

PRINCÍPIOS PROCESSUAIS NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: UM ESTUDO À LUZ DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

PROCEDURAL PRINCIPLES IN ADMINISTRATIVE SANCTIONING LAW: A STUDY IN THE LIGHT
OF CONSTITUTIONAL GUARANTEES

*Gregório Edoardo Raphael Selingardi Guardia**

Resumo:

A partir do exame das origens do Direito Administrativo Sancionador e da busca por elementos que aclarem a zona de penumbra entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, o presente artigo analisa, à luz das garantias constitucionais, os princípios processuais que regem a matéria.

Palavras-chave: Direito Administrativo Sancionador. Sanção administrativa. Princípios processuais.

Abstract:

From an examination of the origins of Administrative Sanctioning Law and the search for elements that illuminate the twilight zone between the Criminal Law and Administrative Law, this paper analyzes, in the light of constitutional guarantees, the procedural principles governing the subject.

Keywords: Administrative Sanctioning Law. Administrative penalty. Procedural principles.

1. Introdução

A identificação das características próprias das ilicitudes penais e administrativas sempre representou um desafio para os juristas. Afinal, não há como ignorar a presença de autênticas zonas de penumbra entre os dois campos normativos. Individualizar os elementos diferenciadores dos ilícitos penais de menor gravidade por um lado, e das infrações administrativas que atingem com ênfase a coletividade por outro, constitui árdua tarefa, empreitada há muito iniciada pela doutrina¹ e constantemente recuperada por novos e corajosos trabalhos acadêmicos.²

* Doutorando e mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Este artigo, pela pesquisa, é recomendado ao leitor pelo Editor.

¹ Sobre a polêmica natureza dos ilícitos penais e administrativos e os ‘rios de tinta’ vertidos pela doutrina em busca de uma segura delimitação, indispensável consultar a obra de NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 2008. p. 159 e ss.

² Cf. OLIVEIRA, Ana Carolina C. de. *Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: IBCCRIM, 2013; RIBEIRO, Bruno S. Pereira. *Análise crítica do direito penal secundário: investigação sobre a proposta de divisão do Direito Penal, à luz da dogmática e da política*

Em atenção ao momento histórico e ao local em que reprimidas, as condutas ora são disciplinas pelo Direito Penal, ora pelo Direito Administrativo. Nesse território de fronteiras incertas, toca ao legislador continuamente indagar as linhas mestras para a classificação das condutas, na constante busca de critérios que com maior exatidão informem o estrito rol de comportamentos que devem estar sob a égide do Direito Penal.

Sem descurar, pois, do inegável viés interdisciplinar do Direito Administrativo sancionador – a exigir aprofundamento em temas pertinentes ao Direito Administrativo, Direito Penal e Direito Processual Penal –, o presente estudo propõe-se a apresentar algumas das questões mais sensíveis relacionadas à matéria, com o escopo de analisar os critérios vetores para a aplicação dos princípios processuais no procedimento sancionatório.

Inicialmente, há que realizar breve incursão nas origens e evolução desta temática; conceituar os elementos determinantes das sanções penal e administrativa e buscar critérios para o esclarecimento da área obscura em que se situam ambos os setores. A partir da consagração constitucional do devido processo legal,³ não há como negar a incorporação deste corolário à instância administrativa, com a necessária elaboração de parâmetros para conformação ao regime característico do processo administrativo sancionador.

2. Direito Administrativo Sancionador: origens e evolução

As opções políticas de determinado período histórico e a configuração do Estado são fatores relevantes para a tipificação de condutas no Direito Penal e no Direito Administrativo. Temática diretamente relacionada às opções ideológicas do Estado, bem como ao modelo de proteção dos bens jurídicos individuais e coletivos.

Como que regido por um movimento pendular, em distintos momentos da História o legislador recorreu, ora ao Direito Penal, ora ao Direito Administrativo sancionador, para disciplinar as ilicitudes. Esta variação na disciplina das sanções penais e administrativas pode ser compreendida com maior profundidade quando examinadas as particularidades de cada contexto.

Em primeiro lugar, a considerar o período das reformas francesas da segunda metade do século XIX,⁴ inspiradas no pensamento liberal, observa-se uma clara proposta de separação entre Direito Administrativo e Direito Penal. Urgia, pois,

criminal. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

³ Constituição Federal, art. 5º, incisos LIV e LV.

⁴ VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. *A sanção no direito administrativo brasileiro*. 2008. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 7.

restringir o poder punitivo do Estado e dos detentores de poder, situação que fomentou a penalização dos ilícitos administrativos justamente para reduzir o campo de regulação do Direito Administrativo, âmbito normativo sempre muito mais sujeito ao arbítrio dos governantes.

Outro evento que sinalizou um ciclo de mudanças representativas na regulação de condutas diz respeito ao término da Segunda Guerra Mundial. A transição dos Estados europeus para um sistema político direcionado ao bem-estar social norteia uma renovada ampliação do sistema de sanções regulamentadas em consonância com as normas administrativas.⁵

Na Alemanha do pós-guerra, o Direito Administrativo sancionador começa a ganhar contornos, como reação à hipertrofia do Direito Penal acessório, ocasião em que uma significativa parcela dos crimes de menor potencial ofensivo é levada ao âmbito do recém-inaugurado Direito de ordenação social. Mais uma vez, observe-se que a opção do Direito alemão se mostra associada à necessidade de subtrair das mãos da administração pública a faculdade de criar ilícitos e puni-los, notadamente, por tal prática configurar perigoso artifício em favor de programas governamentais autoritários.⁶

Propício ressaltar, se a Alemanha recorreu a uma espécie de judicialização do Direito Administrativo, por intermédio do Direito de ordenação social,⁷ o Direito espanhol, por sua vez, norteou-se por outras diretrizes. A partir de um posicionamento cristalizado pelos juristas espanhóis de que o *ius puniendi* estatal é único, consagrou-se a aplicação dos princípios penais e processuais penais ao Direito Administrativo sancionador. Esta opção caracteriza o Direito espanhol ainda nos dias de hoje, uma

⁵ OLIVEIRA, Ana Carolina C. de. *Hassemer e o Direito* ..., op. cit., p. 101.

⁶ OLIVEIRA, Ana Carolina C. de. *Hassemer e o Direito* ..., op. cit., p. 102.

⁷ A adoção do Direito Penal Administrativo ou Direito das Contra-ordenações, diretriz seguida pelos ordenamentos alemão e português, permanece como uma alternativa de simplificação do sistema criminal. Algumas características do processo das ordenações na atualidade são identificadas por Antonio Scarance Fernandes: a) adoção mais ampla do princípio da oportunidade; b) desnecessidade da atuação do Ministério Público; c) inexistência de uma fase prévia de instrução; d) dispensa da presença do arguido; e) simplificação das formalidades do interrogatório, e f) redução dos atos do procedimento ao mínimo necessário. No entanto, a experiência portuguesa evidenciou dificuldades na criação de um Direito das Contra-ordenações: "(...) a outorga de perigoso poder ao legislador para retirar do Judiciário o julgamento e a punição de relevantes infrações, desguarnecendo-se o indivíduo em suas garantias essenciais e submetendo-o aos abusos da Administração. Para diminuir o impacto negativo dessa *desjudicialização* ou *administrativização*, permite-se acesso posterior ao Poder Judiciário e aumentam-se as garantias de quem é sujeito ao processo das contra-ordenações. Com a primeira medida, o sistema se torna mais complexo, com duas fases, a administrativa e a judicial, havendo repetição desnecessária de atos e provas. Ademais, privilegia-se quem tem condições de contratar advogado e impugnar a decisão administrativa, em detrimento da grande maioria dos acusados. Com a segunda providência, aproxima-se o processo das contra-ordenações do processo criminal, o que tornaria inócua toda mudança, pois não representaria simplificação procedimental, mas forma de *desjudicialização*" (FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 297-300).

vez que a atual Constituição Federal da Espanha recomenda à administração pública a aplicação das garantias do devido processo legal.⁸

Historicamente, é possível constatar um movimento pendular de transição de condutas do Direito Penal para o Direito Administrativo, bem como o inverso. Hodiernamente, não apenas no ordenamento jurídico pátrio, mas também em outros Estados, desvela-se um cenário de sobreposição, no qual o deslocamento de um tipo penal para o Direito Administrativo não corresponde à respectiva descriminalização da conduta. É inegável, portanto, que a hipertrofia do Direito Administrativo sancionador vem acompanhada de um processo de expansão do Direito Penal.

3. Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador: critérios para o esclarecimento da zona de penumbra

A classificação das condutas humanas e a respectiva inclusão no âmbito das ilicitudes penal e administrativa importa inúmeras dificuldades. Com efeito, não são poucas as zonas obscuras que permeiam de desafios a tarefa do legislador.⁹

A diferenciação entre ilícitos penais e administrativos estende-se além do interesse teórico, pois se mostra relevante como meio de evidenciar aspectos da política criminal estatal e do âmbito de aplicação das garantias constitucionais nos respectivos procedimentos. Ademais, o sistema jurídico deve ser estruturado de maneira a não instituir a lógica de um duplo apenamento (*bis in idem*).

Os teóricos que primeiramente atentaram à importância da matéria buscaram distinguir os ilícitos a partir de um critério *qualitativo*. Assim, os limites específicos de cada ilicitude residem na existência de um desvalor ético presente nos ilícitos penais, bem como na particular característica de imposição de pena restritiva de liberdade na seara criminal. Por outro lado, as sanções administrativas estariam baseadas em infrações de mera ordenação, destinadas à proteção das estruturas do Estado, e, portanto, eticamente neutras.¹⁰

Também sob uma perspectiva qualitativa, para alguns autores o ponto central de contraposição é a vocação do Direito Penal como instrumento de proteção

⁸ Em especial, v. os arts. 9, 25 e 106, da Constituição espanhola.

⁹ Mirreille Delmas Marty relata aspecto particular desta indefinição: por vezes se atribui a uma sanção o título de administrativa para ocultar sua natureza eminentemente penal; para esta situação indesejada a autora cunhou a expressão '*fraude de etiqueta*' (*Apud CASERMEIRO, Rolando. La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 28).

¹⁰ A respeito da evolução do debate por meio do pensamento de James Goldshmidt, Erik Wolf e Eberhard Schmidt v. BAJO, Miguel. *La unidad del derecho sancionador*. Disponível em: <<http://www.miguelbajo.com/publicacion/normal/024.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2013; RIBEIRO, Bruno S. Pereira. *Análise crítica ...*, op. cit.

de bens jurídicos. No campo do Direito Administrativo sancionador é impróprio aduzir possíveis aplicações do princípio da lesividade do bem jurídico, pois a incumbência da norma administrativa concentra-se no reforço de um modelo específico de gestão ordinária da Administração.¹¹

Entretanto, a possível existência de uma reprovação ética, moral, como exclusiva característica do Direito Penal, de forma veemente é criticada pela doutrina, pois não se pode ignorar a extrema dificuldade de identificar reprovabilidade em alguns ilícitos, como é o caso dos ilícitos penais de bagatela. Por sua vez, a reiteração do cometimento de infrações administrativas de conteúdo econômico apresenta caráter insidioso, em razão dos efeitos gerados em desfavor da coletividade.¹²

Outros teóricos preferiram avançar em direção a um critério denominado *quantitativo*. O cerne para a identificação da natureza da sanção a ser aplicada não repousa na noção de reprovação ética, ou no *status* do bem jurídico defendido. Esta concepção lança luzes sobre a atividade crítica de escolha do legislador pela resposta punitiva penal ou administrativa; uma vez que as figuras normativas se encontram ao seu alcance, o processo de decisão pauta-se na gravidade da sanção e atende critérios presentes no próprio sistema jurídico.¹³

Ante o exposto, mais que defender ardorosamente uma das linhas teóricas apresentadas ou desqualificar os discursos aqui brevemente referidos, de rigor sublinhar que

¹¹ OLIVEIRA, Ana Carolina C. de. *Hassemer e o direito ...*, op. cit., p. 118.

¹² Alejandro Nieto narra o insucesso das teorias que buscaram uma identidade ontológica para as penas e infrações administrativas. O autor sintetiza as argumentações que se deriveram na diferenciação qualitativa: “(a) los delitos se refieren a agresiones cometidas contra la esfera jurídica de los individuos (y del Estado considerado como tal) mientras que las infracciones administrativas son agresiones contra los intereses generados en el tejido social, es decir, desde la perspectiva del hombre considerado como ser social (...); (b) paralela a la anterior se desarrolla una corriente que entiende – en un curso similar pero más profundo – que los delitos atentan contra la Justicia mientras que las infracciones administrativas atentan contra los intereses generales, colectivos y públicos, que están al margen de la Justicia o, en otras palabras, mientras que unos atentan contra un bien jurídico, las otras lo hacen contra un bien administrativo; (c) las infracciones administrativas suponen una agresión al orden creado por el ordenamiento jurídico, independientemente de su contenido (...). La infracción administrativa es, pues, una contravención formal mientras que el delito lo es en un sentido material, puesto que no va tanto contra la norma como contra el contenido material de ella; (d) como formulación paralela de la postura anterior se encuentra también la concepción de la infracción administrativa como manifestación de desobediencia frente a la norma; (e) en todos los tiempos ha gozado de gran predicamento la distinción de los ilícitos en *mala quia mala y mala quia prohibita*. En otras palabras: hay acciones que son injustas de por sí mientras que otras son éticamente indiferentes y se convierten en reprochables únicamente porque la norma así lo declara. En las primeras (delitos) el ilícito es previo a la norma, que se limita a reconocerlo. En las segundas, el ilícito es creado por la norma. Esta postura encuentra su justificación inicial en la ética kantiana y llega hasta autores rigurosamente contemporáneos” (NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo ...*, op. cit., p. 156-157).

¹³ Não há diferença ontológica (qualitativa ou de substância) entre ilícito civil e administrativo, mas apenas diferenciação quantitativa ou de grau, v. PAGLIARO, Antonio; COSTA JUNIOR, Paulo José. *Dos crimes contra a Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: DPJ, 2006, p. 19.

ambos os posicionamentos representaram aperfeiçoamentos na abordagem do tema. Com maior razão, o exame acurado dos argumentos das teorias *qualitativa* e *quantitativa* pode ser adotado sob uma perspectiva dialética de complementariedade. Muito embora não se possa delimitar um possível desvalor ético da conduta como critério abstrato para a identificação da ilicitude penal, a sedimentação de critérios consistentes passa pelo ponderado juízo dos elementos determinantes do ilícito e dos valores constitucionais ameaçados pela conduta.

O sempre renovado interesse doutrinário de estreimar o campo de abrangência das ilicitudes penal e administrativa pode ser verificado na reação da dogmática jurídica diante de novas demandas que se apresentam ao legislador. As críticas ao movimento de expansão do Direito Penal cominador de penas restritivas de liberdade podem ser aprofundadas nos percucientes trabalhos de Jesús-Maria Silva Sanchez,¹⁴ Winfried Hassemer¹⁵ e Figueiredo Dias.¹⁶

Na linha dos ensinamentos dos autores citados há um visível movimento em favor da contenção da expansão do Direito Penal. Cuida-se da descriminalização dos delitos de gravidade intermediária, especialmente aqueles que não estão sujeitos à pena de prisão, com o propósito de transportá-los para o Direito Administrativo.

Tecidas breves considerações sobre a ampla discussão doutrinária fomentada pelas teorias *qualitativa* e *quantitativa*, cumpre envidar esforços na discussão de mais uma relevante questão do Direito Administrativo sancionador: o estudo dos elementos identificadores da sanção administrativa.

4. Busca de elementos identificadores da sanção administrativa

As discussões em torno do conceito de sanção administrativa, com vistas à indicação do campo de incidência destas punições, ocupou extensamente as reflexões jurídicas das últimas décadas. O estudo dos critérios para a determinação da sanção administrativa interessa tanto ao Direito Administrativo quanto ao Direito Penal, em razão

¹⁴ Para uma incursão no tema tratado por Jesús-Maria Silva Sánchez, v. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992; *A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹⁵ HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento: límites de la prisión preventiva*. Tradução de Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: AD-HOC, 1998; OLIVEIRA, Ana Carolina C. *Hassemer e o Direito ...*, op. cit.

¹⁶ Cf. DIAS, Jorge Figueiredo. O papel do direito penal na proteção das gerações futuras. In: Vv.AA. *Direito penal econômico europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998; DIAS, Jorge Figueiredo. Sobre a autonomia dogmática do direito penal econômico: uma reflexão à luz do novo direito penal econômico português. *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, n. 9, 1984-1985, p. 37-70; RIBEIRO, Bruno S. Pereira. *Análise crítica ...*, op. cit.; SILVA, Marco A. Marques da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador*. 2007. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo.

dos inúmeros questionamentos sobre a possibilidade da transferência de condutas para o Direito Administrativo sancionador.¹⁷

Sem embargo das controvérsias doutrinárias a respeito do tema, algumas características referendadas pela doutrina dizem respeito à *natureza administrativa do procedimento sancionador*, à *finalidade repressora*, ao *efeito afitivo da sanção* e à *imposição da reprimenda pela autoridade administrativa*.

Sob um primeiro viés, a sanção administrativa é imposta conforme a concepção processual do Direito Administrativo. Desse modo, o elemento caracterizador da sanção não é a autoridade que a impõe, mas, sobretudo, o método utilizado, ou seja, a sanção administrativa é aquela imposta conforme as regras do Direito Administrativo.¹⁸

O efeito afitivo da sanção é identificado por García de Enterría e Fernandez como o elemento central da sanção administrativa. Como consequência da conduta ilegal ocorrerá a privação de um bem ou de um direito, enumeradas pelos autores como a revogação de um ato favorável, perda de uma expectativa ou de um direito, ou imposição da obrigação do pagamento de multa.¹⁹

Para estes doutrinadores, as infrações administrativas diferenciam-se das penas segundo um aspecto formal, relativamente à autoridade que as impõe (a Administração).²⁰

Por sua vez, Celso Antonio Bandeira de Mello ressalta que a infração administrativa não tem por finalidade causar aflição ou castigo, mas simplesmente busca disciplinar a vida em sociedade para alcançar um bom convívio social. Assim, a infração consiste no “descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção cuja imposição é decidida por uma autoridade no exercício de função administrativa – ainda que não necessariamente aplicada nesta esfera”.²¹

¹⁷ Marçal Justen Filho adverte que a configuração da sanção administrativa em grande medida aproxima-se da sanção penal. Como o regime jurídico de ambas as sanções possui similitudes, os princípios fundamentais de Direito Penal vêm sendo aplicados no âmbito do Direito Administrativo repressivo, questão que será abordada no item seguinte (*Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 406).

¹⁸ Maysa Abrahão Tavares Verzola sustenta que o ilícito se caracteriza como administrativo ou penal, em função da autoridade competente para impor a sanção, e também em razão “do campo de incidência do próprio Direito Administrativo, formal e materialmente” (VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. *A sanção no direito...*, op. cit., p. 52-53).

¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 876.

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito ...*, op. cit., p. 876. Para Régis Fernandes de Oliveira inexistente diferença de substância entre pena e sanção administrativa: “Inexistindo diferença ontológica entre crime, contravenção e infração e entre pena e sanção, deve o jurista buscar, em dado formal, o critério diferenciador. Crime e contravenção são julgados por órgão jurisdicional, enquanto a infração, por órgão administrativo” (*Infrações e sanções administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 32).

²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 840.

A partir do posicionamento de Bandeira de Mello, constata-se possível a aplicação de sanções administrativas pelo Poder Judiciário, uma vez que estas não integram função privativa do Poder Executivo. Para exemplificar tal situação basta recorrer à esfera de tutela dos direitos da infância e da juventude, em que autoridades judiciárias aplicam sanções administrativas. Destarte, não representa elemento “indissociável da sanção administrativa a figura da autoridade administrativa”.²²

Os quatro elementos citados compõem a definição *lato sensu* de sanção administrativa e desvelam o alcance da noção, diretrizes relevantes para discerni-la da reprimenda característica do Direito Penal.²³

5. Princípios e garantias no processo sancionatório

A falta de coordenação entre os sistemas penal e administrativo sancionador instaura um cenário de sobreposição de sanções. Não raras ocasiões, a intensidade da sanção administrativa é mais acentuada que a penal, sem que a gravidade da reprimenda, contudo, signifique a estruturação de um sistema completo de garantias.

Conforme a lição de García de Enterría e Fernández, o Direito Administrativo sancionador não pode constituir instância repressiva e arcaica, que recorra inadvertidamente a grosseiras técnicas de responsabilidade objetiva, a previsão de sanções que não estejam legalmente delimitadas, presunções e inversões do ônus da prova.²⁴

Sobre os direitos dos acusados em procedimentos administrativos sancionadores, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos pronunciou-se favoravelmente à

²² Para Fábio Medina Osório não se pode descartar a existência de sanções de Direito Administrativo aplicadas pelo Poder Judiciário, em especial quando a norma invocada pressupõe em um de seus polos a presença da administração pública, direta, indireta ou descentralizada, como lesada pela ação de agentes públicos ou particulares, desafiando o Direito Punitivo (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 83).

²³ Fábio Medina Osório conjuga as características mencionadas formulando o seguinte conceito: “Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela administração pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo ...*, op. cit., p. 95).

²⁴ Vedadas, pois, “hipóteses estimativas e não tipificadas legalmente das infrações sancionáveis, das provas por presunções, com traslado ao réu de provar sua inocência, dos procedimentos sancionadores não contraditórios, de recursos em justiça condicionados à prévia efetividade da sanção, ou dos que possam resultar a surpresa da *reformatio in pejus*, da persistência imprescritível da responsabilidade, da ilimitação ou indeterminação das penas ou sanções, da não aplicação de técnicas corretivas, como a do concurso de delitos, ou de causas de exclusão da responsabilidade, ou da ação, ou da antijuridicidade, ou do sistema de atenuantes, de condenas condicionais, de reabilitação do culpado” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito ...*, op. cit., p. 891).

transposição de garantias constitucionais e penais para o Direito Administrativo sancionador. Por vezes, os Estados membros defenderam-se de acusações de inobservância de garantias, valendo-se do fundamento da natureza administrativa das sanções impostas. Emblemática no trato da questão, a decisão proferida no caso *Ozturk*, em 21 de fevereiro de 1984, consolidou a interpretação de que certos direitos de defesa relacionados ao Processo Penal não podem ser relativizados pela Administração durante o procedimento sancionador.²⁵

A decisão da Corte assentou inegável paradigma para o reconhecimento da proximidade entre Direito Penal e Direito Administrativo sancionador. Como leciona Alejandro Nieto, na atualidade não se discute se os princípios penais devem ser aplicados ao procedimento administrativo sancionador, mas, na verdade, quais princípios serão acolhidos e em qual amplitude.²⁶

Nieto esclarece que os princípios penais devem ser cabíveis no Direito Administrativo sancionador, o que não significa aplicar os artigos do Código Penal e as leis penais especiais. Para o Autor, “(...) las normas del Derecho Penal únicamente podrán aplicarse al Derecho Administrativo Sancionador en los siguientes supuestos verdaderamente excepcionales: a) analogía no *in melior*; b) declaración expresa de supletoriedad, y c) remisión expresa de la norma administrativa”.²⁷

Sem perder de vista os critérios propostos por Nieto para a aplicação dos princípios penais, passa-se agora ao exame do regime jurídico pátrio do procedimento administrativo sancionador.

No Brasil, a Constituição Federal prima pelo respeito à dignidade da pessoa humana, e ao tratar dos direitos e garantias fundamentais consagrou rol aplicável ao processo, *v.g.*, igualdade, presunção de inocência, devido processo legal, legalidade, ampla defesa e outros princípios imprescindíveis à manutenção das liberdades individuais.

A Carta Constitucional, ainda, reconhece expressamente os direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais em que o Estado seja parte, nos termos do art. 5º, parágrafos 2º e 3º. No que concerne à matéria processual, insta mencionar o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, promulgado por Decreto do Presidente da República (n. 592, de 6 de julho de 1992), e a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, que passou a integrar o ordenamento brasileiro por força do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.

²⁵ A Corte consagrou três critérios que devem ser seguidos pelos Estados na tarefa de identificar uma norma de caráter penal: (i) qualificação dada pelo ordenamento jurídico; (b) natureza material da infração; (c) natureza e gravidade da sanção.

²⁶ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo ...*, op. cit., p. 164-165.

²⁷ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo ...*, op. cit., p. 166.

Os direitos e garantias que informam o processo judicial não podem ser ignorados no âmbito administrativo. O constituinte expressamente consignou a extensão da ampla defesa e do contraditório ao processo administrativo,²⁸ sendo possível ampliar a aplicação, também, de alguns princípios do processo penal e processo civil.²⁹

O contraditório, consolidado na clássica lição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, representa a ciência bilateral dos termos e atos do processo e a possibilidade de contrariá-los.³⁰ Na perspectiva de promoção da igualdade substancial no contraditório, há que propugnar uma real participação dos sujeitos processuais ao longo do processo, assegurada a efetividade e plenitude do contraditório. Ademais, o princípio constitui método essencial à reconstrução dos fatos, dialética indiscutivelmente valiosa para o processo administrativo.³¹

²⁸ Não há confundir processo e procedimento, explicita Hely Lopes Meirelles: “Processo é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo; procedimento é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 678-679). Odete Medauar destaca os critérios usualmente adotados para distinguir procedimento e processo, de modo que a elaboração de um conceito de processo não pode deixar de fazer referência aos critérios da *colaboração das partes* e do *contraditório*: “(...) o procedimento consiste na sucessão necessária de atos encadeados entre si que antecede e prepara um ato final. O procedimento se expressa como processo se for prevista também a cooperação de sujeitos, sob prisma contraditório” (MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 40). Consoante o magistério de Humberto Theodoro Júnior, o que antes “(...) era explícito apenas para o processo penal, como o direito ao contraditório e a ampla defesa, através de todos os meios e recursos inerentes ao devido processo legal, agora é endereçado, em texto claro e direto, também ao processo civil, e até mesmo ao processo administrativo. Em suma, é uma garantia fundamental a de que, onde houver um processo para solucionar um litígio, seja perante a Justiça, seja perante a Administração, presente estará a garantia constitucional do *due process of law*, em toda sua extensão” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 665, 1991. p. 15).

²⁹ Para Lúcia Valle Figueiredo, os princípios específicos do processo penal e processo civil aplicáveis são os seguintes: “(...) presunção de inocência, verdade real (que também se aplica aos processos administrativos em que haja litígio), oficialidade, *in dubio pro reo*, inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícito (aplicável aos dois tipos), retroatividade da lei mais benígna e necessidade de defesa técnica. No tocante aos princípios do processo civil, podemos arrolar: isonomia (igualdade de oportunidade de produzir provas), celeridade processual, princípio do juiz natural (no caso, administrador competente), lealdade processual” (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 422-423). Na sequência, porém, a autora não nega a possibilidade da incidência de outros princípios, de modo que os mencionados são aqueles aplicados “em maior proporção aos processos administrativos”.

³⁰ MENDES, Joaquim Canuto. *A contrariedade na instrução criminal*. São Paulo: Saraiva, 1937. p. 110.

³¹ A estrutura dialética possibilitada pelo contraditório constitui mecanismo eficiente para a busca da verdade, garantia epistemológica na pesquisa da verdade (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. t. 1, p. 9-10). Para Odete Medauar os desdobramentos mais diretos do princípio do contraditório são a *informação geral*, direito de ambos os polos processuais de conhecer adequadamente os fatos que se encontram na base da formação do processo e de todos os demais documentos, provas e dados; a *ouvida dos sujeitos ou audiência das partes*, que consiste na possibilidade de manifestação sobre fatos, documentos, interpretações e argumentos apresentados pela Administração e por outros sujeitos; a *motivação* dos atos administrativos (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 166-167).

O princípio da *ampla defesa* apresenta dupla gênese protetiva, tanto como autodefesa – representado pelo direito à audiência e direito à presença³² – e também como defesa técnica, expresso na participação efetiva de um defensor.³³

Ainda que o teor da Súmula Vinculante n. 5, do Supremo Tribunal Federal, consigne não obrigatória a presença de advogado no processo administrativo disciplinar, como assevera Messias José Lourenço, “é difícil explicar com argumentos jurídicos o conteúdo da Súmula Vinculante, independentemente de existirem diferenças entre o devido processo penal e o devido processo legal disciplinar, *data venia*, não se justifica”.³⁴

A presença do advogado é de indiscutível relevância, tanto que o art. 292, § único, da Lei Estadual n. 10.261, de 28 de outubro de 1968 (Estatuto do Servidor Público do Estado), permite ao acusado constituir defensor de sua confiança, e torna de rigor, a falta das alegações finais, a nomeação de defensor dativo que as exhiba, sem prévia intimação do acusado.³⁵

O marco da *legalidade*³⁶ exige que as sanções administrativas sejam disciplinadas em lei, respeitadas a tipicidade e a anterioridade.³⁷ Vale dizer, ainda que o Direito Administrativo sancionador não guarde similitude absoluta com o Direito Penal substantivo, não há questionar a pertinência da aplicação da máxima do *nullum crime nulla poena sine lege*.

³² O direito de audiência “traduz-se na possibilidade de o acusado influir sobre a formulação do convencimento do juiz mediante o interrogatório”, e o direito de presença “manifesta-se pela oportunidade de tomar ele posição, a todo momento, perante as alegações e as provas produzidas, pela imediação com o juiz, as razões e as provas” (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 91).

³³ Segundo o ensinamento de Odete Medauar, os desdobramentos mais diretamente vinculados à ampla defesa são cinco: caráter prévio da defesa; direito de interpor recurso administrativo; defesa técnica; direito de ser notificado do início do processo e direito de ser cientificado, com antecedência, das medidas ou atos referentes à produção das provas; direito de solicitar a produção de provas, de vê-las realizadas e consideradas (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo ...*, op. cit., p. 168-169).

³⁴ Os princípios do processo penal aplicáveis ao direito administrativo sancionador. In: FERNANDES, Antonio Scarance. *Estudos de processo penal*. São Paulo: Scortecci, 2011. p. 382.

³⁵ Na redação do art. 1º, inciso V, da Lei Complementar n. 942, de 6 de junho de 2003.

³⁶ Consoante Giannini, contudo, a concepção doutrinária do *princípio da legalidade* não exhibe os rigores conceituais do passado: “La concezioni dottrinale dello scorso secolo era anzi molto rigorosa, reputando che del provvedimento amministrativo le norme dovessero regolare compiutamente ogni elemento (...) Per cui oggi il principio di legalità si è attenuato nella sua portata, richiedendosi che la norma disciplini i tratti salienti del provvedimento, ammettendosi che lo possa fare anche per modi impliciti.” (GIANNINI, Massimo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 262, *apud* FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito ...*, op. cit., p. 42-43).

³⁷ A lei deve ser anterior à prática da infração para que possa punir o infrator, observada também a possibilidade de retroação benigna. Se à punição por determinado fato sobrevém norma mais rigorosa, prevalecerá a legislação vigente ao tempo do cometimento da infração; porém, se a norma posterior for benigna, deverá ser aplicada (OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções ...*, op. cit., p. 44-45).

Na esfera criminal, como exigência da tipicidade, a conduta punível deve estar delimitada pela norma penal, amoldada à necessária tipicidade. Trata-se de corolário do princípio da legalidade, a repercutir em duplo sentido, tanto como garantia, em face da determinação subjetiva ou discricionária dos fatos que configuram ilícito penal, como também, meio de prevenção individual e social, pois o conhecimento público e oficial da ação punível desencoraja o possível autor. A tipicidade não se compatibiliza com formulações genéricas e abertas, empregadas em algumas oportunidades para qualificar a infração penal, as chamadas leis penais em branco.

Juan Carlos Cassagne adverte, porém, para as sanções de natureza disciplinar admite-se o uso de conceitos jurídicos indeterminados, em razão da impossibilidade de se precisar previamente, de forma detalhada, os deveres profissionais do agente público, sem que se exclua a exigência de concretizar, em cada caso, a conduta praticada e sua conexão com a violação antijurídica dos deveres administrativos.³⁸

No exame da matéria, Alejandro Nieto destaca,

(...) en el Derecho Penal la estructura de la norma punitiva es muy sencilla, puesto que tanto la tipificación de la infracción como la atribución de la sanción tienen lugar, salvo excepciones, de forma directa e individualizada; mientras que en el Derecho Administrativo Sancionador el mecanismo es mucho más complejo, ya que con frecuencia la tipificación no es directa sino por remisión y la atribución no es individualizada sino genérica.³⁹

Efetivamente, na esteira doutrinária, não há impedir conceituação genérica no caso de infrações disciplinares, de modo a abarcar os ilícitos contrapostos à hierarquia, à ordem, ao funcionamento dos serviços públicos, ao patrimônio estatal, à moralidade e à credibilidade do serviço público. Constatação que demanda juízo interpretativo valorativo, exemplificativamente, quanto às circunstâncias concretas, reiteração das faltas, prejuízo (efetivo ou potencial), dolo e negligência.⁴⁰

³⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. *Las sanciones administrativas*. 7. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004. p. 448.

³⁹ Diferença, no mínimo, de estrutura normativa, a significar que "(...) el mandato de tipificación (y, por ende, la misma reserva legal y, en último extremo, el principio de legalidad) tiene un alcance muy distinto en el Derecho Administrativo que en el Derecho Penal, sin perjuicio de que buena parte de la Doctrina y de la Jurisprudencia, seducidas por el brillo de las equiparaciones, no se percaten siempre de este fenómeno y actúen con un rigorismo formal que para nada beneficia ni a los intereses públicos ni a las garantías individuales." (NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo* ..., op. cit., p. 303-304). Ademais, no campo administrativo não há reserva de lei federal, ao contrário do Direito Penal, que embora admita as normas penais em branco, não se coaduna com a competência própria de Municípios, Estados e União para legislar sobre sanções administrativas.

⁴⁰ ARAÚJO, Edmir Netto de. O ilícito administrativo e seu processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 221. Sem se descurar, no entanto, que os sujeitos ativos de possíveis condutas devem ter ciência perfeita do modo como agir para abster-se dos comportamentos ilícitos e evitar o risco de sanção. Plenamente

Na órbita disciplinar, anota Egberto Maia Luz, há tão somente

(...) o enquadramento das regras de conduta tidas como deveres a serem exigidos dos servidores e, perfeitamente articuladas várias modalidades de suas proibições. Assim, tanto deveres como proibições não se exaurem como acontece na lei penal pois, muito embora a imputação deva ser concreta, para a necessária chamada à responsabilidade, ela, a imputação, pode existir perfeitamente sem que esteja enumerada no elenco tanto das proibições quanto dos deveres mas, perfeitamente definida em face do superior interesse do Estado e da moral administrativa afetada.⁴¹

A validade da solução que resultar a aplicação da sanção depende de adequada *motivação*, de modo que os fundamentos sejam relacionados, com vistas à elaboração de discurso justificativo da decisão tomada. A motivação presta-se a expor as razões que legitimam o ato decisório; persuadir as partes sobre a correta aplicação da lei; permitir o controle crítico do decidido; aprimorar a aplicação do direito, e consequentemente, promover o aperfeiçoamento das instituições jurídicas e da orientação jurisprudencial.⁴²

Ainda assim, vem admitida a fundamentação “*per relationem*”, ou “*in aliunde*”, com base em ato já praticado, como dispõe o art. 9º, § único, da Lei Estadual n. 10.177, de 30 de dezembro de 1998.⁴³

A penalidade imposta ao administrado deve observar as balizas da *proporcionalidade*: quanto mais gravosa, tanto mais completo será o regime de garantias processuais, em razão de um juízo de adequação entre o dano e a sanção. Deste modo, sobressai com destaque o dever da autoridade coatora de atuar com observância do

indesejável que as pessoas vivam em *alea* permanente por ignorar se o modo como procedem ajusta-se ao Direito, “o que, a final, seria a própria negação da ordem jurídica” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito ...*, op. cit., p. 846).

⁴¹ LUZ, Egberto Maia. *Direito administrativo disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 154. No campo procedimental, o *princípio da oficialidade* é manifestação da legalidade, pois expressa a responsabilidade da Administração pelo andamento regular e contínuo do procedimento (MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito ...*, op. cit., p. 120). O impulso de ofício independe da provocação dos sujeitos, de modo que todas as medidas até o trâmite final incumbem à Administração. O princípio não se confunde com poderes inquisitórios, afinal, o contraditório e a ampla defesa serão exercidos nos moldes legais e constitucionais (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 174).

⁴² TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 189.

⁴³ Para Marcelo Caetano, “quando uma autoridade concorda com um parecer no qual se propõe solução para o caso vertido, esse despacho de concordância apropria-se das razões do parecer, cujos fundamentos ficam, desde então, sendo os seus” (CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 148).

princípio da proporcionalidade, traduzido na devida correlação da qualidade e quantidade da sanção com a grandeza da falta e o grau de responsabilidade do agente.

Sobre o tema da proporcionalidade, a Lei de Improbidade suscita questionamentos quando examinadas as restrições impostas. É possível constatar que as sanções relacionadas aos atos de improbidade administrativa têm carga intimidatória frequentemente superior ao próprio ilícito penal, embora não possuam natureza formalmente penal. As infrações reguladas na Lei n. 8.429, de 2 junho de 1992, impõem, na essência, os mesmos ônus e o mesmo constrangimento das sanções penais.⁴⁴

Observe-se que a prática de um crime contra a administração pública, a depender do *quantum* imposto na sentença condenatória, poderá ter pena mais branda que a sanção administrativa. Enquanto ao delito de prevaricação, previsto no art. 319, do Código Penal,⁴⁵ vem cominada pena que varia de três meses a um ano de detenção, ressalvada a possibilidade de transação penal, segundo a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, as sanções administrativas previstas no art. 12, III, da Lei n. 8.429/92, incluem a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, o pagamento de multa de até cem vezes o valor da remuneração do funcionário e a proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais. Conforme o art. 17, § 1º, da Lei de 1992, inviável a transação penal ou a conciliação, em razão do interesse público em questão.⁴⁶

De relevo neste campo, ainda, uma *correlação entre a acusação e a decisão*. Este requisito “da congruência entre a indicição e o fundamento da punição aplicada”⁴⁷ deve ser verificado a partir dos fatos imputados e não da respectiva capitulação legal. Sem que a autoridade competente para a punição do infrator se faça vinculada ao enquadramento jurídico inicial, porquanto, a exemplo do Direito Penal, no Direito Administrativo sancionador o acusado defende-se dos fatos que lhe são increpados.

Cabe sublinhar, a vedação da imposição de sanções degradantes vem consubstanciada no princípio da *humanidade das penas*, passível de ser desdobrado na

⁴⁴ O art. 2º, da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito federal, dispõe que a Administração está sujeita aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, dentre outros. A Lei Estadual n. 10.177, de 30 de dezembro de 1998, que disciplina o processo administrativo no Estado de São Paulo, prevê obediência ao princípio da razoabilidade (art. 4º).

⁴⁵ O mesmo é possível afirmar acerca dos delitos de emprego irregular de verbas públicas (CP, art. 315) e advocacia administrativa (art. 321), cominadas penas de 1 a 3 meses de detenção, e o crime de violação de sigilo funcional, sancionado de 3 meses a 2 anos de detenção (art. 325).

⁴⁶ A Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, que trata dos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos ou valores, também prevê sanções administrativas gravosas, que em muitos casos podem superar a sanção penal. Veja-se o exemplo da condenação à inabilitação temporária, aplicável por dez anos aos agentes de “setores sensíveis” (art. 12, III), impedindo-os de atuar como administradores das pessoas jurídicas descritas no art. 9º, da Lei.

⁴⁷ Como decidiu o Supremo Tribunal Federal no MS 23.299/SP, Pleno, j. 06.03.2002, DJ 12.04.2002, p. 302, Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

necessidade de razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII). Previsto no art. 152, da Lei Federal n. 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos da União), de 11 de dezembro de 1990, o prazo de sessenta dias para a tramitação do processo, admitida prorrogação por idêntico período, quando exigível; estabelecido, ainda, no art. 277,⁴⁸ da Lei Estadual n. 10.261/68, que a conclusão do processo administrativo disciplinar deve ocorrer no período de noventa dias, a partir da citação.

Não há negar, porém, o informalismo (formalismo moderado)⁴⁹ característico do processo administrativo, sempre frisado na doutrina e jurisprudência dos Tribunais,⁵⁰ com respeito às normas de regência e à garantia da defesa do acusado.

O princípio da *presunção de inocência*, a impor que toda pessoa deve ser considerada inocente até definitivamente condenada, vem expressamente previsto no art. 5º, inciso LVII, da Carta Maior. Em primeiro lugar, afaste-se qualquer posicionamento voltado a alegar a inaplicabilidade deste princípio no Direito Administrativo sancionador, em razão da presunção de veracidade dos atos da Administração. A particular prerrogativa de idoneidade e correção da atuação administrativa não qualifica como intocáveis os posicionamentos adotados, até porque, um tal delineamento processual afastar-se-ia completamente do ideal de paridade entre as partes.

O princípio da *presunção de inocência* desdobra-se em dúplice proteção – regra de tratamento do acusado ao longo do processo e regra decisória quando caracterizada dúvida relevante para a decisão do processo.⁵¹ Assim, a presunção de inocência incide também no campo probatório, ao consolidar que a completa demonstração da culpabilidade do imputado compete à Administração. O acusado tem o direito de não ser condenado a menos que existente prova clara e convincente dos fatos, obtida com observância das garantias constitucionais.⁵²

⁴⁸ Na redação do art. 1º, V, da Lei Complementar n. 942, de 6 de junho, de 2003.

⁴⁹ Para Hely Lopes Meirelles, o informalismo é princípio do processo administrativo que impõe a simplicidade, a ausência de exigências formais excessivas. Ritos sacramentais e formas rígidas são dispensadas no processo administrativo, mas quando “a lei impõe uma forma ou uma formalidade, esta deverá ser atendida, sob pena de nulidade do procedimento, mormente se da inobservância resulta prejuízo para as partes” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo ...*, op. cit., p. 682-683).

⁵⁰ Sobre os prazos conclui Egberto Maia Luz, “(...) se é verdade que um ou outro pode ser dilatado, como manda o bom-senso, nenhum deles poderá ser restringido. Aqui o excesso é permitido, enquanto que a restrição deve ser totalmente condenada” (LUZ, Egberto Maia. *Direito administrativo ...*, op. cit., p. 220).

⁵¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual ...*, op. cit., p. 17.

⁵² A inversão do ônus da prova poderá ocorrer, evidentemente, apenas nos casos que envolvam revisão, tal como expressam os arts. 174 e seguintes, da Lei n. 8.112/90, e os arts. 315 e seguintes, da Lei n. 10.261/68, de 28 de outubro de 1968. Diplomas legais em que previstos, também, outros princípios como a *imparcialidade* e a *pluralidade de instâncias*, sem que se possa falar na condição de pagamento prévio para que o recurso seja recebido (o chamado *solve et repete*). Segundo a vedação da *reformatio in pejus*, inadmite-se o julgamento que possa agravar a situação do administrado quando apenas este recorrer; unânimes as Leis n. 8.112/90 e n. 10.261/68 no sentido de que o reexame não poderá levar à aplicação de reprimenda mais severa, pois seria modo indireto de coibir o uso dos recursos.

O reconhecimento do princípio da *culpabilidade* no Direito Administrativo sancionador afasta a racionalidade civilista que admite a responsabilidade objetiva. Deste modo, a imputação de uma norma jurídica administrativa deve partir sempre de uma ação praticada com culpa ou dolo.⁵³

Nos termos do art. 37, *caput*, da Carta Federal, o princípio da publicidade impõe que o processo administrativo seja público, franqueado o acesso a todos os interessados. Direito que deve ser entendido de maneira mais ampla quando comparado ao processo judicial, pois qualquer pessoa será titular desta faculdade de acessar os autos desde que algum interesse seja atingido por ato realizado no processo, ou na hipótese de atuar na defesa do interesse coletivo ou geral. A restrição do acesso ocorrerá apenas nos casos de segurança da sociedade e do Estado (CF, art. 5º, XXXIII), e para a defesa da intimidade ou interesse social (CF, art. 5º, LX).⁵⁴

Oportuna, ainda, referência ao *princípio da impessoalidade* (CF, art. 37, *caput*), com a taxativa proibição de perseguições promovidas pela administração pública, impelida por desavenças pessoais e interesses particulares do administrador. Vedada a prática de atos que atentem contra o interesse público, como utilizar-se do processo administrativo para sancionar pessoas ou empresas, sem respaldo legal.⁵⁵ Consagrado na Constituição o caráter objetivo da atuação dos agentes, a obstar que fatores pessoais ou subjetivos sejam os verdadeiros fins das decisões administrativas.

Por fim, cabe ressaltar que a decisão a ser tomada pela autoridade julgadora deve trilhar a busca da verdade no processo. Mais que um princípio, a verdade constitui um dos escopos do processo, cuja concretização se relaciona diretamente com a fiel observância dos princípios apresentados –, ou seja, a autêntica garantia de concretização da verdade no processo diz respeito, sobretudo, a uma fiel observância de preceitos como o contraditório e a imparcialidade.⁵⁶

⁵³ Comungam do mesmo posicionamento sobre a necessidade de uma conduta ao menos culposa do agente ativo, OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo ...*, op. cit., p. 343; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito ...*, op. cit., p. 408. Por outro lado, entendem que basta meramente o *animus* de praticar dada conduta, ou seja, a voluntariedade, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo ...*, op. cit., p. 848; OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções ...*, op. cit., p. 8.

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 63. O art. 2º, § único, incisos V e X, da Lei n. 9.784/99 impõe a “divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição”, e a “garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio”. O art. 3º, inciso II, da Lei, prevê o direito do administrado de “ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas”.

⁵⁵ MARTINS, Alberto. Os princípios sancionatórios na lei paulista 10.177/98. In: MUÑOZ, Guillermo Andrés; SUNDFELD, Carlos Ari (Coords.). *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 175.

⁵⁶ Cf. GUZMÁN, Nicolás. *La verdad en el proceso penal: una contribución a epistemología jurídica*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, p. 137. Não concordamos com os autores que fazem referência à verdade

6. Conclusão

O exame detido de alguns contextos históricos revela a recorrente opção do legislador por criminalizar condutas administrativas, com o propósito de assegurar direitos ao particular e coibir excessos da Administração em processos que não oferecem as mais elementares garantias. Por sua vez, um olhar atento para a atualidade deixa entrever a verdadeira hipertrofia das vias punitivas, ou seja, as sanções penais e administrativas são previstas desacompanhadas de um projeto coerente por parte do legislador.

A crescente imposição de sanções administrativas aponta para o aperfeiçoamento do Direito Administrativo sancionador como instância punitiva autônoma, sem que se pense de maneira mais abrangente nos inegáveis pontos de contato existentes com o Direito Penal. No entanto, não pode faltar ao ordenamento jurídico o censo de coordenação entre ambas as instâncias, tanto para que não se incorra em indesejável *bis in idem*, como para que o processo administrativo sancionador não se transforme em instrumento punitivo sumário.⁵⁷

Nada obstante as diferenças entre os regimes jurídicos e a técnica processual entre Direito Penal e Direito Administrativo, inegável que ambas as searas devem se compatibilizar com o exercício do contraditório e da ampla defesa, reafirmando-se o núcleo básico presente na Constituição Federal. Cabe ressaltar, porém, situações em que a lei administrativa institui mitigações a princípios, com base em justificações teleologicamente vinculadas aos desígnios ditados à administração pública pela própria Constituição de 1988, em consonância com preceitos como o formalismo moderado, a oficialidade, a eficiência e a impessoalidade.

É preciso assentar que a verdadeira unidade do Direito sancionador repousa nas cláusulas constitucionais comuns ao Direito Penal e ao Direito Administrativo, pois, ainda que tais cláusulas não veiculem conteúdos idênticos, “também veiculam conteúdos

material, característica do Processo Penal, em contraposição à verdade processual, própria do Processo Civil (LOPES MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo* ..., op. cit., p. 683; MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito* ..., op. cit., p. 121; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito* ..., op. cit., p. 409; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 17). É certo que os *standards* probatórios em matéria de Direito Processual Penal e Processual Civil são distintos; no primeiro caso a prova será além de qualquer dúvida razoável (*beyond any reasonable doubt*), sem significar, contudo, seja possível falar na existência de duas verdades distintas. Impõe ressaltar os ensinamentos de Michelle Taruffo, que opta pela expressão *verdade contextual e relativa*, que significa a melhor aproximação possível atingida por meio de provas e com base nos fatos relevantes para a decisão (TARUFFO, Michelle. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002. p. 522-525).

⁵⁷ Para que não se perpetue como “um direito repressivo pré-beccariano” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *curso de direito* ..., op. cit., p. 891).

mínimos obrigatórios, onde repousa a ideia de unidade mínima a vincular garantias constitucionais básicas aos acusados em geral”.⁵⁸

A qualificação legal da conduta por parte do legislador sujeita-se a um processo decisório a ser constantemente aprimorado. Porém, a exemplo da “etiqueta” escolhida, igualmente relevante a instituição de um regime jurídico de garantias processuais adequadamente delineadas.

Aliás, antes mesmo de responder se o *ius puniendi* estatal é único, como sustentam alguns, ou se na verdade o poder sancionador administrativo integra-se no conceito genérico de gestão ou intervenção,⁵⁹ impõe reconhecer que a realização de qualquer processo punitivo não pode prescindir dos direitos historicamente afirmados. Os princípios e garantias penais, a nosso ver, devem ser recepcionadas pelo Direito Administrativo, pois representam vetores de realização do devido processo, sem óbice para analogias *in bonam partem*, mediante “la extensión de normas que se refieren a circunstancias desincriminatorias, atenuantes o causales de extinción de las penas”.⁶⁰

São Paulo, novembro de 2013.

Referências

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *A contrariedade na instrução criminal*. São Paulo: Saraiva, 1937.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *O ilícito administrativo e seu processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. t. 1.

⁵⁸ MEDINA, Fábio Osório. *Direito administrativo ...*, op. cit., p. 132.

⁵⁹ Sem se desvincular das regras constitucionais e penais, Alejandro Nieto propõe crítica à concepção do *ius puniendi* único do Estado: “(...) tenemos una explicación alternativa a la hoy tan de moda de la unidad del *ius puniendi* del Estado, puesto que justifica la potestad sancionadora de la Administración en otras potestades de la misma, de las que sería un *anejo o corolario necesario*; o en otras palabras: *la potestad administrativa sancionadora forma parte insita de la competencia de gestión*” (NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 96).

⁶⁰ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo ...*, op. cit., p. 452. Egberto Maia Luz ao tratar da íntima correlação entre as normas processuais penais e do processo administrativo disciplinar constata que a administração pública jamais cometerá erro algum “(...) se tiver como fonte o Direito Judiciário Penal para justificar o seu movimento formal ao apurar responsabilidades e ao expressar, formalmente, a adequada cominação da pena sempre preservando a presença efetiva em várias ocasiões, de toda a instrução probatória da defesa” (LUZ, Egberto Maia. *O ilícito administrativo ...*, op. cit., p. 82).

BAJO, Miguel. *La unidad del derecho sancionador*. Disponível em: <<http://www.miguelbajo.com/publicacion/normal/024.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CASERMEIRO, Rolando. *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 7. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004. t. 2.

DIAS, Jorge Figueiredo. *O papel do direito penal na proteção das gerações futuras*. In: Vv.Aa. *Direito penal econômico europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998.

_____. Sobre a autonomia dogmática do direito penal econômico: uma reflexão à luz do novo direito penal econômico português. *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, n. 9, 1984-1985.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GUZMÁN, Nicolás. *La verdad en el proceso penal: una contribución a epistemología jurídica*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento: límites de la prisión preventiva*. Tradução de Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: AD-HOC, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LOURENÇO, Messias José. Os princípios do processo penal aplicáveis ao direito administrativo disciplinar. In: FERNANDES, Antonio Scarance. *Estudos de processo penal*. São Paulo: Scortecci, 2011.

LUZ, Egberto Maia. *Direito administrativo disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

- MARTINS, Alberto. Os princípios sancionatórios na lei paulista 10.177/98. In: Guillermo Andrés Muñoz; Carlos Ari Sundfeld (Coord.). *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo Moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed., 2ª reimpr. Madrid: Tecnos, 2008.
- OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: IBCCRIM, 2013.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- PAGLIARO, Antonio; COSTA JUNIOR, Paulo José. *Dos crimes contra a administração pública*. 3. ed. São Paulo: DPJ, 2006.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. *Análise crítica do direito penal secundário: investigação sobre a proposta de divisão do direito penal, à luz da dogmática e da política criminal*. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- SILVA, Marco Antonio Marques da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador*. 2007. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.
- _____. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 665, 1991.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. *A sanção no direito administrativo Brasileiro*. 2008. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.