

SISTEMA ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E DIREITOS FUNDAMENTAIS

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SISTEMÁTICAS*

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

I. INTRODUÇÃO: A SANÇÃO E O DIREITO ADMINISTRATIVO

A **sanção** é inerente ao Direito e sempre foi reconhecida como prerrogativa do Poder Público. Desde os primórdios, como atributo do soberano, no Estado moderno, a sua aplicação passou a ser reconhecida como uma das funções a este atribuídas.

Com o surgimento e estruturação do Direito Administrativo, distinguiram-se as sanções penais e as sanções administrativas: aquelas, aplicadas para as infrações de maior gravidade e com penas predominantemente pessoais - e, por isso, vinculadas a certas garantias historicamente conquistadas, entre as quais as reservas legais de tipicidade e de aplicação exclusiva das penalidades pelo ramo judicial do Estado, enquanto que estas, definidas para infrações de menor gravidade, com penas predominantemente impessoais – e, por isso, com a reserva de tipicidade reduzida pelo emprego da discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados, para serem aplicadas pelo ramo administrativo do Estado.

* Exposição resumidamente apresentada no Seminário **II Boa Governança no Sistema Financeiro Nacional**, organizado pelo IIEDE e realizado em São Paulo, nos dias 4 e 5 de setembro de 2008.

Com a evolução do conceito de Direito Administrativo, notadamente a partir da segunda metade do século vinte, essa distinção foi perdendo sentido, tanto em relação ao conceito de gravidade da infração quanto ao conceito de personalização das penas.

Com efeito, o conceito de **gravidade** de uma determinada infração tornou-se insuficiente, quando não inútil, pois qual seria a infração mais grave: pôr em risco a vida e a integridade de uma pessoa por atos de deliberada agressão interpessoal injusta – que são penalmente acoimados, ou pôr em risco a vida e a integridade de comunidades inteiras por comportamentos temerários, embora despidos de deliberada intenção agressiva – mas que são administrativamente puníveis?

Do mesmo modo, o conceito de **personalização** perdeu sentido, pois em sua aplicação a pessoas jurídicas, as sanções evoluíram da mera retribuição e da aflição, que caracteriza a apenação de pessoas físicas, para atuarem com maior sofisticação finalística, como se dá na imposição de penas preventivas, pedagógicas ou reparatórias. Nesta hipótese, qual seria o sentido de se aplicar sanções pessoais aflitivas, quando se está considerando a prática de complexas ações empresariais potencialmente nocivas, hoje tão comuns em inúmeros tipos de atividades econômicas de interesse coletivo?

Na verdade, ocorreu o que o Mestre Eduardo García de Enterría recentemente indicou como uma **mudança de paradigmas**, ao mostrar que a suposta objetividade (e pretendida positividade) com a qual se insistia em divorciar o Direito Administrativo dos demais ramos do Direito Público, na realidade " *mascarava uma superioridade formal*

*da Administração sobre o cidadão*¹; tudo não passando de um persistente mito histórico, construído sobre uma imaginada superioridade rousseuniana *a priori* dos “*interesses gerais*” geridos pela Administração.

Para que sobreviesse esta mudança de paradigmas nenhum fato concorreu com mais intensidade que a épica ascensão dos **direitos fundamentais** no Direito Público. Este é, pois, o tema das considerações que se seguem.

II – CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. HISTÓRICO DAS EXPRESSÕES HOMÓLOGAS: *DIREITOS DO HOMEM, DIREITOS DO CIDADÃO, LIBERDADES FUNDAMENTAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS*

Embora a expressão “**direitos fundamentais**” seja relativamente recente, bem como a sua positivação nas Constituições, o seu conceito filosófico remonta aos ensinamentos estóicos, que propagavam a unidade universal dos **homens**, e à doutrina cristã, que, afirmando a sua igualdade perante Deus, reconhecia sua implícita dignidade por terem sido criados à sua imagem e semelhança.²

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO – *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un Cambio de Paradigma?*. Madri, Civitas, 2007, p. 141.

² PEREZ LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE. *Los Derechos Fundamentales*. Madri, Tecnos, 8ª ed., 2005, p. 30.

Essas idéias foram retomadas pelo jusnaturalismo medieval e, já com a Escola Espanhola, a partir dos teólogos Vitória e Las Casas e dos pensadores Francisco Suárez e Gabriel Vázquez, passaram a configurar uma teoria dos **direitos naturais do homem** e a contribuir para a disseminação do humanismo que, com Grócio, Locke e Puffendorf, estabeleceriam as bases do liberalismo oitocentista, a partir da obra de Rousseau e sua culminação na de Kant.

Não foi senão na segunda metade do século XVIII que a expressão - **direitos naturais do homem** - se substituiu definitivamente por sua fórmula abreviada - **direitos do homem** – muito em razão da ampla e merecida divulgação do título homólogo da obra de Thomas Payne.

Toda esta lenta, mas segura elaboração conceptual se reflete na evolução paralela de documentos legislativos medievos que tratavam do *status* das pessoas, editados sob a forma de cartas, declarações e, posteriormente de constituições, produzindo o que Antonio-Enrique Perez Luño denominou de *processo de positivação dos direitos fundamentais*³.

Assim é que, que, partindo da simples afirmação de direitos estamentais, foi-se pouco a pouco limitando o poder dos monarcas, como, para mencionar os documentos mais conspícuos, no art. 19 da Carta Magna dos barões ingleses, na *Petition of Rights*, de 1629, no *Habeas Corpus*, de 1679, e no *Bill of Rights*, de 1689.

³ *Op.cit*, p. 34

Esses documentos ingleses inspiraram, por sua vez, dois importantes textos americanos de 1776 - a *Declaração de Independência* e o *Bill of Rights do Bom Povo da Virginia* – bem como o de maior retumbância histórica, como fruto da Revolução Francesa - a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, votada pela Assembléia Constituinte em 1789 e que viria a abrir a Constituição francesa de 1791 (girondina), bem como a de 1793 (jacobina), tornando-se, desde então, elemento essencial do constitucionalismo moderno, associado à organização do Estado.

2. DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os sacrifícios e os horrores causados no século das ideologias reacenderam a chama do humanismo, com profundas repercussões sobre o conceito de Estado, do Direito e, especialmente do Direito Público.

No tocante ao **Estado**, o fim da Segunda Guerra Mundial e, logo depois, o desmoronamento do império comunista despertaram a consciência e um generalizado consenso sobre a necessidade de redimensionar a instituição com o propósito de evitar que ela se tornasse um fim em si mesmo e não, como deveria, um instrumento de organização e de ação das sociedades.

No que concerne ao **Direito**, o positivismo jurídico entrava em crise, não só em razão abundante e por vezes caótica produção de leis pelas assembleias legislativas e parlamentos, banalizando-as e desacreditando-as, quanto pelo abandono do valor da legitimidade, o que as distanciava dos valores das sociedades democraticamente

organizadas, não só em sua elaboração como em sua aplicação.

Por derradeiro, no que se refere especialmente ao **Direito Público**, também perdiam as leis o seu protagonismo secular enquanto norte axiológico e fundamento normativo da vida dos países civilizados, para ceder esta função às Constituições, que, para tanto, tornaram-se **os estatutos dos direitos fundamentais**, dotadas de força vinculante, de efetividade e de garantias para assegurá-los, todas essas características correspondentes à nova abordagem do Direito Constitucional, convencionalmente designada de **neoconstitucionalismo**.

A persistência da duplicidade de expressões atualmente usadas - direitos humanos e direitos fundamentais – recebe explicações por várias correntes teóricas e sob diversos fundamentos, mas, para concluir a referência às denominações usuais, parece ser a mais adequada a que reserva a expressão **direitos humanos** para certos valores supra-estatais, porque atinentes à pessoa humana, que não podem ser derogados pelas Constituições, enquanto que **direitos fundamentais** seriam todos os que viessem a ser nelas positivados, mesmo aqueles que não sejam diretamente atinentes à pessoa humana.

3. EXPANSÃO DO CONCEITO NAS CONSTITUIÇÕES PÓS-MODERNAS E NA *CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPÉIA*, DE 7 DE DEZEMBRO DE 2000

As Constituições pós-modernas, a partir da inspiração das Cartas imediatamente promulgadas no Segundo Pós-Guerra - a da França, de 1946, a da Itália, de 1948 e a da Alemanha, de 1949 - acolheram e divulgaram a **teoria dos direitos fundamentais**, tal como acima brevemente exposta, devendo-se destacar, pela influência sobre o constitucionalismo brasileiro, além das mencionadas, a portuguesa, de 1976, e a espanhola, de 1978, que se caracterizaram pela ampliação do rol de direitos fundamentais de cunho social.

Na convivência multilateral, a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia*, proclamada pelos Presidentes do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, quando da reunião do Conselho Europeu de Nice, de 7 de Dezembro de 2000, veio a ser o resultado de um procedimento sem precedentes no Direito Internacional, a partir de um mandato conferido pelo Conselho Europeu a uma Convenção para tanto especificamente formada e apoderada para articular o conjunto dos direitos cívicos, políticos, econômicos e sociais dos cidadãos europeus, assim como os de todas as pessoas residentes no território da União. Estes direitos encontram-se reagrupados em seis grandes capítulos: Dignidade, Liberdade, Igualdade, Solidariedade, Cidadania e Justiça

No Brasil, o conceito de direitos fundamentais está reconhecidamente adotado na Constituição de 1988, dotado de prelácia sobre todos os demais, e destacadamente itemizados logo em seu artigo 1º:

- a **cidadania**
- a **dignidade da pessoa humana**
- os **valores sociais do trabalho e da livre iniciativa**

- o pluralismo político.

III – O CONTEÚDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. CONTEÚDO TÉCNICO

Deve-se reconhecer um triplo conteúdo técnico dos direitos fundamentais, correspondendo a uma tríplice missão a eles relativas a ser desempenhada pelo Estado: a **declaração**, a **garantia** e a **funcionalização**.

Quanto à **declaração**, a mera expressão já indica que nem a Constituição nem o Estado constituem tais direitos, pois que eles a ambos pré-existem. Por este mesmo motivo, as declarações positivadas devem ser sempre entendidas como exemplificações de um rol em aberto e não como uma lista taxativa.⁴

No que respeita à **garantia**, surge para o Estado o dever de não apenas respeitar os direitos fundamentais, mas também o de proteger as pessoas contra ameaças ou violações contra eles perpetradas, daí a disponibilização de instrumentos jurídicos para tornar efetiva essa proteção, muitos deles de assento constitucional, como, destacadamente, entre outros, o habeas corpus, o mandado de segurança e a ação popular.

No que toca à **funcionalização**, como o mais novo aspecto conteudístico da Constituição referido aos direitos fundamentais, impõe-se ao Estado o dever jurídico de atuar

⁴ A Constituição brasileira de 1988 exprime perfeitamente este conceito no seu parágrafo 2º, ao se referir aos direitos e garantias implícitos e aos decorrentes dos tratados internacionais.

no sentido de lograr a realização dos fins e dos valores constitucionais fundamentais, o que implica em dispô-lo orgânica e funcionalmente para a realização das políticas públicas necessariamente voltadas a essa finalidade, com o decorrente reconhecimento de um direito subjetivo público das pessoas, enquanto governados, de exigir do Estado a atuação eficiente neste sentido.

2. AS GARANTIAS

Observa o ilustre jurista Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que as próprias **garantias** dispostas constitucionalmente, tomadas agora em sentido estrito, constituem um determinado ângulo dos direitos fundamentais, entendendo-se que, por existirem direitos como os de não sofrer censura, a não terem confiscados seus bens, a recorrer ao Judiciário, a impetrar mandado de segurança ou a requerer habeas corpus, têm-se correlatos direitos subjetivos à respectiva garantia, ou seja, direitos-garantia. Distintamente, porém, tais direitos não podem ser considerados como naturais, pois presumem a existência de uma infraestrutura social que os suporte. Presumem, portanto, uma vida em sociedade, e, mais do que isto, uma organização juspolítica que os suporte genericamente como **garantia de justiça**.

IV – O CONTEÚDO DO DIREITO FUNDAMENTAL DA GARANTIA DE JUSTIÇA

Assim caracterizada a **garantia de justiça** no sistema dos direitos fundamentais, passa-se a examinar os seguintes aspectos de seu conteúdo: **igualdade e não-**

discriminação, vedação do arbítrio, reserva legal, devido processo legal e ampla defesa.

1. IGUALDADE E NÃO-DISCRIMINAÇÃO

A função de não discriminação, de forte inspiração norte-americana, é uma derivação voltada a assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente **iguais**.

Esta função, de não admitir discriminação, atinge a todos os direitos: tanto se aplica aos direitos, liberdades e garantias individuais (*e.g.*: a não discriminação em virtude de, raça, religião etc.), como aos direitos de participação política (*e.g.*: direito de acesso à educação, aos cargos públicos etc.) como ainda aos direitos sociais (*e.g.*: direito à profissão, ao emprego, à formação profissional, à aposentadoria, etc), abrangendo ainda os direitos prestacionais (*e.g.*: serviços públicos, de saúde, habitação etc.).

2. VEDAÇÃO DO ARBÍTRIO

Como é da natureza principiológica dos direitos fundamentais o serem semântica e estruturalmente abertos, demandam, quase sempre, a sua concretização por normas infraconstitucionais.

Cabe, assim, ao legislador, para o cumprimento deste dever, observar duas sucessivas obrigações: *primo*: o dever de **concretizar o conteúdo normativo desses direitos**

balizando a sua aplicação administrativa e jurisdicional e, *secundo*: o dever de respeitar seu **conteúdo essencial**.

O entendimento do que seja o **conteúdo essencial dos direitos fundamentais**, segundo a monografista Ana Maria D'Ávila Lopes,⁵ parte da base hermenêutica construída por Rudolf Smend em sua **teoria da integração**, entendida como uma atuação necessária do Estado para renovar-se permanentemente. Destarte, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais se define como um concreto sistema jurídico de valores destinados a integrar a legitimidade da ordem juspolítica; uma asseveração que se harmoniza perfeitamente com o conceito, acima referido, de **dever funcional do Estado de realizar os valores constitucionais**.

Nesta mesma linha, prossegue a autora, e com vistas a determinar o significado dos direitos fundamentais, Peter Häberle parte das seguintes premissas:

- a) a função social dos direitos fundamentais é dirigida a solucionar dois problemas: a determinação dos limites imanentes e o vínculo material do legislador em relação aos direitos fundamentais;
- b) entre os bens jurídicos constitucionais, existem relações de "condicionabilidade" mútua, da mesma forma que entre os direitos fundamentais existe também uma condicionabilidade, visto que todos se encontram relacionados entre si e com a totalidade da Constituição.

⁵ LOPES, ANA MARIA D'ÁVILA. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais**. In Revista de Informação Legislativa, Brasília, a 41, nº 164, out/dez 2004, ps. 7 a 14.

Assim, os direitos fundamentais se reforçam e se protegem mutuamente;

c) os direitos fundamentais são a base funcional da democracia na medida em que, paralelamente à sua dimensão pessoal e privada, possuem uma dimensão democrática e pública, embora, em função da democracia, não se devam instrumentalizar os direitos pessoais, mas procurar o equilíbrio das duas dimensões.

Concluindo seu excelente estudo sobre essa **garantia do conteúdo essencial**, Ana Maria D'Ávila Lopes explica que o conceito surgiu basicamente para limitar os abusos normativos da atividade reguladora do legislador ordinário em matéria de direitos fundamentais, de modo que:

“a importância da garantia como mecanismo de limite ao poder de legislar é inquestionável, não apenas porque é uma garantia que não depende de maiores regulamentações – visto que sua aplicação pode ser direta, facilitando sua utilização –, mas porque, por meio dela, pode-se garantir o real exercício dos direitos fundamentais, elementos legitimadores e fortalecedores do Estado Democrático de Direito.”⁶

3. RESERVA LEGAL

O **princípio da legalidade** se encontra claramente expresso no art. 5º, II e XXXIX, da Constituição Federal,

⁶ LOPES, ANA MARIA D'ÁVILA. *Op cit.*, p. 14.

como pilar estrutural do Estado Democrático de Direito, abrangendo, assim, todos os ramos do Direito.

Esta constatação doutrinária se corrobora com a leitura jurisprudencial, na qual emerge com clareza que a legalidade, em suas vertentes formal e substancial subordina quaisquer atos estatais, notadamente os restritivos das liberdades individuais, mesmo em potência, como atestam os seguintes dois julgamentos paradigmáticos, um do STJ e outro do STF.

O STJ tem assentado:

“(...) princípio da legalidade. ausência de tipicidade da infração. 1. O procedimento administrativo pelo qual se impõe multa, no exercício do Poder de Polícia, em decorrência da infringência a norma de defesa do consumidor deve obediência ao princípio da legalidade. É descabida, assim, a aplicação de sanção administrativa à conduta que não está prevista como infração. 2. Recurso ordinário provido.⁷”

O STF, por seu turno, assim tem decidido:

“(...) pretensão cautelar fundada nas alegações de transgressão à garantia do "due process of law", de ofensa ao princípio da intranscendência das medidas restritivas de direitos e de desrespeito ao postulado da reserva de lei formal (...) limitação de direitos e necessária observância, para efeito de sua imposição, da garantia constitucional do devido processo legal.⁸”

⁷ STJ - ROMS – 19510 – GO - Rel. Min. Teori Albino Zavascki - Primeira Turma. Julgado em 20/06/2006.

Nesta decisão da Suprema Corte colhem-se as seguintes passagens ilustrativas:

“A imposição estatal de restrições de ordem jurídica, quer se concretize na esfera judicial, quer se realize no âmbito estritamente administrativo (como sucede com a inclusão de supostos devedores em cadastros públicos de inadimplentes), supõe, para legitimar-se constitucionalmente, o efetivo respeito, pelo Poder Público, da garantia indisponível do "due process of law", assegurada, pela Constituição da República (art. 5º, LIV), à generalidade das pessoas, inclusive às próprias pessoas jurídicas de direito público, eis que o Estado, em tema de limitação ou supressão de direitos, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva e arbitrária”.

“A reserva de lei em sentido formal qualifica-se como instrumento constitucional de preservação da integridade de direitos e garantias fundamentais. - O princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal. - O abuso de poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua "contra legem" ou "praeter legem", não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária

⁸ STF - AC-AgR-QO - 1033 – DF – Rel. Min. Celso de Mello – Tribunal Pleno - Julgado em 25/05/2006.

que lhe confere o art. 49, inciso V, da Constituição da República e que lhe permite "sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar."

Como se observa, os Tribunais Superiores deixam claros os seus respectivos e consoantes posicionamentos quanto à abrangência do princípio da legalidade, limitativo da ação do Estado no exercício de sua pretensão punitiva, seja na esfera judicial, seja na administrativa, sem que nelas se esgote, pois em qualquer hipótese em que venha a exercer poder de polícia ou a impor medidas restritivas de liberdades individuais, é sempre imperativa a obediência ao princípio da legalidade.

4. TIPICIDADE FORMAL E MATERIAL

Expressa-se, no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, a idéia de **tipicidade formal e material**, ao exigir previsibilidade mínima das condutas proibidas, como decorrência lógica do princípio da legalidade.

A **tipicidade** das proibições normativas conecta-se, ainda, com a **segurança jurídica**, embora na prática nem sempre seja fácil o estabelecer limites entre os termos jurídicos indeterminados, as cláusulas gerais e os princípios jurídicos - todos freqüentemente invocados pelas autoridades administrativas como fundamento para punir comportamentos supostamente transgressores.

A tipicidade, não obstante, é corolário obrigatório do princípio da legalidade - visceralmente incompatível com as fórmulas genéricas abertas, por vezes utilizadas no Direito Penal (leis penais em branco). Ocorre que, no ramo penal, a

sanção é aplicada pelo próprio Poder Judiciário, que detém a tutela última da legalidade, o que não ocorre no ramo administrativo do Direito, em que o tipo nele discriminado com a previsão da conduta e da respectiva sanção, pode ser por vezes utilizado como conceito indeterminado, mas, ainda assim, os seus limites devem ser apontados, pois que visam a garantir o princípio da legalidade, da segurança jurídica e do devido processo legal.

Um dos constantes e distorcidos efeitos da proliferação das ferramentas que ampliam o alcance dos tipos sancionadores é o indevido alargamento do espaço discricionário aos intérpretes aplicadores, até mesmo para impor punições imprevistas ou concretamente retroativas, abrindo às autoridades administrativas o perigoso caminho do desvio de poder e do arbítrio.

Este *caveat* de inegável importância para a sustentação do Estado Democrático de Direito está cristalinamente exposto na seguinte decisão do STF:

"Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90. 2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração. 3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia --- art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da

penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos. 4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido.⁹”

5. PRINCÍPIO DA TIPICIDADE DAS PROIBIÇÕES NORMATIVAS

A **tipicidade**, como acima afirmado, é um corolário obrigatório do princípio da legalidade e, por isso, seria incompatível com as fórmulas genéricas abertas, por vezes utilizadas no Direito Penal (leis penais em branco). É possível, todavia, a utilização de conceitos jurídicos indeterminados nas sanções de natureza disciplinar¹⁰, e, diante de modelos deontológicos de conduta, admite-se a interpretação própria desses institutos¹¹.

⁹ STF – RMS – 24699 – DF – Rel. Min. Eros Grau - Primeira Turma – Julgado em 30-11-2004.

¹⁰ CASSAGNE, CARLOS. 1995 *Apud* VITTA, HERALDO GARCIA. *Temas de Direito Administrativo - A Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo, Ed. Malheiros, 2003.

¹¹ ENTERRÍA, EDUARDO GARCIA DE; FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, 1982. *Apud* VITTA, HERALDO GARCIA. *Temas de Direito*

Registre-se, ainda, que no campo do exercício da função de polícia há espaço para uma tipicidade difusa e mais tênue. Não se trata, porém, de equiparar a função de polícia, que abrange dimensões preventivas e cautelares, com o poder sancionador, de específica natureza repressiva.

Todavia, mesmo no terreno do chamado exercício da função de polícia, o suporte fático que dará ensejo a essa espécie de restrição da liberdade individual deverá estar demonstrado e coberto pela previsão da norma permissiva.

6. PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA

A cláusula do **devido processo legal** formal e substancial, derivada do art. 5º LIV e LV, da Constituição Federal, oriunda do direito norte-americano e resultante do processo histórico anglo-saxão de construção dos direitos pela via jurisprudencial, sempre foi agasalhada no sistema pátrio, tendo o STF trabalhado com profundidade essa cláusula, dela extraindo conseqüências notáveis, na busca da chamada **interdição ao arbítrio** dos poderes públicos.

Com efeito, no campo do Direito Administrativo Sancionador, a Corte Suprema firmou o entendimento “no sentido de que o princípio do devido processo legal, de acordo com o texto constitucional, também se aplica aos procedimentos administrativos”¹² e que, muitas vezes, é

Administrativo - A Sanção no Direito Administrativo. São Paulo, Ed. Malheiros, 2003.

¹² STF. AI-AgR - 592340 - PR - Rel. Min. Ricardo Lewandowski - Primeira Turma - Julgado em 20/11/2007.

necessária a análise de legislação infraconstitucional para sua verificação. Esta asseveração reconduz ao STJ uma relevante importância no controle das multifárias sanções administrativas, em razão do notável protagonismo da legislação federal infraconstitucional integradora da cláusula do devido processo legal, cuja violação acaba tendo apenas natureza reflexa.

Em síntese, se pode afirmar que o devido processo legal sancionador contempla pelo menos os seguintes nove direitos fundamentais aos acusados em geral, todos permeados pelos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da segurança jurídica (art. 5º, inciso XXXVI, da CF) e da isonomia:

1 - garantia de que a administração pública só poderá fazer o que a lei permitir (princípio da legalidade, art. 5º, II da CF);

2 - acesso à ordem jurídica justa (art. 5º, XXXV da CF); proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º XXXVI da CF);

3 - garantia de ser processado e sentenciado somente por autoridade competente (Art. 5º, XXXVII e LIII da CF);

4 - individualização da pena (art 5º, XLV e XLVI da CF);

5 - presunção de inocência (art. 5º, LVII da CF);

6 - garantia de que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV e LV da CF);

7 - imparcialidade do juiz garantida pelo dever de motivação das decisões (Art. 5º, LX e art. 93, IX, da CF e art. 50 da Lei 9784/99);

8 - razoável duração do processo (Art. 5º, LXXVIII, CF);

9 - garantia de igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, *caput* e I da CF).

7. O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA COM OS RECURSOS INERENTES.

Nos termos do art. 5º, LV, da Constituição Federal, as asseguram-se as garantias do **contraditório** e da **ampla defesa**, com os recursos inerentes¹³.

São ambas ferramentas correlatas ao devido processo legal: sem contraditório, sem ampla defesa, não há falar-se em devido processo legal. Assim, Hely Lopes Meirelles¹⁴ lembra que *“por garantia de defesa deve-se entender não só a observância do rito adequado como a cientificação do*

¹³ “A nova constituição do Brasil instituiu em favor dos indiciados em processo administrativo, a garantia do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5, IV). O legislador constituinte consagrou, em norma fundamental, um direito do servidor público oponível ao poder estatal. a explícita constitucionalização dessa garantia de ordem jurídica, na esfera do procedimento administrativo-disciplinar, representa um fator de clara limitação dos poderes da administração pública e de correspondente intensificação do grau de proteção jurisdicional dispensada aos direitos dos agentes públicos.” (STF - MS - 20999 - DF- Rel. Min. Celso de Mello - DJ 25-05-1990.)

¹⁴ *Direito Administrativo Brasileiro*, 28ª edição, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 660.

processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar os atos da instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis”.

8. EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL APLICATIVA DOS PRINCÍPIOS DE GARANTIA DE JUSTIÇA

Nesta rubrica cabe examinar-se os princípios aplicativos do **juiz natural**, da **segurança jurídica**, da **motivação** e da **individualização da pena administrativa**.

O **princípio do juiz natural** encontra-se no art. 5º, LIII, da Constituição Federal. Aplica-se tanto à esfera judicial quanto à administrativa. Pretende-se equiparar a autoridade administrativa, cada vez mais, à autoridade judiciária, em termos de imparcialidade e independência. Da mesma forma, percebe-se que o processo administrativo sancionador tem-se aproximado do processo penal, na linha de acercamento entre a processualidade administrativa e a judicial. Nada mais lógico, pois, que o princípio do juiz natural reflita conseqüências, como aquela atinente ao promotor natural, como corolário da acusação imparcial.

O **princípio da segurança jurídica** se assenta no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal e no art. 2º da Lei nº 9.784/1999, a previsão expressa acerca da segurança jurídica como princípio normativo vinculante. Uma série de institutos acaba sendo informada e influenciada pelo valor segurança jurídica. Cuida-se, no plano axiológico, da

projeção de efeitos legislativos, administrativos e jurisprudenciais dessa importante diretriz.

Todo o ideário do Estado de Direito é calcado no valor segurança jurídica: eis que se trata de um dos pilares da juridicidade moderna. Não impressiona, pois, que tal princípio venha a constituir a pedra-de-toque da hermenêutica contemporânea¹⁵, sobretudo daquela vinculada ao campo punitivo, comprometendo-se com liberdades individuais e a previsibilidade mínima das proibições estatais.

Institutos como a **preclusão administrativa**¹⁶, que ganham força no Direito Administrativo Sancionador, são informados pela segurança jurídica. O comportamento da Administração é válido para o futuro, com respeito à coisa julgada e a assim chamada preclusão administrativa, como estabelece o § 2º do art. 63 da Lei 9784/99: “O não conhecimento do recurso não impede a Administração de rever de ofício o ato ilegal, desde que não ocorrida preclusão administrativa.” Não se pode admitir a contradição interna do Estado em tema de persecução de

¹⁵ Consoante cediço, a segurança jurídica é princípio basilar na salvaguarda da pacificidade e estabilidade das relações jurídicas, por isso que não é despiciendo que a segurança jurídica seja a base fundamental do Estado de Direito, elevada ao altiplano axiológico. (STJ – Resp – 658130 – SP - Rel. Min. Luiz Fux - Primeira Turma - Julgado em 05/09/2006.)

¹⁶ A coisa julgada administrativa, segundo Carvalho Filho, se define “como sendo a situação jurídica pela qual determinada decisão firmada pela Administração não mais pode ser modificada na via administrativa” (CARVALHO FILHO, JOSÉ DOS SANTOS. *Manual de Direito Administrativo*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 770.) Ainda, “A coisa julgada administrativa ocorre quando a Administração não pode mais rever seus próprios atos, ou por se tratarem de atos vinculados, ou por terem exaurido seus efeitos, ou porque geraram direitos subjetivos” (CASSALES, LUIZA DIAS. Revista de Doutrina do TRF da 4ª Região. *A prescrição, preempção e decadência – Administrativas*.)

fatos ilícitos. Ao revés, é imperioso que a Administração adote interpretações e as siga em todas as suas esferas.

Cuida-se, assim, na verdade, de uma conseqüência do princípio constitucional da segurança jurídica, que confere densidade normativa ao postulado da coerência do Estado no exercício de suas atividades e recomenda a observância de decisão anterior proferida pela própria Administração¹⁷.

Segue-se o **princípio da motivação** dos atos sancionadores, que se encontra no art. 93, IX, da Constituição, que se complementa pelos arts. 2º, VII, e 50 da Lei 9784/99. A ele atrelados, estão os princípios da impessoalidade, da objetividade e da imparcialidade, que praticamente se confundem, dado o seu profundo entrelaçamento.

A Administração deve atuar em conformidade com os ditames impessoais e isonômicos da lei, donde não deve perseguir fins privados, mas apenas o interesse público. O administrador público não atua em nome próprio, mas em nome de todo o Estado, dos contribuintes e dos cidadãos. Seus critérios devem ser objetivos e racionais, não podem ser nem arbitrários, nem personalistas, menos ainda, ilegais ou inconstitucionais. A objetividade se opõe à subjetividade ou ao subjetivismo.

¹⁷ Importante é o magistério de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO: “Se a Administração adotou determinada interpretação como correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. (...) Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo.” (*in Direito Administrativo*, 13ª. edição, Ed. Atlas, São Paulo, 2001, p. 85).

A partir daí, diz-se também que o administrador, até em respeito à isonomia dos cidadãos perante a ordem jurídica, deve ser **imparcial**. Não pode mover-se, o agente público, por interesses próprios, privados ou pessoais, razão pela qual lhe é exigível a imparcialidade ou o distanciamento prudente dos interesses em jogo. E o método, ou o instrumento, para efetivação dessas exigências, passa pela motivação dos atos administrativos - o dever de fundamentação que impõe ao administrador exteriorizar suas razões de agir e, quando se impuser o silêncio, este deve encontrar respaldo em razões jurídicas subjacentes, sob pena de se configurar a omissão indesculpável.

Não há dúvidas de que os atos administrativos sancionadores devem ser devidamente motivados¹⁸. Nos termos do artigo 50, § 1º da lei n.º 9784/1999, a motivação há de ser explícita, clara e congruente¹⁹. Trata-se de princípio que encontra respaldo na Constituição Federal e na legislação federal. A ausência de motivação implica nulidade do ato. A propósito, decidiu o STJ: "O princípio da motivação possui natureza garantidora quando os atos levados a efeito pela Administração Pública atingem a seara

¹⁸ “É inafastável a idéia de que ao Estado incumbe motivar suas decisões, estabelecendo pleno vínculo de causa e efeito entre a ação do particular e a atuação da administração.” (TRF4 - Remessa *ex officio* – 200004011417584 – RS – Rel. Des. Federal Joel Ilan Paciornik - Quarta Turma – Julgado em 29/08/2002).,

¹⁹ Sobre o tema, EGON BOCKMANN MOREIRA lembra que “a motivação assume especial relevância quanto aos atos discricionários. Nesses casos, em que o agente administrativo deve adotar a melhor solução para o caso concreto, nos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, acentua-se a necessidade de motivação explícita”. (*in Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a lei 9784/1999*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007. p. 355)

individual dos servidores. Assim, a remoção só pode ser efetuada se motivada em razão de interesse do serviço.²⁰

O **princípio da individualização da pena administrativa** tem fundamento no art. 5º, XLV e XLVI, da Constituição. Vem a ser uma decorrência do princípio da personalidade da pena²¹ e também se conecta à idéia de responsabilidade subjetiva²².

O STJ tem aplicado simetricamente os princípios do Direito Penal e do Direito Processual Penal à matéria, quando assevera que:

²⁰ STJ - RMS - 12.856 – PB – Rel. Min. Gilson Dipp - Quinta Turma - DJ de 01/07/2004. No mesmo sentido, consultem-se: STJ - AgRg no RMS - 18.388 – PB - Rel. Min. Laurita Vaz – Quinta Turma – Julgado em 12-12-2006.

²¹ “A individualização da pena confere aos sentenciados direito subjetivo público perante o Estado-Juiz, analogamente transferido às autoridades administrativas competentes, traduzindo-se em exigência de fundamentação adequada e proporcional nos moldes exemplificativos e referenciais do art. 59 do CP, dispositivo que não consagra poderes discricionários e sim conceitos jurídicos indeterminados. A individualização das sanções, com suporte no Direito Administrativo Sancionador, exige ato fundamentado das autoridades administrativas, daí derivando direito subjetivo público aos jurisdicionados e administrados”. (MEDINA OSÓRIO, FÁBIO. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2006. p. 464).

²² Individualização da pena, além de preceito constitucional, significa a concretização da *justiça* de se atribuir a cada um o que é seu, a cada um o que efetivamente merece, valendo-se, pois, da culpabilidade do fato e da culpabilidade do autor, esta esgotando-se igualmente no fato. A primeira auxilia na formação dos tipos penais, especificamente do preceito sancionador (limites mínimo e máximo da pena), bem como oferece ao magistrado dados concretos da gravidade do que foi praticado, para a eleição da pena concreta. A segunda serve ao juiz, pois a vida pregressa, a personalidade, a motivação e outros dados próprios de cada réu devem ser considerados identicamente na fixação da pena justa. (NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. *Individualização da pena*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2005. p. 389.)

“reconhecida a ocorrência de fato que tipifica improbidade administrativa, cumpre ao juiz aplicar a correspondente sanção. Para tal efeito, não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as conseqüências da infração, individualizando-as, se for o caso, sob os princípios do direito penal. O que não se compatibiliza com o direito é simplesmente dispensar a aplicação da pena em caso de reconhecida ocorrência da infração. 2. Recurso especial provido para o efeito de anular o acórdão recorrido.²³”

Nessa mesma linha, o STJ também assentou o seu entendimento:

“(...) Ora, a aplicação da pena, ainda que na esfera administrativa, deve observar o princípio da proporcionalidade e da individualização da pena, ou seja, a fixação da punição deve ater-se às circunstâncias objetivas do fato (natureza da infração e o dano que dela provir ao erário público), e subjetivas do infrator (atenuantes e antecedentes funcionais). A sanção não pode, em hipótese alguma, ultrapassar em espécie ou quantidade o limite da culpabilidade do autor do fato. A afronta ou a não-observância do princípio da proporcionalidade da pena no procedimento administrativo implica em desvio de finalidade do agente público, tornando a sanção aplicada ilegal e sujeita à revisão pelo Poder Judiciário. (...)”²⁴

²³ STJ - REsp – 513576 – MG – Rel. Min. Teori Albino Zavascki - Primeira Turma – Julgado em 03/11/2005.

V – CONCLUSÕES

O **direito administrativo sancionador**, entendido como uma evolução do clássico - e então chamado - "**poder de polícia da administração pública**" (hoje, apenas concebida como **função administrativa de polícia**) surgiu na década de 60 e daí em diante vicejou, na linha aberta pelo neoconstitucionalismo, que, por sua vez, possibilitou a efetivação da teoria dos direitos fundamentais.

Coube às **cortes constitucionais europeias** assentar as suas **bases teóricas evolutivas** através de uma paulatina aproximação às conquistas tradicionalmente já assentadas no direito penal, com isso, apartando a **sanção administrativa** da indefinição e da generalização próprias a seu antigo conceito, de cunho vertical e autoritário, formulado na sistemática do, então chamado, "**poder**" de polícia.

A própria caracterização da **polícia** como um poder da Administração já espelhava a arrogância dessa tradicional pretensão imperial, pois realmente tal poder - o de limitar e condicionar direitos individuais - é próprio dos legislativos, que não os pode alienar, mas tão somente delimitar espaços de aplicação discricionária.

²⁴ STJ - RMS - 13.617 – MG - Rel. Min. Eliana Calmon - Segunda Turma - Julgado em 12/03/2002.

Desde logo, marca profundamente toda essa evolução, o despertar da **consciência cidadã** quanto à necessidade de impor **limites** à perversa confusão que se criou entre discricionariedade e arbitrariedade, tal como predominava nas relações decorrentes da função de polícia sob a visão jusadministrativista positivista.

Por este motivo, desde logo, no processo evolutivo trilhado, gerou-se a preocupação de **agregar garantias para a proteção dos direitos fundamentais**, como resultado da horizontalização do Direito Administrativo e por força do princípio democrático, que **passaram a exigir um maior rigor jurídico do Estado** quando se trata de punir pessoas físicas ou jurídicas por supostas transgressões.

À guisa de conclusão, oferece-se esta atualíssima passagem de Aléxis de Tocqueville, na sua esclarecida obra *Da Democracia na América*²⁵, tão oportunamente lembrada por Eduardo García de Enterría nas páginas de encerramento de seu já clássico *A luta contra as imunidades do poder*²⁶:

É da essência do poder judiciário ocupar-se de interesses particulares e dirigir com complacência seus olhares sobre os pequenos objetos que se apresentam à sua vista; é também da essência desse poder, senão acudir ele próprio em auxílio daqueles que são oprimidos, estar sem desfalecimento à disposição do mais humilde deles. Por mais débil que se suponha que seja, pode

²⁵ TOCQUEVILLE, ALEXIS. *De la démocratie en Amérique*, Paris: ed. Gallimard, 1951, II, p.331 (n/ trad.)

²⁶ ENTERRÍA, EDUARDO GARCÍA DE. *La lucha contra las inmunidades del poder.* Madri: Cuadernos Civitas, 3ª ed., 2004, p. 108.

sempre obrigar o Juiz a escutar sua reclamação e a respondê-la.

Teresópolis, inverno de 2008.