



SANÇÕES ADMINISTRATIVAS: ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRATIZAÇÃO DA AÇÃO ESTATAL

**ADMINISTRATIVE SANCTIONS: BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS
AND DEMOCRATIZATION OF STATE ACTION**

Daniel Ferreira

É laureado pela Faculdade de Direito de Curitiba (FDC - 1993), Mestre (PUCSP - 1999) e Doutor (PUCSP - 2008) em Direito do Estado (Direito Administrativo) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, além de graduado em Engenharia Industrial Elétrica pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR - 1988). Atualmente é diretor acadêmico do Instituto Brasileiro de Estudos da Função Pública (IBAFP), membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado (IIEDE), do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA) e do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP). Ex-Coordenador (2009-2011) e, ainda, professor do Corpo Docente Permanente do Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA); ex-Coordenador (2001-2003) e ex-Chefe do Departamento de Direito Público (1999-2001) da Faculdade de Direito de Curitiba (do UNICURITIBA), na qual é Professor Titular de Direito Administrativo (desde 1996). É, também, parecerista e sócio-fundador do FERREIRA & KOZICKI DE MELLO Advogados Associados (desde 1996), onde exerce a advocacia consultiva e contenciosa. Atua, principalmente, com os seguintes temas: poder de polícia; infrações e sanções administrativas; serviço público; parcerias público-privadas; agências reguladoras; processo administrativo geral, sancionador e disciplinar; licitações e contratos administrativos; sustentabilidade; desenvolvimento sustentável; função social da propriedade, da empresa, do contrato, das licitações e dos contratos administrativos; direito empresarial. Lattes: lattes.cnpq.br/0992142145444171
E-mail: danielferreira@fbadv.com.br

Resumo

Este artigo pretende investigar a apuração dos ilícitos e a imposição de sanções administrativas no entorno dos direitos fundamentais e da democratização da ação estatal no Brasil. Para tanto, ele parte da compreensão da sociedade contemporânea – como global, tecnológica e de riscos – e do seu impacto nos direitos fundamentais, que acabam por reclamar direitos de nova geração. Na seqüência, assume-se o novo perfil da Administração Pública, marcado pela participação e pela

consensualidade, para o final trato das infrações e das sanções administrativas, dos princípios a serem observados e das novidades legislativas nessa seara, que se mostram indubitavelmente afetadas por todos esses fatores, com especial destaque para a dignidade da pessoa humana e para a função social da empresa.

Palavras-chave: Sanções administrativas. Direitos fundamentais. Administração Pública consensual.

Abstract

This paper intends to investigate the determination of the illicit and the imposition of administrative sanctions in surrounding the fundamental rights and the democratization of the State's practice in Brazil. To this end, it starts from the understanding of the contemporary society – as global, technological and risky – and from its impact on the fundamental rights, which ends up on claiming rights for new generation. Subsequently, it assumes the new profile of the Public Administration, marked by the participation and consensus, for the final handling of the infractions and administrative sanctions, the principles to be observed and the legislative newness in this field, which undoubtedly seemed affected for all these factors, with special emphasis for the human dignity and the social function of the company.

Keywords: Administrative sanctions. Fundamental rights. Consensual Public Administration.

INTRODUÇÃO

Investigar as “sanções administrativas entre direitos fundamentais e democratização da ação estatal” traz um quádruplo desafio, o de descortinar os direitos fundamentais e a cogitada democratização da ação estatal *pari passu* com as sanções administrativas, fazendo-os, afinal e principalmente, interpenetrarem-se.

Ou seja, a indicada pretensão revela uma tarefa difícil, mas não impossível, haja vista a assumida predisposição de alinhá-los numa tecitura prestante à defesa dos direitos e dos interesses dos acusados de cometimento de ilícitos perante uma Administração Pública participativa e consensual, ademais de sensível aos direitos fundamentais.

Destarte, passam a ser previamente valorados os efeitos, jurídicos e materiais, diretos e indiretos, imediatos e mediatos, possivelmente decorrentes da antevista resposta sancionadora, num cenário de responsabilização administrativa sensível aos direitos e interesses, das pessoas humanas e das pessoas jurídicas, isoladamente consideradas ou em face de toda a coletividade.

E tudo isso previamente ambientado numa sociedade sem fronteiras e de riscos, ensejadora de novos comportamentos, públicos e privados, inusuais em tempos remotos.

I. DA SOCIEDADE GLOBAL, TECNOLÓGICA E DE RISCOS

Uma questão de importância transcendente para a compreensão e a sustentação das considerações que se fará, é a que revela a sociedade contemporânea como *global, tecnológica e de riscos*. Logo, marcada por avanços tecnológicos que permitem o deslocamento de pessoas e de bens entre os continentes com velocidade extraordinária, bem como a troca quase que instantânea de informações, alterando as noções de tempo e de espaço. E, de conseqüência, gerando situações de perigo até então impensadas, tanto pela impossibilidade intelectual ou técnica de antevê-las, como pelo fato de os riscos de outrora não serem os mesmos da “modernidade tardia”. (BECK, 2010).

Daí redonda a necessidade de se perscrutar o tema proposto a partir da Lei das leis, porém com atenção a esse delicado contexto – social, político, econômico e tecnológico, sem olvidar que *justamente por conta dele* é que se reclamam papéis renovados para o Estado Brasileiro e para a própria Administração Pública, sob pena de não mais cumprirmos, com a adequação necessária, sua própria razão de existir. Reforça esse entendimento a circunstância de que desde os anos 1990 se vem constatando o crescimento exacerbado de normas (DOTTI, 2001, p. 25) prevendo ilícitos administrativos de *mera conduta* e de *mera voluntariedade*, num viés de prevenção e de precaução que poderia parecer incompatível com a evolução da tutela, constitucional e legal, dos direitos fundamentais.

Mas assim não se dá porque o anseio pelo Direito Penal mínimo, fragmentário, pautado pela ofensa grave a um bem jurídico penalmente relevante e como *conditio sine qua non* de validade para a privação de liberdade dos indivíduos (FERREIRA, 2010, p. 114-120), cria o ambiente social e jurídico propício para o reconhecimento e a maximização de um direito novo e especializado, o Direito Administrativo Sancionador. (NIETO, 2000; OSÓRIO, 2005). Aquele apto a responder, adequada e proporcionalmente, às situações coletivamente indesejadas e por conta das quais se exige intervenção estatal (legislativa e/ou administrativa) na sua versão clássica – “dado o ilícito, deve-ser a sanção” (FERREIRA, 2001, p. 188) – ou contemporânea – “dado o ilícito, deve-ser a sanção, em regra” (FERREIRA, 2010, p. 333) – que paulatinamente vem admitindo, *nos termos e nos limites da lei*, formas alternativas de composição de litígios.

E ainda que sem tratar das sanções administrativas (ou dos ilícitos que lhes servem de suporte lógico-jurídico), foi Neto (2000, p. 37-48) o precursor da chamada “administração pública consensual”, vislumbrada como consentânea com as exigências democráticas atuais, de participação dos interessados na tomada de decisões pela Administração Pública. No seu dizer, existe um (contemporâneo) “direito que tem seu fundamento na *consensualidade*, que se desenvolve no crédito da perfectibilidade humana e na confiança de que o diálogo, a negociação e a concertação entre os homens têm superiores condições de conduzir a sociedade a comportamentos éticos elevados e fecundos.” (NETO, 2000, p. 2).

É nos limites desse cenário, enfim, que se apresentarão as duas faces de uma mesma moeda, aquela que revela sua essência na própria e sempre atual lição de Teoria Geral do Direito, de Kelsen (1991, p. 43): “**as sanção é conseqüência do ilícito; o**

ilícito (ou delito) é um pressuposto da sanção”, mas com o colorido próprio da sociedade de risco, da necessária observância dos direitos fundamentais e da democratização da ação estatal, tudo isso nos termos da(s) lei(s) e do Direito.

2. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Aqui não cabe discorrer, exaustivamente, acerca dos direitos fundamentais. Interessam apenas, e *en passant*, aqueles relacionados com o Direito Administrativo Sancionador, portanto com o conjunto de normas (regras e princípios), sistematicamente organizadas, que tratam das infrações e das sanções apuráveis e imponíveis, respectivamente – e das excepcionais alternativas para tanto, no regular exercício da função administrativa.

Todavia, mesmo assim não é possível passar ao largo da identificação técnica dos direitos fundamentais, aqui apropriada de Silva (2004, p. 178), por conta da sua lucidez: “se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”. Ou seja, entra em pauta a *dignidade da pessoa humana* em sua dimensão mais profunda, axiológica, expressiva das mais diversas nuances, ainda que algumas se mostrem de rarefeita ou mesmo de nenhuma utilidade para este trabalho, como delimitado; por exemplo, o da liberdade de crença.

Justen Filho (2011, p. 166) argutamente percebe ser impossível apresentar uma formulação exaustiva de todos os direitos fundamentais relacionados com o regime de direito administrativo (muito mais amplo que o sancionador, por evidente). A despeito disso, propõe uma classificação didática, útil, encartando-os em três categorias (de cunho geral, social e econômico) e indicando pertencerem à primeira ordem a liberdade, a igualdade, a democracia republicana, a legalidade, a federação, a procedimentalização e a eficiência administrativa. Como sociais reconhece a solidariedade e os direitos sociais em sentido estrito, portanto aqueles previstos no art. 6º da Carta Magna. Afinal, alude como econômicos os direitos fundamentais à propriedade privada dos meios de produção, a livre iniciativa e a livre concorrência. Ou seja, ainda que sem alardes, ele amplia a noção ordinária de direitos fundamentais, porque não os atrela tão-somente à pessoa humana, fazendo-os alcançar as pessoas coletivas como já antevisto por Canotilho (1998, p. 386).

De outra banda, assume importância o fato de os direitos fundamentais, inerentes às pessoas físicas ou jurídicas, trazerem consigo certas características próprias – de inalienabilidade, de imprescritibilidade e de irrenunciabilidade, além da historicidade, como usualmente reconhecidas (SILVA, p. 178)– o que não significa dizer que eles sejam absolutos em si ou que contenham um conteúdo *a priori*, tornando-os blindados à intervenção legislativa ou administrativa. O seu substrato é o que as leis e a Constituição conferem; que o Direito atribui, melhor dizendo, porque também eles podem assumir uma maior ou menor expressão a partir das determinações da Administração Pública a guisa de satisfação do interesse público. Bandeira de Mello (2011, p.825) bem descreve o fenômeno, ao tratar do “poder de polícia”:

Através da Constituição e das leis os cidadãos recebem uma série de direitos. Cumpre, todavia, que o seu exercício seja compatível com o bem-estar social. Em suma, é necessário que o uso da *liberdade* e da *propriedade* esteja entrosado com a utilidade coletiva, de tal modo que não implique uma barreira capaz de obstar à realização dos objetivos públicos.

Convém desde logo observar que não se deve confundir liberdade e propriedade com *direito de liberdade* e *direito de propriedade*. Estes últimos são as expressões daquelas, porém tal como admitidas em um dado sistema normativo. Por isso, rigorosamente falando, não há limitações *administrativas* ao *direito* de liberdade e ao *direito* de propriedade - é a brilhante observação de Alessi -, uma vez que estas simplesmente integram o desenho do próprio perfil do direito. São elas, na verdade, a fisionomia normativa dele. Há, isto sim, limitações à liberdade e à propriedade.

Assim sendo, é preciso ter em mente que os direitos fundamentais podem ser impactados pelo exercício da potestade administrativa sancionadora, de forma direta e imediata, ou, pior, de modo *indireto* e *mediato*, mas que pode chegar a vulnerar sua própria essência como delimitada juridicamente. Por exemplo, em decorrência da aplicação de uma multa que, por seu impacto, atinge o âmago da própria propriedade.

Urge frisar, ainda e na passagem, que os direitos fundamentais foram evoluindo ao longo dos anos (BOBBIO, 1992), assim revelando seu traço de historicidade, partindo dos chamados direitos de primeira geração até o atingimento, em tempos modernos, daquilo que se denomina “quarta geração”.

A primeira é fundamentada na *liberdade* – no direito individual às liberdades (política, religiosa, de ofício etc.) – e se expressaria nos direitos (fundamentais) à não-intervenção do estado ou de resistência ao estado, permitindo a cada qual e a todos, indiferentemente, ditar o próprio destino. O papel do estado seria, apenas, o de proteger a propriedade e de garantir a segurança dos indivíduos. Tal hipótese mostrou-se falsa, especialmente porque os homens nunca foram (e nunca serão) iguais entre si, de modo que o afastamento estatal redundou na óbvia prevalência dos mais fortes.

Os direitos fundamentais de segunda geração vieram, exatamente, a socorrer os desvalidos que não integravam as minorias ricas do mundo industrializado. Foi o momento de se reconhecer os *direitos econômicos, sociais e culturais* – direitos da coletividade – que desembocaram na exigência de um estado prestador, apto a nivelar os homens mediante satisfação de suas necessidades básicas, o que a liberdade obtida, sozinha, não tinha dado conta de resolver. Em suma, a *igualdade* substancial (e não apenas formal), de cada um e de todos, exigia intervenção jurídica e material do poder público.

Tudo isso, contudo, não seria suficiente ao enfrentamento da sociedade global, tecnológica e de riscos. Foi preciso uma nova onda para que a paz, o meio ambiente e o desenvolvimento sustentável fossem erigidos à condição de direitos fundamentais da humanidade, haja vista que nenhuma fronteira geográfica ou jurídica se mostra capaz de afastar os efeitos da poluição, *e.g.*, que recaem sobre todos os seres vivos.

A *solidariedade* (ou a fraternidade) assumeo núcleo central de preocupação e proteção, no espaço nacional e mundial, e a nossa Carta Política de 1988 encampou o

meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental de terceira geração, disciplinando, em seu art. 225, que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Todos têm esse direito; não cada um. Não como direito de cada um, e de todos, mas como direito de todos. Não dos cidadãos brasileiros ou dos brasileiros, mesmo sem ostentar a condição de cidadãos: de todos, brasileiros ou não, nascidos e por nascer.

3. DEMOCRATIZAÇÃO DA AÇÃO ESTATAL

Por certo a possibilidade de escolha do presidente, dos governadores e dos prefeitos, bem como dos senadores, dos deputados federais e estaduais e, ainda, dos vereadores – pelo voto direto – oferece aos cidadãos brasileiros um arremedo de participação na condução da coisa pública. Todavia, a democracia do século XXI está a exigir muito mais, não se mostrando suficiente a singela possibilidade de escolha de alguns sujeitos, mesmo que titulares dos mais representativos cargos junto ao Poder Executivo e

A iniciativa popular (art. 61) como apta a inovar a ordem jurídica em caráter inicial, mediante possível (embora improvável) conversão do projeto de lei em lei, dá melhores sinais da democratização na criação do Direito, ao que se soma a consulta da população para fins redesenho da federação brasileira (art. 18), tudo nos termos da Constituição de 1988.

O Poder Judiciário não se fez em todo indiferente a esses anseios republicanos. Permitiu e vem permitindo, em casos sensíveis e relativamente recentes, a participação prévia da sociedade civil na formação do convencimento de seus integrantes antes da tomada de decisões por sua Corte Constitucional, democratizando o conhecimento, a crítica e a reflexão. O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF – que decidiu pela constitucionalidade da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005) e do uso das células-tronco embrionárias – serviu de paradigma para estes novos tempos.

Na esfera executiva também não são poucas as expressões contemporâneas da democracia, em especial no trato do orçamento participativo (AVRITZER; NAVARRO, 2003) e das licitações e contratações públicas (FIGUEIREDO, 2003, p. 383-399), que permitem real possibilidade de intervenção popular no exercício de função administrativa, trazendo a lume o direito fundamental à cidadania em sua vertente substancial. Contudo, ainda remanesce claudicante o controle social sobre as políticas públicas, que se vislumbra num cenário futuro e ideal como exercidas mediante plebiscito e referendo, quiçá nos moldes sonhados por Bonavides (1999) – de democracia participativa, direta e viabilizada com o uso cidadão da tecnologia.

À margem disso, não se pode negar que a Administração Pública vem experimentando a oportunidade de “compartilhar”(com o Terceiro Setor, e.g., em caráter complementar, a prestação de serviços de utilidade coletiva não-privativos do estado) e de “compor” (conciliando, transigindo ou desistindo de lides no âmbito dos juizados especiais – Lei nº 12.153/2009), em certas e objetivas condições, consoante

disposto em lei. Logo, sem fugir ao primado da legalidade que, ademais, por ser expressão da vontade popular, vem paulatinamente permitindo (ou mesmo determinado, em certas circunstâncias) o compartilhamento e a democratização da ação estatal. Não se trata, pois, de preferir a *consensualidade* (imanente à partilha ou ao acordo) à *imperatividade* (da ação administrativa indelegável e indelegada; unilateral e calçada na “letra fria” da lei), como sustentado por Neto (2000, p. 41), mas de reconhecer que a ordem legal em vigor tenha eventualmente priorizado a ação compartilhada e a composição às soluções de praxe, como a de impor sanções em reciprocidade ao cometimento de infrações.

Melhor dizendo,

À tradicional atividade *imperativa* soma-se a atividade *consensual*, passando a Administração a desenvolver as suas atividades antes pela via da *coordenação*, seja com outros entes públicos (cooperação), seja com particulares (*colaboração*), do que aquela da *subordinação*. (PRATES, 2005, p. 43).

4. SANÇÕES E INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS

No âmbito do Direito tanto os ilícitos são ontologicamente iguais entre si como também o são as sanções correspondentes. (FERREIRA, 2001; OLIVEIRA, 2005). O que distingue a pena de reclusão da multa, e o homicídio do não-pagamento do tributo, é o *regime jurídico* ao qual se sujeitam a investigação dos fatos juridicamente indesejados e as respostas de tanto ou, mais simplesmente e como referido por Vitta (2003, p. 34), a autoridade legalmente responsável pela investigação e/ou pela imposição da sanção.

Logo, a infração administrativa constitui espécie de infração jurídica e se distingue das demais pelo fato de figurar como causa lógico-jurídica da imposição de sanção de mesma natureza a ser imposta por um agente público no exercício regular de função administrativa. Corriqueiramente, porém, a infração administrativa pode ser vislumbrada por quatro ângulos, cada qual comportando um conceito (o legal, o formal, o material e o analítico).

Ocorre que não há apenas um conceito legal de infração administrativa, mas tantas quantas forem suas previsões no ordenamento jurídico, com ou sem distinção a partir do afeito ramo didaticamente autônomo. *E.g.*, a Lei nº 9.605/98, em seu artigo 70, genericamente conceitua como “infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”, o que denota, justamente por isso, sua escassa utilidade, porque desautoriza o diferenciado e preciso reconhecimento de quais são os comportamentos “típicos” (como obrigatórios ou proibidos) potencialmente redundantes em reprovação administrativo-ambiental. É no mesmo sentido a crítica à formulação de um conceito formal de infração administrativa, haja vista que usualmente coincidente com o legal. E conceituar materialmente infração administrativa beira o impossível: a *uma* pelo fato de que se reconhecem os ilícitos como ontologicamente iguais, não havendo porção substancial que os diferencie entre si¹. E, a *duas*, porque se incorreria no potencial

¹ Lorenzo (1996, p. 41-42) e Oliveira (2006, p. 478) defendem o contrário.

equivoco de pretender estabelecer como deve ser o dever-ser, o que não se propõe ao cientista do direito. (MELLO, 2007, p. 57-58).

Dessa feita, é o conceito analítico, estratificado, proposto a partir da Constituição da República, que revela inexcedível interesse, porquanto se apresenta como o instrumento apto à constatação da ocorrência, ou não, de uma particularizada infração administrativa em cada caso concreto. Seu oferecimento se sustenta na análise do sistema jurídico como uno e toma as normas jurídicas em vigor como parâmetro para sua estipulação. Analiticamente, configura infração administrativa o *comportamento, típico, antijurídico e administrativamente reprovável* (FERREIRA, 2001), de sorte que a constatação – jurídica ou empírica, no bojo do devido processo legal – da falta de um desses elementos importa em sua desnaturação.

De outra banda, classificar as infrações administrativas é empreitada prestante na medida de sua utilidade, mormente para propiciar a fácil compreensão acerca dos distintos efeitos de alguém – pessoa física ou jurídica – se ver incurso numa ou noutra modalidade. Alternativamente, também serve para identificar as hipóteses em que a previsão legal de um “responsável pela infração” se mostra lógica e juridicamente adequada; conforme ao Direito, enfim.

Aqui merecem expedita análise as de relevo para confrontação com os direitos fundamentais e com a democratização da ação estatal. Conforme anotamos (FERREIRA, 2010), as infrações administrativas, quanto *ao resultado* (aos efeitos provocados pela conduta do infrator, mas sem com ela se confundir), podem ser formais ou materiais. São *formais* (ou de *mera conduta*) as que se concretizam *independentemente de um efetivo resultado externo à tipificada conduta*; *materiais* são as que exigem um *resultado e diferente da singela conduta do infrator*. Estas podem se dividir em (materiais) de resultado de dano ou de perigo. São (de resultado) *de dano* as modificadoras do estado das coisas (do bem, jurídico ou material, protegido pela lei – se assim se admitir) e *de perigo* as que (apenas) ameaçam de modificação lesiva o *status quo ante*, podendo ser de perigo *concreto* (que exigem *concreta mensuração do perigo*, mas que não conduzem ao resultado antevisto como indesejável) ou *abstrato* (cuja periculosidade é presumida na lei).

Em regra, as infrações administrativas independem do *elemento subjetivo*, bastando o mero *animus*, o que não inibe estipulação legislativa em contrário, de modo que são *objetivas* as infrações administrativas de *mera voluntariedade*, para as quais normativamente não se exige o dolo ou a culpa. São *subjetivas* a que outras que reclamam *dolo ou culpa* (esta em qualquer dos seus graus) do infrator por força de lei. A importância e mesmo a imprescindibilidade desta classificação é patente, porque única apta a explicar (a constitucionalidade de) as sanções objetivas, e que, a despeito disso, não chegam a resvalar na dignidade da pessoa humana.

As pessoas naturais ou coletivas se obrigam perante a Administração Pública de forma compulsória ou por vontade própria. Involuntariamente, *a sujeição* se dá por força de lei (de *sujeição geral*), de sorte que as infrações administrativas *gerais* (ou de *polícia*) contrastam com obrigações ou proibições para as quais não há um fator volitivo de aproximação (como o fiscal, *e.g.*). Diferentemente, se apresentam como *especiais* as infrações que se constituem em razão de um vínculo de *sujeição especial*, que também pode ser *voluntário* (contratuais, como as decorrentes de licitação; e

disciplinares, pelo regime funcional) ou *não* (transgressões dos sujeitos ao regime militar obrigatório e dos encarcerados).

Registre-se, na passagem, que infrator é quem comete a infração. Logo, seria de se supor que somente a ele pudesse ser (diretamente) imposta a sanção correspondente. Todavia, as infrações podem ser separadas em *reais* ou *pessoais*. Aquelas exprimem condutas desvaloradas de forma fixa pelo Direito, portanto com indiferença ao sujeito infrator, às condições do cometimento e, eventualmente, quanto à própria qualidade ou quantidade “do resultado”. Por isto mesmo, podem acabar diretamente *impostas* ao infrator ou, até mesmo, ao responsável pela infração, como as de trânsito. As *pessoais* ensejam *valoração individualizada* do infrator, das condições de cometimento da infração, do resultado danoso etc. para *imposição* da sanção correspondente. São diretamente aplicáveis, pois, apenas ao infrator, como as disciplinares, o que aclara sua patente utilidade.

Neste compasso, ainda, as possibilidades são duas: há infrações administrativas *ético-socialmente neutras*, como as de não-pagamento do tributo no prazo, e existem hipóteses infracionais *eticamente indesejáveis* e que apenas se verificam com a conduta especialmente atrelada a um *resultado ético-social* ou *ético-institucional nocivo* (como afetar o bom nome da Instituição), sempre condicionado a uma *concreta apuração*. Isto se dá costumeiramente nos estatutos de servidores e corporativos (polícia militar, polícia civil etc.).

A sanção, por sua vez, equivale a uma reação restritiva, uma conseqüência jurídica ordinária e desfavorável ao comportamento reprovável de alguém porque em desconformidade com uma típica determinação legal, regulamentar ou contratual. Logo, qualquer outra repercussão que não constituir uma objetiva, direta e imediata resposta jurídica ao ilícito, mesmo que impondo uma restrição à esfera de direitos do infrator (como as medidas cautelares), com ela não há de se confundir. Com efeito, conceitua-se (formalmente) sanção administrativa como *a direta e imediata conseqüência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, a ser ordinária e vinculadamente imposta no exercício da função administrativa, em virtude da incursão de alguém em um comportamento previsto normativamente como reprovável.* (FERREIRA, 2001).

Logo, as infrações e as sanções administrativas mantêm entre si uma estreita e ordinária relação, lógico-jurídica, de antecedente-conseqüente, e as sanções administrativas têm por finalidade desestimular comportamentos reprováveis no âmbito da Administração Pública.

Para se manter fidelidade ao conceito proposto de sanção administrativa, o primordial parâmetro para sua classificação deve ser o da própria natureza da restrição de direitos imposta. Logo as sanções administrativas podem ser **restritivas da liberdade** (e.g., de prisão, como previstas no regime castrense); **restritivas de atividades** (de pessoa humana ou jurídica), como a de suspensão temporária do direito de licitar (e contratar) com a Administração Pública; **restritivas do patrimônio moral**, são aquelas constitutivas de admoestações ao infrator, como as de censura ao advogado; e **restritivas do patrimônio econômico** –as de natureza pecuniária (multas) e as similares, como as de inutilização de bens.

Entretanto, esse mesmo parâmetro admite outra possibilidade: são **reais as sanções** pecuniárias (multas) e as que gravam coisas, pela natureza real (como a interdição de estabelecimento, e **pessoais** as que atingem, personalizadas, o infrator (pessoa física ou jurídica) ou o responsável, nelas se incluindo as de suspensão de atividades da pessoa jurídica ou física etc.

Agregando valor, as sanções ainda podem ser diferenciadas em face da possibilidade de sua transferência a terceiros. São *transmissíveis* as sanções reais e *intransmissíveis* as pessoais, porque expressivas da reprovabilidade normativa individuada e “que atinge a pessoa”, seja do infrator, seja do responsável pela infração.

Em outra vertente, considerando o interesse do legislador em desestimular a violação da ordem jurídica por conta dos “valores que previamente eleger”, para fins de consideração de uma conduta como reprovável, há duas categorias de sanção diretamente reportáveis às infrações objetivas e subjetivas. Por conta das (infrações) *objetivas* se impõe uma sempre fixa e desfavorável consequência jurídica, pela simples incursão de um (indiferente) sujeito em infração administrativa. As (sanções) **subjetivas**, diversamente, respondem de forma individualizada à reprovabilidade administrativa da conduta, propiciando gradação (qualitativa ou quantitativa) *in concreto* – se não antecipadamente feita por lei –, para fins de sua adequação. Ou seja, para amoldar-se à “pessoa do infrator”, às condições em que praticada a conduta, e, muitas vezes, aos riscos criados e/ou aos danos dela decorrentes.

Afinal, uma das partições mais conhecidas é a que se funda no regime de sujeição (geral ou especial) ao qual se subordina o infrator e/ou o responsável perante a Administração Pública. Serão **gerais** ou “**de polícia**” as **sanções administrativas** decorrentes do descumprimento da norma subordinante por força de lei e **especiais** as que decorrem da reprovação normativa de uma conduta de alguém particularmente engajado com o Estado, de forma voluntária ou mesmo compulsória. Ou, simplificando, fazendo-se respostas adequadas para as infrações gerais ou especiais, como adrede analisado.

5. DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DEMOCRATIZAÇÃO DA AÇÃO ESTATAL

Contudo, a investigação isolada dos direitos fundamentais, da democratização da ação estatal e das sanções e das infrações administrativas não é suficiente para a compreensão do exercício regular da função pública nesse pitoresco âmbito.

Faz-se obrigatório desvelar o sistema coerente, lógico e escalonado hierarquicamente, portanto organizado a partir de princípios (expressos ou implícitos) e de regras, de coordenação e de subordinação, que presidem sua organicidade e informam o atuar da Administração Pública (I) na elaboração dos atos normativos complementares à lei; (II) na constatação da conduta como típica, antijurídica e reprovável em cada caso concreto; (III) na imposição (e aplicação) da resposta desestimuladora; (IV) ou, alternativamente, na tomada de providências outras (quando legalmente previstas) que não de índole sancionadora.

Em síntese, o Direito Administrativo Sancionador corresponde ao conjunto sistematizado de princípios – expressos ou implícitos – e de regras informadores da estipulação regulamentar (quando necessária) e averiguação concreta das infrações, da imposição e, ainda, da aplicação das sanções, no exercício da função administrativa. O que não se pode olvidar é que há um marco característico garantidor de sua identidade substancial e que de tão bem apreendido por NIETO (2000, p. 185)

merece literal transcrição e adesão:

El Derecho Administrativo Sancionador es sustancialmente un derecho de riesgos. Éste es el tronco de la institución, que se instrumentaliza en un mecanismo muy sencillo: la norma contiene una orden (mandato o prohibición) acompañada de la amenaza de una sanción.

Uma vez aceita essa premissa, fica evidente o distanciamento entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. Não no sentido de que este deixe de (também) impor limites ao legislador e ao administrador público, mas que as sanções administrativas tendem a garantir a preservação do Direito - em si e por si - e não necessariamente a proteger bens jurídico-administrativos relevantes, com a ameaça de sua imposição². Possivelmente seja essa a razão pela qual as infrações administrativas grassam como de *mera conduta* e de *mera voluntariedade* na ordem jurídica brasileira em vigor, sem prejuízo do controle judicial *in concreto*, e a partir dos limites impostos pelos próprios direitos fundamentais.

E dado que os princípios atuam como um farol a iluminar a produção, a interpretação e a aplicação das leis em matéria sancionadora, os mais relevantes e diretamente imbricados com os direitos fundamentais e com a democratização da ação estatal estão a demandar estudos adicionais, embora sucintos, haja vista a irradiação generalizada de seus efeitos. Efeitos esses que alcançam as previsões normativas (legais e regulamentadoras) e mesmo as infrações e sanções administrativas *in concreto*, de qualquer natureza e espécie.

Como anota Canotilho (1993, p. 227), tratando do “princípio da máxima efetividade”:

A uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

Forçoso concluir, pois, que todas as regras e todos os princípios versando sobre “ilícitos”, “sanções”, “litígios ou processos sancionadores” e, adicionalmente, sobre as garantias deferidas aos “acusados” e aos “sancionados” em geral, como inculpidos na Carta Magna, são apropriáveis tanto pelo Direito Penal como pelo Direito Administrativo Sancionador, ainda que com nuanças, porque retratam o poder punitivo

² Atento a isso, Canotilho (2008, p. 240) admite ser possível que o direito constitucional e o direito penal tenham de se abrir a novos paradigmas, especialmente pela inadequação dos cânones clássicos à realidade atual, de uma sociedade marcada por riscos típicos da civilização tecnológica. Todavia, mesmo assumindo a proteção ao meio ambiente como princípio constitucional e jus-internacional estruturante do Direito, nega a possibilidade de se admitir, como idônea, a estipulação legal de crimes de perigo abstrato, de crimes de perigo hipotético e de “crimes de tentativa”, refutando a reorientação do Direito na perspectiva de Jakobs.

estatal.³

Como o próprio e mais amplo regime-jurídico administrativo se funda na submissão do atuar administrativo à lei (e ao Direito), no exercício do dever-poder sancionador não poderia ser diferente. Somente à lei (*lex scripta*) – e em sentido formal e material – é dado estipular os ilícitos e cominar as sanções administrativas correspondentes, nos termos do inciso XXXIX do art. 5º da Constituição da República. Esse é, indubitavelmente, um direito fundamental que protege tanto as pessoas físicas como as pessoas jurídicas, mormente em relação à liberdade e a propriedade – que só podem ser “afetadas” no âmbito do estado de legalidade.

Contudo, tanto nos regimes de sujeição geral ou especial, será eventualmente admissível o uso dos conceitos jurídicos indeterminados e de valor e na previsão normativa das condutas, o que não desobriga a Administração Pública do dever de minimizar a generalidade e abstração da lei mediante a necessária expedição de regulamentos (para sua fiel execução), permitindo ao destinatário da norma saber exatamente “o quê”, “quando” e “como” se proíbe ou obriga, sob ameaça de sanção.

Na sujeição especial voluntária é de se tolerar, mais facilmente, “normas penais em branco” para estatuição dos comportamentos reprováveis perante a Administração Pública, no sentido de se poder prever, por meio do regulamento prévio, aquilo que a lei antecipadamente não tem a aptidão de detalhar.

E tudo isso não apenas por medida de lealdade e de boa-fé, ou mesmo de segurança jurídica (“certeza do Direito” e “certeza no Direito”; *lex certa* e *lex clara*) (CARVALHO, 2005, p. 150; CANOTILHO, 1998, p. 250-251) ao qual se alinha o princípio da anterioridade (*lex previa*), senão mesmo como condicionante da reprovabilidade normativa, porque ninguém pode ser sancionado de forma válida senão pelo atuar voluntário e antecipadamente reconhecido como proibido, sob ameaça de sanção. Acresça-se a tanto a compreensão, aqui retratada, de que se reprovam condutas “típicas” e não os fatos em si, ainda quando coletivamente indesejáveis (como o atraso na prestação do serviço, que apenas dá azo à multa quando injustificado).

A cautela, entretanto, há de recair no controle acerca dos limites para o exercício da atividade regulamentar e que não se pode confundir com uma implícita delegação legislativa inconstitucional. (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 362-366; 858-861).a

O espaço que se abre para estipulação de obrigações e de proibições por meio de regulamentos (sempre para fiel execução da lei!) é fruto do próprio vínculo “voluntário” de sujeição e tem por finalidade última a satisfação do interesse público, que poder exigir certos comportamentos – e comprometimentos – que o legislador não seria capaz de prever.

³ Na Espanha se sustenta a mesma idéia: “Todos ellos son principios constitucionales que presiden la globalidad del ejercicio de la potestad sancionadora. Algunos de ellos se encuentran positivados expresamente en la Constitución (por ejemplo el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables,) y otros no (así por ejemplo principio non bis in idem), aunque en ambos casos inspiran tanto al legislador (Parlamento o Administración Pública en el ejercicio de la potestad reglamentaria) como a la Administración a la hora de incardinar las conductas en el tipo descrito por la norma y aplicar la sanción más adecuada al supuesto del hecho planteado.” (JIMÉNEZ; CUDOLÀ, 1995. p. 26).

O princípio da legalidade assume, assim, dupla dimensão, sendo uma normativa e outra axiológica: a primeira expressiva da “tipicidade objetiva” (da conduta como pretendida em lei, e que se mostra mais elástica quando houver um especial e voluntário liame) e a segunda reveladora do “juízo de reprovabilidade” (da conduta: por certo mais rigoroso no caso de regime de sujeição especial espontâneo)⁴. É por conta da segunda dimensão que a reprovabilidade administrativa pode (e deve) ser afastada por norma superveniente, porque o princípio da retroação da lei mais benigna aproveita em favor do acusado.

Dado, ainda, que os princípios da finalidade e da legalidade estão umbilicamente ligados, não reclama grandes justificações afirmar que o Direito Brasileiro inadmite sanções perpétuas, inclusive administrativas, porque não se pode cogitar de cumprimento da finalidade desestimuladora da sanção aplicada pela Administração Pública, tanto preventiva como *repressivamente*, quando se inviabiliza a possibilidade de reabilitação.

Demais disso, e simplificando, a própria Constituição da República assim proscreve (na alínea “b”, do inciso XLVII, do mesmo dispositivo constitucional), porque, afinal, sanção administrativa permanente equivale à “pena de morte”, também proibida (alínea “a”). Não fosse assim, o direito fundamental à dignidade da pessoa humana estaria ferido de morte.

Por derradeiro, registre-se que a potestade administrativa sancionadora se apresenta como atividade vinculada, não comportando a imposição de sanção qualquer juízo de oportunidade e conveniência. O que se exige, em alguns casos, é que a resposta sancionadora se prove especialmente compatível com a reprovabilidade da conduta no caso *sub examen*, mediante observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e isto quando a lei não estipular solução diversa.

Conforme o caso, o Direito pode repudiar uma conduta em âmbitos diversos (penal e administrativo, por exemplo). Em outras, a ordem jurídica vigente permite, em abstrato, que se atrele mais de uma consequência restritiva de direitos em direta resposta ao cometimento do mesmo ilícito administrativo (como a multa e a suspensão do direito de licitar e contratar). Mas também há situações em que a lei prevê - *in potentia* - mais de uma possibilidade para exercício da competência sancionadora. E é nestas que os primados da razoabilidade e da proporcionalidade se fazem de observância inarredável, porque resgatam a ideia de que a resposta a um específico comportamento reprovável deve ser aquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, adequando-se, pois, à lei e ao Direito. (PIMENTA OLIVEIRA, 2006, p. 471-513).

Para se adequarem ao Direito, tanto as previsões abstratas das infrações e das sanções administrativas como a sua verificação concreta devem ser orientadas pelo princípio da razoabilidade. Não se admite, portanto, nem o capricho do legislador (proibindo condutas que não seriam per se coletivamente inconvenientes ou a elas atrelando respostas evidentemente desarrazoadas), nem o atuar irresponsável do administrador (“criando” figuras infracionais caricatas, por suposta regulamentação

⁴ Sobre a concepção ampliada do princípio da legalidade, que possibilita a vinculação à lei com maior ou menor intensidade, mediante aplicação dos subprincípios da reserva legal e da preferência da lei no regime de sujeição especial, vide Motta (2007, p. 219-224) e Olvera (2007).

necessária; reconhecendo condutas estranhas ao Direito ou em categoria diversa daquela reprovável; ou, ainda, impondo sanções flagrantemente desatreladas do comportamento que se pretende reprovar: quer pela impossibilidade, por excesso ou excepcionalmente pela descabida benevolência, dentre outras possibilidades).

Por conta disto, afigura-se legítimo ao Poder Judiciário, uma vez provocado, imiscuir-se na verificação do cumprimento dessa viga-mestra abstrata ou concretamente, inibindo a aplicação de leis e de regulamentos (inconstitucionais ou ilegais) ou anulando os efeitos de tanto, quando fugidios à razoabilidade. Nem se cogite, na passagem, de interferência que afronta o princípio da separação dos poderes, porque ao Estado-Juiz não é dado esquivar-se de apreciar lesão ou ameaça de lesão a direito.

Destarte, no exercício da prestação jurisdicional e com lastro no princípio da razoabilidade, sempre será possível, ainda que no plano hipotético, afastar: (i) a norma (abstrata) tipificante e/ou sancionadora; (ii) o reconhecimento administrativo da conduta como reprovável (quer por não passar de ação; quer pela ausência de tipicidade; quer por haver causa de justificação; quer, afinal, pela inexigibilidade de conduta diversa); (iii) a sanção, porque excessiva; ou, ainda, (iv) a sanção pelo fato de não se poder imputar diretamente, ao sancionado, a responsabilidade pela infração ou o dever de suportar a sanção.

Em tais casos, entram em pauta, por certo, *juízos de constitucionalidade* ou de *legalidade* e *juízos de subsunção* (simples e/ou de conceitos jurídicos indeterminados) ou de *valor - todos de interpretação* e não de conveniência ou de oportunidade. Logo, a decisão judicial, em princípio, não encontra barreiras no “mérito administrativo”, nem mesmo na “solução adequada, a critério do Administrador Público” (por conta de previsão legal), para resolver lides que envolvam infrações e sanções administrativas. Como bem assentou Pires (2009, p. 178):

Não há discricionariedade administrativa junto ao direito administrativo sancionador porque os conceitos utilizados, ou bem para a descrição das infrações como hipóteses de fato, ou bem para a relação de sanções possíveis como finalidade da norma jurídico-administrativa, devem ser, como todos os conceitos jurídicos, simplesmente interpretados. (...) Os regulamentos das normas em branco procedem, portanto, segundo aspectos técnicos, e não sob o fundamento da discricionariedade administrativa.

Os limites negativos para controle advirão do reconhecimento da lei ou do ato administrativo (abstrato ou concreto) como razoável, e, ainda, da impossibilidade de substituição do *decisum* (do legislador ou da autoridade administrativa) pelo do juiz, quando reconhecida a falta de razoabilidade. Naquelas circunstâncias o *status quo* será mantido, com ratificação da sua conformidade ao Direito. Se advier declaração de inconstitucionalidade (da lei), a controvérsia estará definitivamente resolvida, porque tanto o magistrado como a autoridade administrativa nada mais poderão fazer, ficando o acusado/sancionado isento de novo processo ou de outra manifestação sancionadora, conforme o caso. Afinal, se houver declaração judicial da ilegalidade do regulamento e/ou do ato, ela mesma configurará o teto para atuação judicial, devendo a autoridade praticar novo ato no exercício de função administrativa, amoldando-o à razoabilidade, se ainda não operada a prescrição.

Sobra, ainda, resolver a questão alusiva à possibilidade de gradação da sanção administrativa em cada caso concreto, como na hipótese de imposição de multas ou mesmo de suspensão disciplinar. *In casu*, o atuar administrativo que culmina com a fixação do *quantum* (e não do tipo de sanção, porque medida de razoabilidade) será sujeito ao crivo da proporcionalidade, ficando o juiz também limitado a reconhecer a quantidade da sanção administrativa imposta como conforme ao Direito. Em caso negativo, deverá anular o ato de imposição de sanção, mas jamais poderá substituí-lo por outro, porque a lei terá outorgado à autoridade administrativa a competência para sua fixação – e nos limites previamente estabelecidos.

Some-se a tais raciocínios, outra vez, a necessidade de fiel observância da finalidade da sanção administrativa, porque ela poderá configurar a causa legítima para a manutenção de respostas diferentes em situações aparentemente iguais. Quer dizer, aqui entram em pauta as questões alusivas à “pessoalidade da sanção” como medida exata de reprovabilidade administrativa, que exige individualização, bem como consideração da primariedade ou da reincidência etc. para fins de seu dimensionamento, caso a caso.

5.1 PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Ademais, se por um lado o Direito Administrativo Sancionador viceja (especialmente) por meio de ameaça de imposição de sanções administrativas fixas em resposta ao cometimento de infrações de *mera conduta* e de *mera voluntariedade*, escancarando seu perfil de prevenção e de precaução, por outro é necessário proteger a pessoa humana em sua dignidade substancial-individual e a pessoa jurídica em sua utilidade coletiva.

Isto significa que esses dois princípios não de necessariamente informar a atividade administrativa para, em cada caso concreto, considerarem-se – antes *das tomadas de decisão* – os efeitos, imediatos e mediatos, da (potencial) sanção administrativa nos seus destinatários, diretos e indiretos. Ademais, há quem sustente, ainda, que reconhecer a função social da empresa é uma forma de valorizar a dignidade da pessoa humana. (ZANOTI, 2006). Ou seja,

DEVE O DIREITO SER INTERPRETADO **INTELIGENTEMENTE**: não de modo que a ordem legal envolva um *absurdo*, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela, sem efeito, inócua, ou êste, juridicamente nulo.

Revela acrescentar o seguinte: “é tão defectivo o sentido que deixa ficar sem efeito (a lei), como o que não a faz produzir efeito senão em hipóteses tão gratuitas que o legislador evidentemente não teria feito uma lei para prevenilas”. Portanto, a exegese ha de ser de tal modo conduzida que explique o texto como não contendo superfluidades, e não resulte um sentido contraditório com o fim colimado ou o caráter do autor, nem conducente a *conclusão física ou moralmente impossível*. (MAXIMILIANO, 1933, p. 183).

No contexto, quem exerce função administrativa sempre deve estar atento ao cumprimento da lei com vistas ao (potencial) atingimento da finalidade que legítima e

determina a prática de cada ato. Logo, se num específico caso concreto se puder facilmente antever que o resultado da prática do ato desbordará do fim legal pelas circunstâncias particulares, então não apenas o ato será nulo (se, porventura, ainda assim praticado), mas deverá o agente ver-se responsabilizado pessoalmente, até mesmo porque ninguém está obrigado ao cumprimento de ordem (decorra ela da lei ou de um ato administrativo) manifestamente desconforme ao Direito.

Essa, aliás, é a “causa de justificação” que torna o descumprimento de ordem superior (ou legal) eventualmente neutra. Contudo, como é de notório conhecimento o fato de que deixar (o agente público) de apurar infrações administrativas ou mesmo de impor as sanções correspondentes pode configurar ato de improbidade administrativa, falta (disciplinar) grave ou mesmo condescendência criminosa, pode e deve o Poder Judiciário eventualmente afastar a lei para dizer o Direito.

Por exemplo, naqueles casos em que a dignidade de uma pessoa humana for ofendida pela aplicação da sanção administrativa que lhe tenha sido, na previsão normativa e por ocasião da imposição, pessoalmente indiferente. Similarmente, é dever do magistrado, quando provocado, v.g. rever a multa administrativa imposta sem especial consideração da função social efetivamente exercitada pela empresa sancionada. Não foi por acaso que, em 2005, o Brasil passou a contar com a nova lei de recuperação judicial, extrajudicial e de falências (Lei nº 11.101/2005), que assim fez constar em seu art. 47: “A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”. Logo, não parece que o Direito lhe seja indiferente (à “função social da empresa”), ainda quando as incontáveis leis que tratam das infrações e das sanções administrativas desprezem a sua existência e valoração.

Em suma, se e quando for o caso, é preciso considerar a necessidade de interpretação das leis “conforme a Constituição”, portanto com regular observância dos direitos fundamentais, e especialmente daquelas que versam sobre o Direito Administrativo Sancionador, de sorte a permitir que a técnica legislativa atualmente adotada no Brasil – pautada pela prevenção e pela precaução dos ilícitos administrativos – se mantenha como legítima. Logo, sem prejuízo de o Poder Judiciário dever-poder desconstituir as infrações e/ou as sanções administrativas inconstitucionais, assim reconhecidas uma a uma, caso a caso; e seja a que título for.

Caso contrário, ou se alteram os parâmetros legais vigentes (para fins de sua adequação aos princípios “da culpabilidade” e da “individualização da sanção”, no bojo do regime jurídico administrativo-sancionador), ou a *sociedade de riscos* se sobreporá ao Estado Brasileiro, infirmo-o como Constitucional e Democrático de Direito. O que seria um rematado absurdo, enfim.

6. ALTERNATIVAS LEGAIS AO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E/OU À SANÇÃO ADMINISTRATIVA

À margem disso tudo, pululam aqui e acolá certas previsões normativas que excepcionalmente “permitem”, mediante o atendimento de certas condições, (I) evitar a

instauração do processo sancionador; (II) suspender o processo sancionador em curso; ou, ainda, (III) suspender a aplicação da sanção, mesmo após a constatação do ilícito administrativo *in concreto*; por exemplo, a Lei nº 6.385/1976. Em tais casos, a lei aparentemente cria mecanismos de *ponderação*, dando conta de sopesar o exercício da potestade sancionadora, as garantias (e os direitos fundamentais) dos acusados em geral e os demais interesses públicos envolvidos para fins de resolução do conflito, desde que com efetiva e espontânea participação do pessoalmente interessado, assim “democratizando” o atuar administrativo em situação das mais sensíveis.

Parece crível, então, que – numa sociedade de riscos, protegida no entorno de um Estado Constitucional e Democrático de Direitos – a pronta recomposição do meio ambiente degradado se mostre de supina importância, tal qual a preservação da dignidade do servidor público, o que não legitima o afastamento da sanção administrativa como a resposta adequada, ordinária mesmo, à provada incursão de alguém em conduta reprovável. (FERREIRA, 2001, p. 329-357). Em regra, assim é que se restaura a ordem jurídica violada e se desestimulam os comportamentos indesejáveis coletivamente.

Todavia, uma vez requerido o benefício legal (que afasta o processo ou a sanção), a Administração Pública estará obrigada a firmar o termo de ajustamento de conduta ou o instrumento equivalente, porque este é um direito público subjetivo do acusado, do processado ou mesmo do sancionado, na exata medida em que assim se “resolve o conflito” com o menor gravame possível⁵, desde que cumpridos os requisitos para tanto. Nesse sentido, a consensualidade antevista por Neto (2000) há de ser assimilada em certas condições, ou seja, será voluntária a adesão do acusado, mas compulsória a assinatura do termo por parte do Poder Público quando aquele o requerer, ficando “a vontade” (subjetiva) do agente público subentendido no dever-poder que a lei lhe atribuiu. A convergência “de vontades” será visível, apenas, na estipulação em comum dos termos e condições da avença, porém sempre dentro da moldura requerida pelo interesse público primário, coletivo - e não patrimonial da Administração -, evidentemente. Portanto, tais instrumentos não configuram acordos em senso estrito, quanto o mais de natureza contratual, ao qual se reconheceria “caráter bilateral, consensual e oneroso”. (CUEVA, 2007, p. 292).

Ao revés, assumem eles caráter de *norma nova e cogente*, construída mediante participação ativa (e voluntária!) do interessado e que tem por finalidade proteger direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, o meio ambiente, a eficiência administrativa, a livre concorrência etc.; não prestar favores ao acusado ou

⁵ Outra não é a indicação da Lei nº 9.784/99 (que regula o Processo Administrativo Federal): Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito; II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades; IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; (...) VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; (...) - destacamos.

eficiência administrativa, a livre concorrência etc.; não prestar favores ao acusado ou sancionado, seja ele pessoa física ou jurídica, sem prejuízo de, faticamente, assim se minimizar os gravames que adviriam da imposição ordinária da sanção correspondente ao ilícito administrativo cometido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De fato, o contemporâneo estudo das infrações e das sanções administrativas no Brasil reclama, mais do que nunca, uma leitura da lei e do Direito não apenas no sentido de se atender ao primado da legalidade *pari passu* com os da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, mas de se considerar, em especial, os princípios da dignidade da pessoa humana e da função social da empresa como também indubitavelmente relevantes.

Há de se considerar, ainda e na atualidade, que há demonstrações de o interesse público ter priorizado, legislativamente, soluções alternativas e “consensuais” à ordinária instauração de processos sancionadores ou imposição de sanções (proporcionais e adequadas à reprovabilidade administrativa da conduta, típica e antijurídica), o que passa a exigir redobrada crítica e reflexão, até mesmo para verificação da sua conformidade com a Constituição da República.

Tudo isso reflete, enfim, evidente mudança de paradigma que exprime a relevância dos direitos fundamentais e da democracia para o regular exercício do dever-poder sancionador, sabidamente um dos mais expressivos do *poder de império* ainda remanescente para a Administração Pública e que, por isso mesmo, jamais se poderá fazer fugidio ao controle judicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AVRITZER, Leonardo; NAVARRO, Zander. (Orgs.). **A inovação democrática no Brasil: o orçamento participativo**. São Paulo: Cortez, 2003.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco – rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- _____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Almedina, Coimbra, 1998.
- _____. Terrorismo e direitos fundamentais. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2008.
- CARVALHO, Paulo de Barro. **Curso de direito tributário**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CUEVA, Ricardo Villas Boas. Termo de compromisso no processo administrativo do Banco Central: possibilidades e limites. In: OSÓRIO, Fábio Medina (Org.) **Direito sancionador: sistema financeiro nacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Instrumentos da administração consensual: a audiência pública e sua finalidade. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Org.) **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

JIMÉNEZ, J. Manuel Trayter; CUDOLÀ, Vicenç Aguado i. **Derecho administrativo sancionador: materiales**. Barcelona: Cedecs Editorial, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LORENZO, Susana. **Sanciones administrativas**. Montevideo: Julio César Faira Ed., 1996.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 2. Ed. Porto Alegre: Edição da Livraria do Globo, 1933. p. 183.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1998**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOTTA, Fabrício. **Função normativa da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NIETO, Alejandro. 2. ed. **Derecho administrativo sancionador**. Madrid: Tecnos, 2000.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

OLVERA, Miguel Alejandro López. **Tratado de la facultad reglamentaria**. México D.F.: Ed. Porrúa, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

PIRES, Luis Manuel. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. **A função social da empresa como forma de valorização da dignidade da pessoa humana**. Dissertação de Mestrado (inédita). Marília: UNIMAR, 2006.

Recebido em 22.06.2011
Aprovado em 12.06.2012