Número 28 – novembro/dezembro/janeiro - 2012 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

A PRINCIPIOLOGIA NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Diogo de Figueiredo Moreira Neto
Procurador Geral do Estado do Rio de Janeiro aposentado, Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Cândido Mendes e Consultor do Juruena & Associados Advogados.

Flávio Amaral Garcia
Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Professor de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas e Sócio do Juruena & Associados Advogados.

I - INTRODUÇÃO

O Direito Punitivo estatal, tanto no Direito Penal como no Direito Administrativo, se funda sobre um conjunto de princípios e regras garantidoras de direitos dos administrados e dos cidadãos que, apesar das diferentes formas de aplicação, a depender de se tratar de infração penal ou administrativa, informa o *ius puniendi* estatal. Sem a observância de tais normas a atividade punitiva estatal se torna ilegítima e arbitrária.

Isso se deve, como é sabido, ao hausto renovador trazido pela cópia de relevantes mudanças pós-modernas no pensamento filosófico, político e jurídico desenvolvidas nas últimas décadas do século XX, que, em boa hora, recuperaram para o Direito certos valores substantivos das condutas humanas por muito tempo relegados, quando não absorvidos na legalidade estrita, recolocando os ***princípios jurídicos*** em novo patamar na hermenêutica contemporânea.

Com efeito, é no conceito de ***Estado Democrático de Direito*** e no de ***legitimidade*** da ação estatal que o Direito Administrativo Sancionador encontra o seu núcleo fundamental, com a necessária e indispensável preocupação de ***contenção do poder*** aplicado pelo Estado.

Indispensável, portanto e desde logo, iniciar este estudo por fixar objetivamente e nos limites do necessário, os contornos jurídicos dos mais importantes ***princípios que informam o Direito Administrativo Sancionador***, assim referidos: ao ***devido processo legal***, na sua vertente ***adjetiva*** (ampla defesa/contraditório) e na sua vertente ***substantiva*** (proporcionalidade/razoabilidade); à ***segurança jurídica***; à ***legalidade*** e à ***tipicidade.***

II – O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E O SEU NÚCLEO FUNDAMENTAL

O Estado Democrático de Direito se assenta como princípio fundamental da Constituição Federal de 1988 e exprime a inextricável submissão que se quer do Estado: à ***vontade do povo*** e à ***vontade da ordem jurídica***.

Como se sabe, com o advento do ***Estado de Direito***, as normas de Direito Público explicitaram sua dupla função: a de ***limitar e controlar*** o poder do Estado, de modo ***a coibir os excessos e desvios*** praticados no exercício do poder político em desfavor dos administrados.

Completava-se, no plano teórico, a tarefa histórica da ***superação do arbítrio do poder pelo poder do direito***, com a substituição da vontade do soberano pela vontade da lei, do que resultou a sujeição do próprio Estado aos limites e controles impostos pela legítima expressão jurídica da vontade do povo.

Como resultado da feliz confluência de sucessivas etapas históricas do aperfeiçoamento convergente da noção original de Estado de Direito, avançou-se contemporaneamente para o conceito de ***Estado Democrático de Direito***, que, ao agregar o esquecido elemento da ***legitimidade***, subordinou a ação estatal ao atendimento do ***interesse público***, bem como a inexorável observância de valores, que passaram a ser expressos como ***direitos fundamentais dos cidadãos***.

Ora, essas premissas – de ***contenção de arbítrio do poder*** – que revelam a essência combinada do moderno Estado de Direito e do pós-moderno Estado Democrático de Direito, são especialmente importantes quando se deva examinar a essência e os limites do ***poder punitivo estatal***, seja decorrente da aplicação de sanções pela própria Administração (sanções administrativas), seja decorrente da aplicação direta pelo Poder Judiciário (sanções penais).

Note-se que o desenvolvimento das atividades sancionatórias do Estado se multiplicou a partir do século XIX, para atingir todos os ramos do jurismo, notadamente em sua forma autônoma e genérica própria do ***Direito Penal,*** mas, do mesmo modo, no campo do ***Direito Administrativo***, em que se pode registrar também um significativo desenvolvimento teórico, não só no sentido de, por um lado, desenvolver as potencialidades sócio-educativas das ***sanções***

premiais, como, por outro lado, aperfeiçoar os sistemas tradicionalmente concebidos para uma aplicação socialmente avançada das tradicionais ***sanções aflitivas***. [1]

Desde os três últimos decênios do século XX, na doutrina e na jurisprudência europeias, e, mais recentemente, nas que foram desenvolvidas no âmbito comunitário, tem-se difundido o esclarecido entendimento de que as ***sanções administrativas***, tradicionalmente entendidas como circunscritas ao campo de atividade administrativa de ***polícia***, são, em verdade, uma manifestação específica de um ***ius puniendi genérico do Estado***, destinado à tutela de quaisquer valores relevantes da sociedade, transcendendo o âmbito da ***função de polícia*** para se estender às demais funções administrativas, incluindo as ***regulatórias***, próprias do ***ordenamento econômico*** e do ***ordenamento social***.

Deste modo, tornou-se necessário dispensar um ***tratamento integrado*** à matéria, inclusive reconhecendo a aplicabilidade limitada de certos ***princípios da penologia criminal***, no exercício de todas demais funções punitivas do Estado, tal como pioneiramente foi proposto pelo jurista espanhol ALEJANDRO NIETO GARCÍA, em sua obra *Derecho Administrativo Sancionador*, originalmente publicada em 1993. [2]

Posto em outros termos, não se propugna uma identidade absoluta entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, mas se reconhece a existência de um ***núcleo principiológico*** orientador do poder estatal que toca ao exercício do seu ***poder punitivo***. [3]

E foi diante desse cenário e da imperiosa necessidade de proteção dos direitos dos cidadãos, que a Constituição Federal de 1988 assegurou às pessoas um ***conjunto de princípios garantísticos de contenção do poder punitivo estatal***, independentemente de a sanção ser aplicada pelo Estado Administração ou pelo Estado Juiz.

Assim, como exemplo, não se admite a existência de crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal ***(princípio da legalidade*** *– art. 5º, XXXIX);* estabelece-se a previsão de que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu ***(princípio da irretroatividade*** *– art. 5º, XL);* prevê-se a vedação de que a pena não passará da pessoa do condenado ***(princípio da intranscendência da pena*** *– art. 5º, XLV)* e de que qualquer indivíduo seja privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo ***(princípio do devido processo legal*** *– art. 5º, LIV)* e se afirma o direito,

---

[1] Nessa mesma linha de entendimento, cf. OSÓRIO, Fábio Medina. ***Direito Administrativo Sancionador.*** 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 165/169; e MELLO, Rafael Munhoz de. ***Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988.*** São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 104/108.

assegurado a todo e qualquer litigante, em processo judicial ou administrativo, de ampla defesa (***princípio da ampla defesa e do contraditório*** *– art. 5º, LV)*.

Esses princípios e garantias ganharam tal amplitude ético-jurídica que passaram ***a reger e a orientar toda e qualquer expressão de poder estatal sancionador***, deles derivando-se legítimos mecanismos, à disposição dos indivíduos, para a ***contenção do exercício indevido do ius puniendi estatal*** que, sem essas barreiras de proteção, fatalmente retornaria às indesejáveis práticas do arbítrio que antecederam o próprio Estado de Direito.

É sob essa ótica e a partir desse ***núcleo constitucional*** que o poder punitivo estatal - dotado de inequívoca unicidade - deve ser interpretado, independentemente de se tratar do Estado Administração ou do Estado Juiz.

Portanto, a Lei nº 8.249/92 – mais conhecida como Lei de Improbidade Administrativa – e a Lei nº 12.846/13 – que vem sendo denominada como Lei Anticorrupção e que prescreveu a responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública – não podem ter outro ***fundamento axiológico*** senão os princípios que irradiam da Constituição Federal.

III – OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

1. Devido processo legal

O ***princípio do devido processo legal*** se tornou a pedra angular dos sistemas jurídicos anglo-saxônicos, e, por construção jurisprudencial, neles se expandiu conceitualmente para incluir a preservação substantiva das liberdades e direitos fundamentais, nele entendida a substância ***justa*** dos direitos, no sentido de que devido processo da lei não agasalha atos públicos irrealistas ou irrazoáveis.

Por intuitivo, o Direito Administrativo Sancionador se sustenta na cláusula geral do ***due process of law,*** expressa no art. 5º, LIV, da Constituição de 1988, e define a garantia de que "*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".*

O Poder Punitivo do Estado deve, portanto, encontrar ***limites materiais e formais à sua extensão teórica e aplicação prática***, uma vez que sua concretização enseja a imposição de sanções em razão de condutas tidas como ilícitas (ou ilegais) e o objetivo aflitivo desse mal consistirá, sempre, na privação de um bem ou de um direito ou na imposição de pagamento de multa.[4]

[2] ENTERRÍA, Eduardo García & FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. ***Curso de Derecho Administrativo II.*** 7ª Ed. Madrid: Civitas, 2000, p. 161.

A assim denominada cláusula do *due process of law* ostenta duas vertentes conceituais: a do ***devido processo legal adjetivo*** e a do ***devido processo legal substantivo***.

O ***devido processo legal adjetivo*** é a garantia formal de observância de um procedimento legal, que assegura às partes, em processos administrativos ou judiciais, o direito à ampla defesa e ao contraditório, dentre outras garantias.

O ***devido processo legal substantivo***, por sua vez, está relacionado a um processo justo e razoável logo no momento da criação normativo-legislativa.

Interessa-nos, assim, a polivalente proteção conferida por esse ***princípio do devido processo legal***, já que, a todas as luzes, o Estado não pode legislar de maneira irrazoada e desproporcional, nem, tampouco, aplicar a legislação sancionatória sem observância dos limites impostos pelo contraditório e ampla defesa.

1.1. Devido processo legal adjetivo – O direito ao contraditório e à ampla defesa

Como desdobramentos do ***devido processo legal***, os ***princípios do contraditório*** e da ***ampla defesa*** são instrumentos específicos voltados ao mais amplo resguardo, não só dos direitos, como da própria dignidade do ser humano. [5]

A garantia do ***contraditório e da ampla defesa***, que basicamente determina que se ouçam todas as partes envolvidas[6], é, assim, instrumento de ***garantia constitucional*** imprescindível para a observância de uma extensa gama de ***liberdades e direitos fundamentais***, sem o qual perderiam sua primeira linha de defesa e só poderiam ser invocados depois de, por tantas vezes, irremediavelmente violados (art. 5º, LV, CF).

Como leciona FÁBIO MEDINA OSÓRIO, o processo é finalisticamente dirigido à busca do ***equilíbrio de forças, paridade de armas e preservação da presunção de inocência***, ao mesmo tempo em que se volta à ***verificação***

---

[3] De acordo com GEORGES DELLIS, "*o objetivo dessa garantia é a proteção dos acusados em geral e suas raízes diretas estão no Processo Penal que é repressivo por excelência. Todavia, o seu alcance é muito maior, transcendendo o direito penal, se alastrando a domínios não punitivos, onde também necessário assegurar aos indivíduos e às pessoas jurídicas direitos de defesa de suas legítimas posições ou expectativas, como corolário lógico do devido processo legal*". (DELLIS, George. ***Droit Pénal et Droit Administratif – L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif.*** Paris: LGDJ, 1997, 362).

[4] "*Os princípios da ampla defesa e do contraditório podem ser reduzidos ao binômio informação/reação: a parte deve ser informada da existência do processo, bem como dos atos praticados em seu curso. A informação permite à parte reagir, defendendo-se, apresentando alegações e produzindo provas*". (DINAMARCO, Cândido Rangel. ***Fundamentos do Processo Civil Moderno***. 5ª Ed. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 127).

das responsabilidades cabíveis e imposição das sanções pertinentes. [7]

Nesse passo, é ***condição de validade jurídica da sanção administrativa*** que o administrado tenha sido convocado para integrar o processo do qual resultou o seu apenamento, em atenção à garantia do ***due process of law***, porquanto os atos administrativos que independem da sua observância são somente os que se referem ao exercício do poder-dever executório da Administração, não os que veiculam sanção de qualquer espécie ou natureza. [8]

Daí porque a eventual imposição de sanção a mais de uma pessoa exige que todas as pessoas tenham sido incluídas na relação processual administrativa desde o início do processo.

1.2. Devido processo legal substantivo – O princípio da proporcionalidade/razoabilidade

O ***princípio do devido processo legal*** está intimamente conectado ao ***princípio da proporcionalidade/razoabilidade***. Afinal, é por meio dele que se pode aferir a razoabilidade/proporcionalidade dos comandos normativos emanados do Poder Público.[9]

Nesse cenário, o ***princípio do devido processo legal*** se destina a proteger ***valores e direitos fundamentais dos administrados***, preservando, dentro da lógica do razoável, seu direito à propriedade e à liberdade, no momento da criação e aplicação de normas sancionatórias. [10]

---

[5] OSÓRIO, Fábio Medina. ***Direito Administrativo Sancionador.*** 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 520.

[6] Cf. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1287739/PE. Rel. Min. Francisco Falcão. Primeira Turma. Julgado em 08/05/2012.**

[7] Esse é o entendimento do STF. Cf. trecho da ementa do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 200.844/PR: "*O Estado não pode legislar abusivamente, eis que todas as normas emanadas do Poder Público - tratando-se, ou não, de matéria tributária - devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do "substantive due process of law" (CF, art. 5º, LIV). O postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais".* **(Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 200844/PR. Min. Rel. Celso de Mello. Segunda Turma. Publicado no DJ em 16/08/2002).**

8 **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1063/DF. Min. Rel. Celso de Mello. Tribunal Pleno:** "*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 destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa,*

Não se pode afastar, também, o risco de extensivas e excessivas responsabilizações, aplicadas em apenações regulatórias, violarem acrescidamente ***outros direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal***.

Penalidades essas, se aplicadas sem seguro critério e devida apuração de ***proporcionalidade/razoabilidade***, arriscam extrapolar a esfera meramente material do indivíduo e alcançar importantes ***valores protegidos pela Constituição Federal***, como o são os ***direitos da personalidade*****,** expressamente previstos no art. 5º, inciso X:

> *Art. 5º (...)*
>
> *X – São **invioláveis** a intimidade, a vida privada, a **honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação**.*

A punição indevida pode violar, simultaneamente, os dois aspectos do direito à honra: a reputação do indivíduo no seu meio social (***aspecto objetivo***) e o sentimento pessoal acerca de si mesmo (***aspecto subjetivo***). [11]

Pode, ainda, a aplicação prematura de uma sanção, ferir a ***boa imagem do apenado***, definida por GUSTAVO TEPEDINO, HELOISA HELENA BARBOZA e MARIA CELINA BODIN MORAES, como a própria exteriorização da personalidade do indivíduo, construída ao longo do tempo em suas relações sociais e profissionais. [12]

Há, também, ***enorme risco de penalizações com essas características extrapolarem para atingir outras relações profissionais do apenado***, o que pode tolhê-lo no legítimo direito de ***exercer qualquer trabalho, ofício ou profissão*****,** que é a básica garantia individual expressamente assentada no inciso XIII, do art. 5º da Constituição Federal. [13]

---

dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal".

[9] TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. ***Código Civil interpretado conforme a Constituição da República***. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 55.

[10] TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. ***Código Civil interpretado conforme a Constituição da República***. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 51.

[11] **Art. 5º** (...) **XIII** – *é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;*

É imperioso reconhecer a inafastável ***proeminência axiológica*** dos direitos individuais em comento – direitos da personalidade e livre exercício profissional – todos expressamente previstos no art. 5º da Constituição Federal, pois que são expressões inerentes à ***cláusula da dignidade da pessoa humana***, não podendo, por isso, ser desconsiderados em hipóteses extremadas de responsabilização, ***violando a proporcionalidade/razoabilidade que deve nortear a aplicação da sanção.***

O ***princípio da proporcionalidade/razoabilidade*** exige que exista ***adequação de sentido*** entre as ***circunstâncias de fato*** (motivo), que ensejaram a criação de determinada norma sancionatória pelo Poder Público, e seus respectivos ***meios*** e ***fins*** aparelhados.

Esta é a chamada ***razoabilidade interna***, que se relaciona com a existência de uma relação racional e proporcional entre os elementos do comando normativo. [14]

Uma vez que a norma é ***razoável e proporcional internamente***, necessário verificar sua ***razoabilidade externa***. Neste ponto, ensina a doutrina, o ***princípio da proporcionalidade/razoabilidade*** desdobra-se em três elementos: (1) a ***adequabilidade*** da medida para atender ao resultado pretendido; (2) a ***necessidade*** da medida, quando outras que possam ser mais apropriadas não estejam à disposição do agente administrativo; e (3) a ***proporcionalidade, no sentido estrito***, entre os inconvenientes que possam resultar da medida e o resultado a ser alcançado.

A Lei nº 9.784/99 – que disciplinou as normas gerais de processo administrativo no País – expressamente fixou no *caput* do art. 2º,[15] como diretriz de todo e qualquer processo administrativo, o ***princípio da proporcionalidade***[16], vedando, ainda, a aplicação de sanção *"em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público"* (art. 2º, parágrafo único, VI, da Lei nº 9.784/1999), consagrando a vedação de excessos, que já vinha assentada em sede jurisprudencial pelo Supremo Tribunal Federal. [17]

---

[12] BARROSO, Luís Roberto. ***Temas de Direito Constitucional.*** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 156.

[13] **Art. 2º.** A Administração Pública **obedecerá**, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, **razoabilidade, proporcionalidade**, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

[14] Entendimento confirmado pelo STJ no **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 34968/DF. Min. Rel. Cesar Asfor Rocha. Segunda Turma. Publicado no DJe em 07/08/2012.**

[15] **Questão de Ordem na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2551 – MG. Min. Rel. Celso de Mello, julgamento em 02/04/2003:** *"A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade,* ***veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público****. O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais".*

No campo do Direito Administrativo Sancionador, a norma deve, obrigatoriamente, estabelecer ***tipos delitivos*** que guardem correlação lógica com a aplicação de ***sanções*** que sejam ***proporcionais*** aos ilícitos administrativos cometidos ou, expresso de outra forma, tipos que correspondam a condutas que efetivamente revelem desconformidade com bens jurídicos merecedores de proteção.

Dito em outros termos: não está o legislador inteiramente livre para definir a gravidade da conduta ilícita e da cominação da correspondente penalidade, uma vez que deve observar a proporcionalidade/razoabilidade interna da norma sancionatória.

Implícito, portanto, que mesmo que a lei não estabeleça discriminadamente cada uma das sanções aplicáveis ao administrado que age em desconformidade com os seus comandos, exige-se o estabelecimento de ***limites razoáveis e proporcionais***, condicionadores da atuação do aplicador da sanção.

A ***proporcionalidade/razoabilidade*** é um ***princípio*** que introduz em qualquer ramo do Direito uma ***premissa de justiça***, posto que é nele que devem ser encontradas as balizas e os métodos equânimes e uniformizantes, destinados justamente a evitar distorções, excessos e incongruências na aplicação das normas, em especial naquelas afetas ao Direito Administrativo Sancionador. [18]

É dever do aplicador da sanção (Estado Juiz ou Estado Administração) verificar a **natureza da conduta** praticada e o seu **grau de reprovabilidade** à luz dos princípios que informam a atuação daqueles que se relacionam com a Administração Pública ou que manejam recursos públicos.

---

[16] Nesse sentido é a jurisprudência cristalizada no Supremo Tribunal Federal. Por todos, cf. trecho da ementa do Habeas Corpus nº 107082/RS: "*A justiça não tem como se incorporar, sozinha, à concreta situação das protagonizações humanas, exatamente por ser ela a própria resultante de uma certa cota de razoabilidade e proporcionalidade na historicização de valores positivos (os mencionados princípios da liberdade, da igualdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, etc.). Daí que falar do valor da justiça é falar dos outros valores que dela venham a se impregnar por se dotarem de um certo quantum de ponderabilidade, se por este último termo (ponderabilidade) englobarmos a razoabilidade a proporcionalidade no seu processo de concreta incidência".* **(Habeas Corpus nº 107082/RS. Min. Rel. Ayres Britto. Segunda Turma. Publico no DJe em 25/04/2012).**

Atos dolosos, praticados com evidente má-fé e com o objetivo de locupletamento ilícito merecem um apenamento condizente com a gravidade da conduta e do comportamento praticado. Cabe ao juiz e/ou administrador, no exercício do seu poder punitivo, valorar essa ilicitude e aplicar a penalidade coerente e proporcional à infração cometida.

Situação distinta é aquela na qual o réu (em ação de improbidade) ou o administrado (em processo administrativo sancionador) pautou a sua conduta a partir de uma ***interpretação jurídica razoável***, amparada em entendimento doutrinário ou mesmo jurisprudencial.

Ora, o Direito não é ciência exata. ADILSON ABREU DALLARI lembra que "*direito é divergência. Diferentes intérpretes, partindo de diferentes premissas, podem chegar a diferentes conclusões. A doutrina já avançou o suficiente para perceber que os textos legais comportam uma pluralidade de interpretações".* [19]

DANIEL SARMENTO[20], valendo-se dos ensinamentos de KONRAD HESSE, também explica que não existe interpretação desvinculada de problemas concretos, hipótese em que o círculo de intérpretes se elastece, envolvendo não apenas as autoridades públicas. Até porque, citando HABERLE, ensina que o destinatário da norma é participante ativo de sua interpretação e que esta deve se compatibilizar com os valores sociais vigentes, fomentando-se o embate entre idéias e projetos divergentes.

No campo do Direito Administrativo Sancionador, o importante é examinar se, ***à época da tomada de decisão***, aquela interpretação jurídica que embasou a conduta ou o ato praticado era razoável, mormente na hipótese de não ter sido pacificada pelo Poder Judiciário ou mesmo pelo próprio Tribunal de Contas (a depender da natureza da matéria).

A Lei nº 9.784/99, no artigo 2º, parágrafo único, inciso XIII, consolida essa premissa nos processos administrativos ao fixar como um dos critérios que devem nortear a interpretação da norma administrativa aquela que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, ***vedada aplicação retroativa de nova interpretação***.

O fato é que igualar um comportamento doloso, eivado de má-fé, com conduta ou ato praticado por agente público ou administrado amparado em um entendimento jurídico dotado de razoabilidade (ainda que não seja aquele que venha a prevalecer definitivamente na esfera judicial ou administrativa) é agir

---

[17] DALLARI, Adilson Abreu. ***Viabildade da transação entre o Poder Público e particular.*** *In* ***Revista da Procuradoria Geral do Estado nº 28***. (jul/dez-2001) Salvador: PGE-BA, pp. 153/167.

[18] SARMENTO, Daniel. ***A ponderação de interesses na Constituição Federal.*** Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2000, pp. 133/137.

de forma desproporcional e contrária aos limites de prudência e cautela que devem nortear o exercício do *ius puniendi* estatal.

Cabe, portanto, ao aplicador da norma sancionatória cominar as penalidades conforme a ***razão***, de ***maneira moderada*** (atuando nos limites e parâmetros delimitados em lei), ***equilibrada*** (levando em consideração a lesividade e reprovabilidade da conduta do agente infrator) e ***harmônica*** (ou seja, observando as outras sanções já aplicadas em casos similares) para que sejam ***proporcionais*** e ***racionais***.

2. Princípio da segurança jurídica

A ***segurança jurídica***, mais que um princípio, é por muitos justamente considerada um ***axioma do Direito***. Sua tônica centra-se no encarecimento de um ***inarredável imperativo de justiça em todas as relações assimétricas de poder, estatais, pluriestatais, extraestatais ou transestatais***.

Entendida como ***princípio de Direito***, apresenta duas vertentes: a ***objetiva***, que tem a função de garantir a estabilidade das relações jurídicas, notadamente pela proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada; e a ***subjetiva***, que se relaciona com a confiança na atuação do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação. [21]

KARL LARENZ[22] sintetiza que um ordenamento jurídico que reverencia o ***princípio da segurança jurídica*** é a precisa contraposição do estado de natureza descrito por HOBBES e, portanto, se caracteriza pela ausência de força, temor e desconfiança nas relações entre os homens.

NA LIÇÃO DE LUÍS ROBERTO BARROSO, A EXPRESSÃO ***SEGURANÇA JURÍDICA*** PASSOU A DESIGNAR UM CONJUNTO ABRANGENTE DE IDÉIAS E CONTEÚDOS, QUE INCLUEM: (1) A EXISTÊNCIA DE INSTITUIÇÕES ESTATAIS DOTADAS DE PODER E GARANTIAS, ASSIM COMO SUJEITAS AO ***PRINCÍPIO DA LEGALIDADE***; (2) A CONFIANÇA NOS ATOS DO PODER PÚBLICO, QUE DEVERÃO REGER-SE PELA BOA-FÉ E PELA RAZOABILIDADE; (3) A ESTABILIDADE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS, MANIFESTADA NA DURABILIDADE DAS NORMAS, NA ANTERIORIDADE DAS LEIS EM RELAÇÃO AOS FATOS SOBRE OS QUAIS INCIDEM E NA CONSERVAÇÃO DE DIREITOS EM FACE DA LEI NOVA; (4) A PREVISIBILIDADE DOS COMPORTAMENTOS, TANTO OS QUE DEVEM SER SEGUIDOS COMO OS QUE DEVEM SER SUPORTADOS; (5) A

[19] Nesse sentido, SILVA, Almiro do Couto. ***O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro o direito da administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n/ 9.784/99)*** *in* ***Revista Brasileira de Direito Público***, RBDP, Belo Horizonte, Ano 2, jul/set 2004. pp. 7/58, e ***Revista Eletrônica de Direito do Estado***, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº2, abril/maio/ junho, 2005, pp 3/4. Disponível na Internet: http://www.direitodoestado.com.br

[20] LARENZ, Karl. ***Derecho Justo***. Civitas, 1993, p. 46.

IGUALDADE NA LEI E PERANTE A LEI, INCLUSIVE COM SOLUÇÕES ISONÔMICAS PARA SITUAÇÕES IDÊNTICAS OU PRÓXIMAS. [23]

PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, UM DOS ASPECTOS ACIMA ELENCADOS DEVE SER ESPECIALMENTE CONSIDERADO NESTE ESTUDO: A ***PREVISIBILIDADE DOS COMPORTAMENTOS E AÇÕES DOS INDIVÍDUOS*** EM RAZÃO MESMO DE SUA ESSENCIALIDADE NO PRÓPRIO CONCEITO DE DIREITO.

Em outros termos: é ***direito fundamental dos administrados*** que as normas que fixem ***infrações*** e respectivas ***sanções*** administrativas permitam uma ***aferição objetiva de previsibilidade de modo que possa orientar as suas condutas e comportamentos***. Fora desta compreensão, portanto, estarão quaisquer normas que apenem ações e omissões de terceiros que não apresentem um grau mínimo de previsibilidade.

NA LIÇÃO DE FABIO MEDINA OSORIO, MESMO A UTILIZAÇÃO DE ***CLÁUSULAS GERAIS*** E ***CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS*** NA ESTRUTURAÇÃO DE TIPOS SANCIONADORES, APESAR DE POSSÍVEL, ***NÃO PODE INVADIR ESFERAS PRIVATIVAS DOS INDIVÍDUOS*** AO CRIAR UMA AMBIÊNCIA DE INTOLERÁVEL ***INCERTEZA*** *E* INADMISSÍVEL ***IMPREVISIBILIDADE*** CONCEITUAL DO ***TIPO SANCIONADOR***. [24]

É INADMISSÍVEL QUE PREVALEÇAM INCERTEZAS QUANTO ÀS IMPOSIÇÕES PUNITIVAS ESTATAIS, DEVENDO, AS NORMAS ADMINISTRATIVAS SANCIONADORAS, PRECISAR COM ***EXTREMO CUIDADO E ELEVADO GRAU DE OBJETIVIDADE AS CONDUTAS INDESEJÁVEIS E AS SANÇÕES APLICÁVEIS PARA CADA SITUAÇÃO*.**

PORTANTO, QUANDO A LEI, POR SUA GENERALIDADE E ABSTRAÇÃO, NÃO DETERMINAR COM PRECISÃO A CATEGORIA DE CONDUTAS PROIBIDAS, DEVE O PODER EXECUTIVO – OU, A DEPENDER DA HIPÓTESE, A ENTIDADE REGULADORA – RESTRINGIR E DELIMITAR OS PARÂMETROS DE APLICAÇÃO DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS, DE MODO A ASSEGURAR AOS ADMINISTRADOS O ***DIREITO BÁSICO E ELEMENTAR DE SABER O QUE É PROIBIDO, OBRIGATÓRIO OU FACULTADO***. [25]

OUTRO EXEMPLO DE NORMA SANCIONATÓRIA QUE VULNERA A SEGURANÇA JURÍDICA SÃO AQUELAS QUE FIXAM VALORES MÍNIMOS E MÁXIMOS DE MULTAS ***EXCESSIVAMENTE ESPAÇADOS***, NÃO FIXANDO PARÂMETROS QUE ORIENTEM O APLICADOR PARA UMA

[21] LUÍS ROBERTO BARROSO, ***A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo*** *in* **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 50 e 51.

[22] OSÓRIO, Fábio Medina. ***Direito Administrativo Sancionador.*** 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 305 e 306.

[23] FERREIRA, Daniel. ***Sanções administrativas.*** São Paulo: Malheiros, 2001, p. 99.

PROPORCIONAL E RAZOÁVEL ***DOSIMETRIA DAS SANÇÕES***, O QUE ACABA POR CONFERIR EXCESSIVA DISCRICIONARIEDADE AO APLICADOR DA NORMA, PODENDO DAR MARGEM A DOSIMETRIAS DE PENAS QUE FUJAM À RAZOABILIDADE.

A fixação de margens muito ampliadas para fins de aplicação de multas afronta o ***princípio da segurança jurídica***, eis que as pessoas jurídicas não podem pautar os seus comportamentos com um mínimo de previsibilidade.

A ausência de parâmetros objetivos pode acarretar aplicações distorcidas, provocando uma indesejável e aguda insegurança nas empresas. A norma sancionadora deve ser dotada de um grau de detalhamento que permita assegurar o ***mínimo de previsibilidade*** de comportamento por parte dos agentes econômicos.

A conseqüência concreta quando isso não ocorre é a impossibilidade de o administrado provisionar recursos, quando sofrer uma autuação.

3. Princípio da legalidade

Informa o Direito Administrativo Sancionador, ainda, o ***princípio da legalidade***.

Este princípio, como pressuposto estruturante do Estado de Direito, garante, no âmbito privado, que "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*" (art. 5º, II, CF/88) e, no ambiente público, a submissão do agir do Estado à lei, como produto formal dos órgãos legiferantes do Estado.

Ainda em sede constitucional, o ***princípio da legalidade*** também decorre da aplicação (pela extensão desejada pelo § 2º do art. 5º) à esfera administrativa do princípio segundo o qual *"não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal"* (art. 5º, XXXIX, CF/88).

Diretamente ligado ao ***princípio da legalidade*** está o conexo ***princípio da legitimidade***, entendido como a vontade, expressa pelas vias democráticas, do interesse da sociedade, situando-se, portanto, em um campo mais vasto do que o da legalidade estrita.

Legalidade e legitimidade são, ambos, princípios que se integram para a garantia dos cidadãos administrados e para a sua proteção contra o arbítrio estatal.

No campo do Direito Administrativo Sancionador, não se pode compreender a atividade punitiva do Estado sem que prevista em ***lei em sentido formal***, posto que a imposição de penalidades administrativas a

particulares significa atingi-los em suas atividades, seus bens e seu patrimônio, restringindo, portanto, ***direitos individuais***. [26]

MARÇAL JUSTEN FILHO[27] ensina que "*não se pode imaginar um Estado Democrático de Direito sem o princípio da legalidade das infrações e sanções".*

Compõem um ***núcleo mínimo*** a ser previsto em lei em sentido formal a ***conduta*** que delimite o campo daquilo que é proibido e daquilo que é permitido e a correspondente ***sanção*** a ser imputada ao administrado. [28]

Dito em outros termos, a ***legalidade***, como sustentáculo do Estado Democrático de Direito, exige que tanto o ***tipo delitivo*** administrativo quanto a correspondente s***anção*** estejam previstos em lei formal, conforme aponta a doutrina[29] [30] e a jurisprudência. [31]

---

[26] E só a lei pode definir e limitar o exercício dos direitos individuais. Cf. COMPARATO, Fábio Konder. ***PIS – Princípio de Reserva de Lei.*** *In* **RDP 55/54.**

[27] JUSTEN FILHO, Marçal. ***Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.*** 15ª Ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 1008.

[28] HERALDO GARCIA VITTA sustenta que "*na denominada supremacia geral, em que a sujeição do particular não se atém a determinado liame, por intermédio do qual o indivíduo ingressa na intimidade da organização administrativa, o princípio da legalidade vige na sua mais ampla acepção; apenas a lei, formal, editada pelo Legislativo, poderá estabelecer infrações e sanções administrativas.Nem se alegue que seria possível a lei estabelecer sanções, deixando a atos subalternos determinar as condutas ilícitas; é que ocorreria ofensa ao princípio da legalidade –* ***pois tanto as penalidades, quanto as infrações, devem estar plasmadas em lei formal, a fim de garantir a segurança jurídica dos administrados****"*. (VITTA, Heraldo Garcia. ***A sanção no direito administrativo*****.** São Paulo: Malheiros, 2003, p. 84).

[29] MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO explicita: "*O que não cabe é a fixação de multas no decreto deslegalizado, sem que tal parâmetro conste de lei****. A deslegalização não é a transferência ilimitada de sede normativa de determinada matéria, não abrangendo os temas sujeitos à reserva de lei****; nesse passo, em que pese a discricionariedade atribuída aos administradores – reguladores ou não – para a aplicação de penalidades, estas devem ter sede legal e sempre precedidas do devido processo legal, como determina o art. 5º, CF"* (SOUTO, Marcos Juruena Villela. ***Direito Administrativo Regulatório.*** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 121). No mesmo sentido, é a lição de LEILA CUÉLLAR: "*Questão sobremaneira delicada diz respeito à possibilidade (ou não) de as sanções administrativas serem estabelecidas em regulamento oriundo das próprias agências. Sob este ângulo, e conforme já destacado, frise-se que a entidade reguladora não detém competência para criar tipos penas-administrativos.* ***Em razão da natureza jurídica da sanção – e dos contornos firmes de segurança e estabilidade jurídicas por ela exigidas num Estado Democrático de Direito – é de se descartar a validade de criação regulamentar de tipos penais administrativos por parte das agências****"*. (CUÉLLAR, Leila. ***Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras.*** Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 69).

[30] É insuficiente a previsão legal apenas da ***sanção***, como já teve a oportunidade de decidir o Superior Tribunal de Justiça: "*1. Somente a lei pode estabelecer conduta típica ensejadora de sanção. 2. Admite-se que o tipo infracionário esteja em diplomas infralegais (portarias, resoluções, circulares etc), mas se impõe que a lei faça a indicação"* **(Recurso Especial nº 324.181/RS. Min. Rel. Eliana Calmon. Julgado em 08/04/2003).**

[31] A jurisprudência dos **Tribunais Superiores** não admite que atos normativos de densidade inferior criem ou imponham sanções aos administrados ***sem lastro em lei formal anterior***, o que está em linha de coerência com o núcleo mínimo do ***princípio da legalidade***: "*2. Somente a Lei, em razão do princípio da estrita adstrição da Administração à legalidade, pode instituir sanção restritiva de direitos subjetivos; neste caso, a reprimenda imposta ao recorrente pela Agência Nacional de Saúde-ANS não se acha*

Frise-se, contudo, que não há afronta ao ***princípio da legalidade*** na hipótese de ***atos normativos secundários*** regulamentarem normas legais de caráter sancionatório, desde que o façam respeitando os ***tipos*** delitivos legais e os ***limites*** razoáveis, tudo com vistas a viabilizar uma ***dosimetria*** adequada na aplicação das sanções.

Tem-se aí, como exemplo tradicional, a expressão do poder regulamentar conferido aos Chefes do Poder Executivo para baixar ***atos normativos infralegais***, como vem previsto expressamente na Constituição Federal (art. 84, IV).

Distintamente, no ***campo regulatório*** a produção de atos administrativos normativos secundários infralegais não tem essa natureza ***regulamentar***; desde logo, subjetivamente, porque não são privativos de Chefes de Poder Executivo e, objetivamente, porque se originam no fenômeno da ***deslegalização***, como fruto da expansão de novas formas e limites da delegabilidade da função normativa, como espécie do gênero delegação legislativa, pela qual ocorre a ***retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei*** (o que em sua origem se designava como *domaine de la loi*), passando-as ao ***domínio do regulamento*** (em contraste com o, também originariamente, *domaine de l'ordonnance*).

Neste caso não será mais a ***lei,*** portanto, a sede exclusiva para o tratamento normativo das matérias deslegalizadas, mas, secundariamente, a ***norma regulatória***.

Observe-se, porém, que com esse processo de contínua expansão de fontes normativas, dentre as quais hoje sobressai a norma regulatória, a simples dimensão jurídica acrescida das fontes normativas extravagantes, sem dúvida, já introduz um elemento de relatividade, que reduz o caráter exclusivo das leis parlamentares, pois a legitimação, que antes somente ocorria pela via da democracia indireta, pode passar a derivar diretamente da vontade dos cidadãos, graças à abertura de inúmeras vias participativas próprias ao instituto da regulação

As normas regulatórias são opções administrativas, também abstratas, formuladas com maior ***densidade técnica***, visando à incidência sobre relações privadas ou administrativas que foram previamente deslegalizadas, voltadas não mais a aplicar uma regra legislativa predefinida, mas a ***equilibrar interesses e valores por meio de uma nova regra a ser administrativamente definida pelo método de ponderação***.

---

prevista em Lei, mas apenas em ato administrativo de hierarquia inferior (Resolução Normativa 11/2002-ANS), desprovido daquela potestade que o sistema atribui somente à norma legal" **(Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1287739/PE. Min. Rel. Francisco Falcão. Rel. para acórdão Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Turma. Julgado em 08/15/12).**

No campo do Direito Administrativo Sancionador, o fenômeno da deslegalização também se faz presente, cabendo à norma regulatória sistematizar o conjunto de infrações e condutas vedadas, desde que, como dito, esse núcleo mínimo respeite as balizas, os limites e os condicionamentos minimamente descritos na lei em sentido formal.

FÁBIO MEDINA OSÓRIO[32] ensina que "*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*".

Isto não quer significar que as normas secundárias de Direito Administrativo Sancionador tenham que, simplesmente, reproduzir as literalidades dos tipos legais inaugurais.

Há um legítimo espaço para que as normas secundárias e de densidade inferior, observadas as referidas balizas legais, ***sistematizem de forma proporcional e razoável esse conjunto de regras sancionadoras***.

Neste ponto é que cabe um papel para atos normativos infralegais em matéria sancionadora, pois que podem ***sistematizar as condutas e sanções*** (ambas previstas em lei) de forma a expressar, para cada conduta ilegal, a respectiva sanção, facilitando a compreensão dos particulares sobre a relação entre condutas e sanções a que estão sujeitos e, principalmente, atuando na sua dosimetria, concretizando, assim, os ***princípios da segurança jurídica, da razoabilidade e da proporcionalidade***.

É aí que a legalidade se desdobra em ***tipicidade***, como se verá no próximo item.

4. Princípio da tipicidade

É a ***tipicidade***[33], um corolário da ***legalidade***, que impõe esse detalhamento específico das condutas e comportamentos dos administrados e

[32] OSÓRIO, Fábio Medina. ***Direito Administrativo Sancionador.*** 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 218.

[33] A tipicidade é expressamente reconhecida pelos Tribunais Superiores brasileiros. Veja-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. ATO DE IMPROBIDADE. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS PELA LEI Nº 8.429/92. IMPOSSIBILIDADE. **PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E TIPICIDADE. 1. O direito administrativo sancionador está adstrito aos princípios da legalidade e da tipicidade, como**

das penas aplicáveis, que, afinal, é o que lhes permitirá ter maior ***previsibilidade*** acerca de suas ações e condutas.

Assim, o objetivo maior da tipicidade é permitir que os administrados possam orientar as suas condutas com ***previsibilidade***, o que somente se torna viável com uma detalhada especificação dos núcleos de comportamento considerados ilícitos e a sua correlação com as respectivas infrações administrativas.

E são ninguém menos que os consagrados doutrinadores EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, a explicar que esta **tipicidade** decorre de uma dupla exigência axiológica: a da ***liberdade*** e a da ***segurança jurídica***:

> *(...) del principio general de libertad, sobre el que se organiza todo el Estado de Derecho, que impone que las conductas sancionables sean excepción a esa libertad y, por tanto, exactamente delimitadas, sin ninguna indeterminación; y, em segundo término, a la correlativa exigencia de la seguridad jurídica*
> *(...) que no se cumpliría si la descripción de ló sancionable no permitiese um grado de certeza suficiente para que los ciudadanos puedan predecir las consecuencias de sus actos.* [34]

FÁBIO MEDINA OSÓRIO registra, com acerto, que ***sem a garantia da tipicidade***, os cidadãos atingidos ou potencialmente afetados pela atuação sancionatória estatal ficariam expostos às ***desigualdades, a níveis intoleráveis de riscos de arbitrariedade e caprichos dos Poderes Públicos***. Daí porque o princípio é fundamental para delimitar o campo mínimo de movimentação dos Poderes Públicos. [35]

Essa ***tipicidade administrativa*** admite, contudo, certa flexibilização se comparada com a ***tipicidade penal***, já que nesta, por ter como possível consequência uma ***restrição da liberdade de ir e vir,*** exige um maior grau de determinação do que naquela.

No Direito Penal, há uma correlação quase que absoluta e vinculativa entre o crime e a pena, enquanto que no Direito Administrativo Sancionador admite-se um espaço maior de flexibilidade na ***valoração da infração e da sanção***.

---

consectários das garantias constitucionais (...)". **(Recurso Especial nº 879.360/SP. Min. Rel. Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 17/06/2008).**

[34] ENTERRÍA, Eduardo García de & FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. ***Curso de Derecho Administrativo II.*** 7ª Ed. Madrid: Civitas, 2000, p. 174.

[35] OSÓRIO, Fábio Medina. ***Direito Administrativo Sancionador.*** 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 265.

É preciso, contudo, enorme cautela para não confundir essa flexibilidade moderada do Direito Administrativo Sancionador com uma liberdade excessiva conferida ao aplicador da norma a ponto de transformar discrição em arbítrio.

O exercício do *ius puniendi* administrativo reclama todo o cuidado, com o ***exercício contido e cauteloso da discricionariedade***.

Não por outra razão que a moderna doutrina do Direito Administrativo vem evoluindo para sustentar que toda e qualquer ***norma sancionadora***, mesmo dotada de algum grau de flexibilidade, deve ser ***completa*****,** o que decorre, em última análise, de um ***dever imposto por força do princípio da tipicidade.***

CARLOS ARI SUNDFELD e JACINTHO ARRUDA CÂMARA[36] explicitam a premissa de que a ***norma sancionadora deve ser completa***:

> *Para a aplicação de sanções no âmbito da regulação administrativa, é* ***preciso haver norma não só prévia, mas também completa****. Norma completa é aquela que cumpre o dever de especificação, isto é, que seja capaz de antecipar, em abstrato, para os sujeitos envolvidos (regulados, usuários, interessados e reguladores), tanto a qualificação jurídica dos fatos futuros quanto o conteúdo dos atos administrativos possíveis.* ***Em suma, a regulamentação prévia tem de atender aos requisitos de abrangência, profundidade e consistência.***

Toda a norma sancionatória, ***mesmo que sistematizada em norma de densidade inferior***, pressupõe um ***grau de detalhamento*** que seja ***suficiente*** para garantir ao administrado conhecer em que medida o descumprimento de um dever jurídico acarretará a incidência de uma determinada infração administrativa.

O contrário da concepção de ***norma completa*** é aquela que se caracteriza por ser vaga, aberta, imprecisa, genérica, subjetiva, casual, despida de parâmetros e ***excessivamente orientada por um juízo discricionário do aplicador***. Isso é especialmente relevante no que se refere às condutas ou aos comportamentos considerados ilícitos.

Expressões como "*descumprimento das normas"* ou *"violação as disposições previstas nesta lei"*, "*não cumprir obrigação prevista em lei"* ***não atendem ao núcleo mínimo de tipicidade***, ofendendo, por via reflexa, a ***segurança jurídica***.

---

[36] SUNDFELD, Carlos Ari & CÂMARA, Jacintho Arruda. ***Dever regulamentar nas sanções regulatórias.*** *In* ***Revista de Direito Público da Economia – RDPE.*** Ano 8, nº 31, jul./set. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 34

ORA, TODAS ESSAS EXPRESSÕES SÃO VAGAS E IGUALMENTE COMPORTAM UMA ***VALORAÇÃO SUBJETIVA*** POR PARTE DO AGENTE PÚBLICO, NÃO SENDO SUFICIENTES PARA CONFERIR A ***OBJETIVIDADE NECESSÁRIA*** QUE ATENDA À GARANTIA ASSEGURADA PELO ***PRINCÍPIO DA TIPICIDADE***.

A nefasta conseqüência de normas sancionadoras com essas características é a inevitável ***transmutação de discricionariedade em arbítrio***, posto que ***inexistirão parâmetros razoáveis*** para delimitar a atuação do aplicador da norma.

Fácil deduzir-se a devastação que as ***incertezas***, ***causadas por cenários de alargada discrição administrativa ou legislativa*** podem gerar na atividade de planejamento econômico dos administrados, em especial para aqueles agentes que atuam em regime de livre iniciativa.

Além de afronta ao ***princípio da tipicidade*** e, via reflexa, ao ***princípio da segurança jurídica***, as expressões que confiram ou levem a supor a abertura de ***excesso de discrição*** para o aplicador da norma (Estado Juiz ou Estado Administração) acabam por aniquilar o ***princípio da isonomia***.

A norma deve, obrigatoriamente, estabelecer ***tipos delitivos*** que guardem correlação lógica com a aplicação de ***sanções*** que sejam ***proporcionais*** aos ilícitos administrativos cometidos ou, expresso de outra forma, tipos que correspondam a condutas que efetivamente revelem desconformidade com bens jurídicos merecedores de proteção.

Dito em outros termos: não está o legislador inteiramente livre para definir a gravidade da conduta ilícita e da cominação da correspondente penalidade, uma vez que deve observar a proporcionalidade/razoabilidade interna da norma sancionatória.

Implícito, portanto, que mesmo que a lei não estabeleça discriminadamente cada uma das sanções aplicáveis ao administrado que age em desconformidade com os seus comandos, exige-se o estabelecimento de ***limites razoáveis e proporcionais***, condicionadores da atuação do aplicador da sanção.

Sem esse balizamento mínimo, corre-se o sério risco de dar-se a violação do ***princípio da isonomia***, eis que a aplicação da sanção submeter-se-á a uma ***avaliação casuística e subjetiva própria de cada aplicador***. Pode-se chegar a situações aberrantes, nas quais, diante do descumprimento do mesmo dever jurídico, sejam aplicadas sanções com intensidade e gravidade díspares.

Enfim, as normas sancionadoras devem ser, na feliz expressão utilizada por CARLOS ARI SUNDFELD e JACINTHO ARRUDA CÂMARA, ***completas***, ou seja, dotadas de um grau de detalhamento que permita um mínimo de previsibilidade de comportamento por parte dos administrados.

IV – CONCLUSÃO

Inegavelmente, contam-se entre as premissas vitoriosas do ***Direito Administrativo Sancionador***, a estrutura teórica unificada da natureza e do limites do *ius puniendi* do Estado e a caracterização das diferenças aplicativas entre o campo penal e o campo sancionatório da Administração Pública.

E é a partir do ***núcleo fundamental do Estado Democrático de Direito*** que se espraiam elevados princípios que são hoje ***parâmetros essenciais na aplicação do poder punitivo estatal****:* segurança jurídica, devido processo legal, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, legalidade e tipicidade.

Do Estado, exige-se, portanto, coerência e unidade de critérios para que se garanta essa imprescindível ***segurança jurídica*** aos cidadãos, notadamente quando se pretende tipificar comportamentos proibidos e apená-los, admitindo que a liberdade e o patrimônio dos particulares possam ser constrangidos.

Afirma-se, portanto, com o clássico CAIO TÁCITO, que a ***discricionariedade*** não é um "*cheque em branco*", mas obedece a ***limites aplicativos***, além dos quais a sua ilegitimidade se manifesta como ilegalidade.

Em consequência, no Direito Administrativo do Século XXI, a discricionariedade, de todos os matizes, deixa de ser um homízio da imoralidade, um disfarce do abuso, uma escusa para a ineficiência e um pretexto para a demagogia.

Essa nova concepção de ***discricionariedade*** não mais admite que à autoridade pública (Estado Juiz ou Estado Administração) sejam conferidos poderes ilimitados ou margens de apreciação factuais excessivamente subjetivas, sob pena de, o que seria discrição, se transformar em arbítrio, o que é a antítese da ***legitimidade*** – valor estruturante de qualquer Estado Democrático de Direito.

Muito embora esses princípios de estatura constitucional estejam consolidados na doutrina e na jurisprudência, a aplicação prática do *ius puniendi* estatal ainda é cercada de dúvidas e incertezas.

Parece razoável, portanto, cogitar-se acerca da edição de uma Lei Geral de Direito Administrativo Sancionador, com a fixação objetiva dos princípios, diretrizes e normas gerais que disciplinam esse tema, o que, certamente, em

muito contribuirá para aperfeiçoamento desse importantíssimo sub-ramo do Direito Administrativo.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. GARCIA, Flavio Amaral. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 28, novembro/dezembro/janeiro, 2011/2012. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-28-NOVEMBRO-2011-DIOGO-FIGUEIREDO-FLAVIO-GARCIA.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.