decorrente da atividade sancionadora da Administração Pública fica restrito à Administração Pública orgânica, assim delineada pelo legislador constitucional no artigo 37 da Constituição da República.

Ainda, o que aqui se denominou de “judicialização” da atividade administrativa também possui estreito laços com a origem do Poder Sancionador. De fato, os atos

administrativos são dotados de atributos típicos – presunção de legitimidade, auto-executoriedade e imperatividade – em razão da dinâmica que cerca as relações jurídico-administrativas e o interesse público que está em jogo.

No entanto, tais atributos, tradicionais dos atos administrativos, encontram-se mitigados pela exigência de observância dos princípios típicos do direito processual, não mais restritos ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

A crescente ampliação das garantias do administrado advém de uma razão especial, conexas às origens do Poder Sancionador da Administração Pública e sua vinculação com o Direito Penal.

Vê-se uma desmedida tipificação de condutas como infrações administrativas, obstruindo a atividade da Administração Pública e relegando ao Poder Judiciário o controle dos atos administrativos sancionadores. A prática demonstra que à medida em que se retira da jurisdição penal certas condutas, antes consideradas crimes ou contravenções, remete-se para o âmbito do Direito Administrativo Sancionador, tipificando as como infrações administrativas²²⁹.

Chega-se, então, a uma questão fundamental: não se pode retirar da jurisdição penal determinadas condutas e remetê-las para a esfera administrativa, onde os atos emanados do Poder Público presumem-se legítimos, sem que se

²²⁹ *Dando por supuesto que los ilícitos de mera inobservancia – justificados por el peligro abstracto que generan – no tienen cabida en el Derecho Penal, cuos escrúpulos dogmáticos son tan rigurosos como irrenunciables, se ha pensado en el Derecho Administrativo Sancionador para darles acogida ya que se trata de un ámbito menos estricto, más flexible y, sobre todo, más apegado a la realidad y a la eficacia de una política pública represora y preventiva a la que no se puede privar de uno de sus instrumentos más útiles e imprescindibles.* Alejandro NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 40.

transmita todo o substrato principiológico e normativo compatível, a ser considerado pelo agente público na aplicação da sanção administrativa.

Ainda, mesmo aquelas infrações que não foram “desclassificadas” do Direito Penal, devem ter um regime de apuração compatível com a gravidade da sanção cominada. Nestes casos, as garantias que se pretende ver reconhecidas protegem o indivíduo da liberdade muitas vezes conferida pelo legislador ao agente público, por meio de normas que se utilizam de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Conforme já referido, o tipo infracional administrativo deve conter um mínimo de previsibilidade e certeza.

Em razão disto, resta, plenamente justificado, o esforço doutrinário e jurisprudencial a reconhecer a culpabilidade, conceito típico de Direito Penal, quando da aplicação da sanção administrativa.

É, ao mesmo tempo, limite ao Poder Sancionador da Administração Pública e garantia do administrado, que não se verá submetido a um rígido regime de responsabilidade objetiva, quando as condutas tipificadas, em regra, eram antes submetidas a um regime essencialmente subjetivo.

Esta constatação não pretende criar óbices à apuração da responsabilidade administrativa. O que se defende é, dada a gravidade da resposta, ainda que as sanções sejam, via de regra, de natureza pecuniária, observar as garantias do indivíduo no procedimento de aplicação das sanções.

Tem-se, portanto, o elemento subjetivo como componente necessário da conduta, já que se está diante de um modelo de responsabilidade subjetiva, que somente admite exceções quando expressamente previsto em lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1994, t.1.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Código Philippino**, 1870. Edição fac-similar, Universidade de Coimbra.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. **Direito das Obrigações**. Coimbra: Almedina, 1991.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular. **Revista Trimestral de Direito Público**, vol. 24, p. 159-180, 1998.

_____. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 215, p. 151-179, 1999.

_____. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 4.ed., São Paulo: Malheiros, 1994

_____. O princípio da legalidade e alguma de suas conseqüências para o Direito Administrativo Sancionador. **Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais**, p.61-75, janeiro/junho de 2003.

BENJAMIN, Antônio Hermann Vasconcellos. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, n.9, p.5-48, jan/mar. 1993.

BRASIL. Código Civil. Organização dos textos, notas remissivas e índices, por Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 56.ed. São Paulo: Saraiva, 2005
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Cadernos Democráticos, Lisboa: Gradiva Publicações, 1999.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Instituições de Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1938.

_____. **Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.

CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de Direito Administrativo**. 6.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

COUTO E SILVA, Almiro. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Conferência realizada na XI Jornada Franco-Latino Americana de Direito Comparado**, Porto Alegre, outubro de 1989.

_____. Princípio da Legalidade na Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. **Revista de Direito Público**, n. 84, p.46-62, outubro/dezembro 1987.

COUTO E SILVA, Clóvis. O conceito de dano no Direito Brasileiro e Comparado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.) **O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 217-234, 1997.

CRETELLA JR. José. Do ilícito administrativo. **Revista Forense**, vol. 244, p. 17-24, 1973.

CRUZ, Alcides. **Noções de Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Germano Gundlach &Comp., 1910.

CUSTÓDIO, Antonio Joaquim Ferreira. **Constituição Federal interpretada pelo STF**. 7.ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 202.

DEL TESO, Ángeles de Palma. **El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador**. Madrid: Tecnos, 1996.

DI NARDO, Alceu. Auto-executoriedade do ato de polícia. **Revista de Direito Público**, vol.18.p.185-189, outubro-dezembro de 1971.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 7.ed., São Paulo: Atlas, 1996.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Trad. Arnaldo Setti, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ENTERRÍA, Eduardo García. **Revolución Francesa y Administración Contemporânea**. 4.ed., Madrid: Civitas, 1994.

ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1990.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal – Parte Geral**. 16.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. **Revista de Direito Administrativo**, Seleção Histórica, p. 15-22, 1945.

JESCH, Dietrich. **Ley y Administracion**. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1978.

JOSSERRAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. **Revista Forense**, v.86, p.548-559, 1941.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamago, 3. edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LECEY, Eladio. A proteção do meio-ambiente e a responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista da AJURIS**, Edição Especial, p. 33-47, julho de 1999.

LORENZETTI, Ricardo. Luís. **Fundamentos do direito privado**. Trad. Vera Maria Jacob Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais 1998.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A contratação das empresas para suporte da função reguladora e a indelegabilidade do Poder de Polícia. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 32, p. 65-82, 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Da sanção Tributária**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Os fundamentos da responsabilidade civil. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, v.93, p.29-52, outubro 1991.

_____. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 19, p. 181-201, março de 2001.

MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Trad.Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

_____. **Droit Administratif Allemand**. Traduit par Michel Fromont. Paris: LGDJ, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2.ed., Rio de Janeiro: Celso Bastos Editor, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24.ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 6. ed., Coimbra: Coimbra editora, 1997, tomo I.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. 6. ed., Coimbra: Coimbra editora, 1997, tomo IV.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. 6. ed., Coimbra: Coimbra editora, 1997, tomo V.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1936, tomo II.

MODERNE, Franck. **Sanctions Administratives et Justice Constitutionnelle**. Paris: Economica, 1996.

MONTORO PUERTO, Miguel. **La Infraccion Administrativa. Características, Manifestaciones y Sancion**. Barcelona: Ediciones Nauta, 1965.

MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. Considerações sobre o Poder de Polícia. **Revista Jurídica**, nº117, p. 183-199, abril-junho 1972.

NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. Madrid: Tecnos, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PAPANICOLAÏDIS, Démètre. **Introduction Générale de la Théorie de la Police Administrative**. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1960.

PORTA, Marcos Lima. A apreensão de bens por infração administrativa ambiental. In FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito Ambiental em evolução**. Curitiba: Juruá, p. 147-163, 2002.

REALE Jr., Miguel. **Instituições de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RIBAS, Antonio Joaquim. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: F.L. Pinto e C. Livreiros Editores, 1866.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, vol.209, p.189-222, julho/setembro de 1997.

RODA, Juan Córdoba. **Culpabilidad y pena**. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., 1977.

ROXIM, Claus. **Derecho Penal – Parte General**. Trad. Diego Manuel Luzan Pena, Miguel Diaz e Garcia Conlledo, Javier de Vicente Rennesal. Madrid: Civitas, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18.ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

SOARES, R. Ehardt. Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, vol. LVII, p. 169-191, 1981.

SOUZA E SAMPAIO. Francisco de. Preleções do direito pátrio, público e particular. In: HESPANHA, António Manuel (org.). **Poder e instituições na Europa do antigo regime**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

SUNDFELD, Carlos Ari. Empresa Estatal pode exercer o poder de polícia. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, vol. 38, p.35-46, dezembro de 1992.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5.ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

URUGUAI, Vizconde de. **Ensaio sobre o Directo Administrativo**. Rio de Janeiro, 1960.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. Recife: OAB-PE, 1985.

VILLEY, Michel. Esquisse historique sur le mot responsable. **Archives de Philosophie du Droit**, n.22, p.45-58, 1977.