JORGE ANTONIO FAVARO

A APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS GARANTISTAS DO DIREITO PENAL NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção de graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Profa. Dra. Angela Cassia Costaldello

CURITIBA
2012

TERMO DE APROVAÇÃO

JORGE ANTONIO FAVARO

A aplicação de princípios garantistas do Direito Penal no Direito Administrativo Sancionador

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

ÂNGELA CÁSSIA COSTALDELLO
Orientador

Coorientador

DANIEL WUNDER HACHEM
Primeiro Membro

RODRIGO LUÍS KANAYAMA - Direito Público

RESUMO

A constitucionalização de princípios processuais possibilitou uma estruturação comum e um tratamento isonômico para os vários tipos de processos. O Processo Administrativo não é mais considerado apenas como um conjunto de procedimentos, mas um instrumento de efetivação de valores constitucionais. O Direito Administrativo, da mesma forma que o Direito Penal, busca limitar os abusos do poder estatal. Ocorre que desde as suas origens até hoje acabaram por diferenciar-se bastante no que diz respeito à amplitude das garantias do acusado. É questionável essa redução da amplitude das garantias no Processo Administrativo, uma vez que os ilícitos penais e administrativos têm uma mesma natureza. A primeira reflexão que deve ser feita diz respeito à tipicidade do ilícito administrativo, como forma de maximização da proteção do cidadão e do servidor contra os humores das autoridades administrativas. A partir daí podemos transplantar, com os cuidados necessários, os conceitos de delito do Direito Penal para o Direito Administrativo Sancionador.Encontrando pontos de contato entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal, chegamos à conclusão de que as garantias do acusado no processo administrativo são insuficientes e devem ter uma amplitude semelhante àquela de que dispõe o acusado no processo penal.

Palavras-chave: Princípios Processuais. Tipicidade. Garantias do acusado

ABSTRACT

The constitutionalization of procedural principles provided a common structure and a isonomic treatment for various types of processes. The administrative process is no longer considered only as a set of procedures, but an instrument for effecting constitutional values. The Administrative Law in the same way that the criminal law seeks to limit abuses of state power. That occurs from its origins until today eventually differentiate themselves enough with respect to the amplitude of the guarantees of the accused. It is questionable this amplitude reduction of the guarantees in the administrative process, once the administrative and criminal offenses have the same nature. The first consideration that should be made concerns the typicality of the administrative offense, as a way of maximizing the protection of the citizen against the server and the moods of the administrative authorities. From there we can transplant, with proper care, the concepts of the offense to the Criminal Law Administrative Law Sanctioning. Finding points of contact between the Sanctioning Administrative Law and Criminal Law, we concluded that the guarantees of the accused in the administrative proceedings are insufficient and should have an amplitude similar to that available to the accused in criminal proceedings.

Keywords: Procedural Principles. Typicality. Guarantees the accused

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 06
2 O PROCESSO ADMINISTRATIVO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL 08
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR 11
3.1 PRINCÍPIO DO ESTADO DE DIREITO 11
3.1.1 Legalidade 12
3.1.2 Segurança Jurídica 13
3.1.2.1 Tipicidade 13
3.1.2.2 Lesividade 18
3.1.2.3 Insignificância 19
3.1.2.4 Irretroatividade da lei 21
3.1.2.5 Moralidade administrativa 22
3.1.2.6 Prescrição 23
3.1.3 Proporcionalidade 26
3.1.3.1 Subsidiariedade 27
3.1.3.2 Culpabilidade 28
3.1.3.3 Individualização da Pena 30
3.1.3.4 *Non bis in Idem* 31
3.1.4 Devido Processo Legal 32
3.1.4.1 Ampla defesa e contraditório 33
3.1.4.2 Justa causa 35
3.1.4.3 *In dúbio Pro Reo* 36
3.1.4.4 Motivação das decisões sancionadoras 38
3.1.4.5 Revisibilidade da decisão administrativa 39

4 ILÍCITOS PENAIS E ADMINISTRATIVOS 40
4.1 INEXISTÊNCIA DE DIFERENÇA ONTOLÓGICA 40
4.2 APURAÇÃO DOS ILÍCITOS PENAIS E ADMINISTRATIVOS 42
4.3 COMUNICAÇÃO DAS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA 44
4.4 TEORIAS: DO DELITO, DA PENA, DA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA 47
4.4.1 Teorias da Pena 47
4.4.2 Teoria Geral do Delito 48
4.4.3 Teoria Geral da Infração Administrativa 50

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS 52
REFERÊNCIAS 54

1 INTRODUÇÃO

A legitimação do direito punitivo administrativo exige, na atualidade, uma nova e aprofundada reflexão. Postulados e princípios constitucionais, tradicionalmente aplicados no Direito Penal, devem ser igualmente respeitados nos processos administrativos, em especial naqueles em que se aplicam penalidades, seja ao particular, seja ao servidor público. Daí falar-se em "Direito Administrativo Sancionador" do qual o Direito Disciplinar seria uma espécie.

O Direito Administrativo Sancionador incide em diversos campos: urbanismo, ilícitos fiscais, tributários, econômicos, trânsito, saúde pública, ilícitos administrativos disciplinares. Segundo Fábio Medina Osório:

> "O Direito Administrativo Sancionador é uma disciplina relativamente nova no sistema continental europeu e, mais ainda, no Direito Brasileiro. Seus influxos mais recentes se encontram nos anos 60, na jurisprudência das Cortes Europeias que trabalhavam conceitualmente os direitos constitucionais nas esferas administrativa e penal. Bem antes disso, a teoria da sanção já vinha ganhando consistência, desde o início do século XX, confluindo as bases dogmáticas do Direito Penal e do Direito Administrativo na perspectiva de um Direito Punitivo mais coeso em busca da cidadania"[1]

O objetivo do presente trabalho é a análise, ainda que sem grandes pretensões de aprofundamento, a respeito da aplicação de teorias e princípios garantistas originários do Direito Penal no âmbito do Direito Administrativo Sancionador.

A teoria do garantismo penal surgiu na década de 70 na obra Direito e Razão de Ferrajoli [2]. A partir da constatação do descompasso entre as normas e o mundo real de práticas autoritárias administrativas e penais do Estado, a teoria do garantismo procurou aproximar essas realidades unindo normatividade à efetividade, de forma a que fosse possível aferir, no caso concreto, a validade da intervenção do Estado, no que diz respeito à observância dos parâmetros constitucionais (princípios).

---

[1] OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 4. ed. rev., atual.e ampl. - São Paulo : RT, 2011.p.21

[2] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão- Teoria do Garantismo Penal**. 2 ed. São Paulo Ed RT, 2006

Essa teoria expandiu-se a uma teoria geral do garantismo atingindo outros ramos do direito, como o Direito Administrativo Sancionador, de forma a estabelecer uma nova leitura dos direitos fundamentais, especialmente no âmbito do Direito Administrativo Disciplinar.

Desde a década de 70 até hoje pouca coisa mudou no que se refere ao descompasso entre as normas e o mundo real de práticas autoritárias administrativas e penais do Estado. Daí a importância do presente trabalho.

A primeira abordagem que é feita diz respeito à inclusão, na Constituição Federal de 1988, do Processo Administrativo como fazendo parte do rol das garantias fundamentais. Hoje não há como falar de Processo Administrativo sem enfatizar a aplicação dos princípios constitucionais processuais.

Seguindo em frente passamos à análise de alguns princípios, tradicionalmente respeitados no Direito Penal, mas que, por sua origem constitucional, podem ser plenamente aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador: princípio da tipicidade, devido processo legal, culpabilidade, entre outros.

Em seguida são feitas considerações a respeito dos conceitos e características dos ilícitos penais e administrativos. São analisadas as teorias da pena, mencionadas as formas de apuração dos ilícitos penais e administrativos, bem como são tecidos comentários a respeito da comunicação entre as instâncias judicial e administrativa.

Admitindo-se a inexistência de diferença ontológica entre ilícitos penais e administrativos, é possível, com base na Teoria Geral do Delito do Direito Penal, pensar na construção de uma Teoria Geral da Infração Administrativa.

Concluímos reafirmando, em considerações finais, sobre a viabilidade, e mais do que isso, sobre a imprescindibilidade da aplicação de tais princípios garantistas no Direito Administrativo Sancionador.

2 O PROCESSO ADMINISTRATIVO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Processo é uma sucessão de atos capazes de levar a uma decisão judicial ou administrativa sobre determinado tema ou controvérsia. Já o procedimento refere-se ao rito, ou seja, à forma como o processo se realiza no caso concreto. Nesse sentido, Processo Administrativo é aquele em que a decisão é tomada por uma autoridade administrativa.

Na doutrina nacional podemos encontrar outras abordagens e conceitos diversos a respeito dos temas acima abordados, mas para os fins do presente trabalho, as definições apresentadas ainda que de forma um tanto singelas, parecem ser adequadas.

A expressão "Processo Administrativo" sempre se referiu, nos textos constitucionais, ao processo que precedia a aplicação da pena da perda do cargo para os servidores públicos. Assim ocorreu nas Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e na Emenda 1/69.

A Constituição Federal de 1988 ampliou o âmbito da expressão Processo Administrativo ao prever no inciso LV do artigo 5º: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa". Da mesma forma, no inciso LIV do art. 5º inciso previu que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Por devido processo legal podemos entender o direito do cidadão e correspondente dever do Estado de seguir roteiros legalmente estabelecidos, bem como de utilizar um caminho dialético no exercício das funções públicas e em especial na tomada de decisões que de alguma forma afetem a esfera jurídica do particular.

Ao contrapor o Processo Judicial ao Administrativo, o constituinte afirmou que o processo pode se desenvolver além da esfera jurisdicional. A noção de processualidade ampliou-se, passando a ser uma forma de manifestação do exercício do poder, abrangendo os processos jurisdicionais e os não jurisdicionais.

Dessa forma, os procedimentos utilizados no processo legislativo de construção das normas apenas podem ser considerados legítimos se abertos ao debate público e à participação dos destinatários. Quanto ao Processo Administrativo, o mesmo pode ser dito e mais ainda: ele apenas se legitima se comprometido com os direitos e garantias fundamentais.

O "*status*" constitucional atribuído ao processo administrativo colocou-o entre as garantias fundamentais da Constituição, de forma a condicionar as ações tanto do legislador infraconstitucional quanto do administrador público. O Processo Administrativo passou a ser uma forma de limitar a atividade da Administração Pública que deve atuar sempre de acordo com os princípios constitucionais.

A constitucionalização de princípios processuais possibilita uma estruturação comum para os vários tipos de processos que passam a serem examinado sob o prisma dos preceitos constitucionais, com a preocupação da conformação dos institutos processuais com as linhas gerais traçado na Constituição.

Os princípios, por serem dotados de maior generalidade e abstração incidem sobre todas as normas condicionando-as e dando unidade ao sistema jurídico. Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que :

> "Princípio (...) é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico."[3]

Gomes Canotilho afirma a existência de princípios estruturantes, traduzindo as "idéias directivas básicas de toda a ordem constitucional". Tais princípios seriam "densificados" por subprincípios gerais e especiais e por regras jurídicas.[4] O princípio do Estado de Direito indubitavelmente enquadra-se na categoria de princípio estruturante. O Estado Direito é aquele que se subordina à jurisdição e à ordem jurídica de forma a garantir em especial a proteção aos direitos fundamentais dos cidadãos.

---

[3] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22ª ed. rev. e atual. São Paulo:Malheiros, 2007.pp. 922-923.

[4] GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional. 3ª ed. Coimbra, Livraria almedina, 1999. p. 1.099-1.101.

Ainda de acordo com Canotilho, o princípio do Estado de Direito tem os seguintes subprincípios: a) legalidade da administração; b) segurança jurídica; c) proibição do excesso; d) proteção jurídica e das garantias processuais. [5] Esses princípios e sub-princípios além de outros que deles decorrem vão ser mais bem explicitados à frente neste trabalho, de forma a demonstrar o modo como se espraiam por todo o direito influenciando em especial o Direito Administrativo Sancionador.

[5] Idem, pp. 251-272.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Sebastião JOSÉ LESSA[6] afirma que o Direito Administrativo não é avesso ao transplante analógico de conceitos e institutos do Direito Penal, especialmente nos casos de penalidades de natureza grave. Desta forma cumpre relacionar alguns princípios de origem constitucional bem como subprincípios e institutos deles decorrentes, os quais são aplicados sem ressalvas no Direito Penal e Processual Penal e que podem da mesma forma serem aplicados ao Direito Administrativo, em especial ao Direito Administrativo Sancionador.

3.1 PRINCÍPIO DO ESTADO DE DIREITO

Constando do art. 1º da Constituição Federal, é um de seus princípios fundamentais, ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana. No Estado de Direito não só as ações individuais, mas as ações do próprio Estado executadas por meio dos mandatários políticos e agentes administrativos submetem-se às leis, não somente as leis ordinárias, mas ao direito como um todo, representado por normas estratificadas hierarquicamente.

O Estado de Direito caracteriza-se também pelo respeito à separação dos poderes e pela proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Deste princípio fundamental decorrem outros subprincípios como o da legalidade, da segurança jurídica, da proibição do excesso e da proteção jurídica e das garantias processuais, dos quais por sua vez decorrem tantos outros subprincípios e institutos próprios de cada ramo jurídico. Vamo-nos deter sobre aqueles mais estreitamente relacionados ao Direito Administrativo Sancionador.

---

[6] LESSA, Sebastião José. **Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância de Acordo com as Leis 8.112/90, 8.429/92 e 9.784/99**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p.152

3.1.1 Legalidade

Inserido no *caput* do art. 37 da CF o princípio da legalidade impõe à administração a observância rigorosa das leis. A Administração Pública só pode agir no exercício de uma competência outorgada por lei. No silêncio da lei a Administração Pública não pode agir.

Com relação aos particulares, podem fazer tudo o que a lei não lhes veda. Somente a lei pode lhes impor obrigações aos particulares. Assim dispõe a Constituição Federal: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II). Desta forma os comportamentos vedados aos particulares e servidores públicos, bem como as respectivas sanções pelo descumprimento dessas determinações devem constar expressamente em Lei.

Decorre do princípio da legalidade a impossibilidade da previsão de infrações administrativas bem como das correspondentes sanções por meio de atos infralegais. Isto vale tanto para as relações de sujeição geral como às de sujeição especial (sujeição mais aguda à Administração Pública: Servidores Públicos, por exemplo).

A jurisprudência do STF vem nesse sentido: "decretos existem para assegurar a fiel execução das leis (art. 84, IV, da constituição Federal de 1988), razão pela qual foi reconhecida a inconstitucionalidade de decreto regulamentar autônomo, "já que supriu a lei onde a constituição a exige".[7]

Entretanto os regulamentos podem inovar a ordem jurídica de modo secundário desenvolvendo conceitos legais pré-existentes. Assim entende Marçal Justen Filho:

> "O argumento da mera reiteração dos termos da lei conduz à inutilidade da regra constitucional. Excluindo-se a possibilidade de o regulamento conter inovação em face da lei, o resultado seria sua inutilidade. Se todas as inovações à ordem jurídica devessem estar contidas no corpo da própria lei, então não haveria maior função para o regulamento. Logo, nem teria cabimento a Constituição referir-se à figura. Se o fez, alguma função deve ser a este reconhecida, o que significa a possibilidade de disciplina complementar, inovadora em face das disposições legais".[8]

---

[7] ADI 1.435 –DF, DJU 06/08/1999, p. 5.
[8] JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo, Dialética, 2002, p. 511

3.1.2 Segurança Jurídica

Embora não conste expressamente da Constituição Federal de 1988 é uma decorrência lógica do Estado de Direito. Impõe a previsibilidade da atuação estatal, regulada pela lei. O princípio exige clareza e precisão das normas jurídicas, de forma a que os particulares saibam com exatidão o que lhes é permitido ou proibido.

Nesse sentido é vedada a aplicação retroativa de normas jurídicas que imponham gravames aos particulares. Outra decorrência do princípio é a necessidade de estabilidade das situações jurídicas, o que é garantido pela coisa julgada e pelo instituto da prescrição e decadência.

A Lei 9.784/1999 no seu artigo 54 estabelece prazo decadencial de cinco anos para invalidação pela própria Administração de "atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários". Da necessidade da segurança jurídica decorrem outros subprincípios, conforme abaixo.

3.1.2.1 Tipicidade

A tipicidade é um princípio constitucional que decorre do princípio da legalidade. Dispõe o artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal: "*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*". Também pode ser considerado, implicitamente, um princípio Administrativo já que a Administração Pública submete-se ao princípio da legalidade, do qual decorre a tipicidade. A própria Constituição Federal confere tal aplicação, tendo em vista o artigo 5º, § 2º [9], que afirma que os direitos e garantias constitucionalmente expressos não excluem outros decorrentes dos princípios por ela adotados.

---

[9] "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes(...) § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Decorre desse princípio que os delitos devem ser predeterminados pela lei de maneira restritiva, sem reenvio a parâmetros extralegais (legalidade estrita). A conduta proibida deve ser descrita em termos objetivos. Não há óbice a que se utilizem elementos normativos, conceitos indeterminados, cláusulas gerais e fórmulas gerais de valor, desde que não impeçam a determinação objetiva das condutas proibidas.

A descrição da conduta não esgota o princípio da tipicidade. É necessária também a descrição exata da pena a que o infrator está sujeito no caso da prática de determinada ilicitude.

Isso não ocorre, por exemplo, na aplicação do artigo 12 da Lei da Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992) que prevê diversas espécies de penas que, pelo parágrafo único desse artigo, podem ser cumuladas ou não. Decorre dessa discricionariedade excessiva e falta de determinabilidade prévia da relação comportamento/sanção a violação ao princípio da taxatividade, de forma que pode ser considerada questionável a constitucionalidade de tal artigo.

No art. 11 da mesma Lei, são mencionados os deveres de imparcialidade, honestidade, lealdade e legalidade. À exceção do último, todos os outros são conceitos vagos e imprecisos. Somente a infringência ao dever de agir dentro da lei pode acarretar sanção, o que torna tal artigo inócuo.

Na área ético-disciplinar da medicina, a Lei 3.268/57 prevê cinco penalidades éticas, sem especificar as infrações a que cada pena se aplica. Por sua vez, o Código de Ética vigente somente prevê as condutas proibidas, sem determinar as penas. Sem determinação prévia a aplicação da penalidade fica a exclusivo critério da subjetividade de cada julgador, podendo ocorrer de uma mesma infração ser enquadrada em um julgamento como passível de uma simples advertência e em outro, de suspensão de 30 dias ou até cassação.

Alguns autores, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, defendem a atipicidade nos processos administrativos, afirmando:

> "no direito administrativo prevalece a atipicidade; são muito poucas as infrações descritas na lei, como ocorre com o abandono de cargo: A maior parte delas fica sujeita à discricionariedade administrativa diante de cada caso concreto; é a autoridade julgadora que vai enquadrar o ilícito como 'falta grave', 'procedimento irregular', 'ineficiência do serviço', 'incontinência pública', ou outras infrações previstas no modo indefinido na legislação estatutária. Para esse fim deve ser levado em consideração a gravidade do ilícito e as conseqüências para o serviço público." [10]

---

[10] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 515.

Na mesma linha, José Cretella Júnior:

> "A falta disciplinar é atípica; a infração penal é típica. (...) O poder disciplinar é, em tese, discricionário. Não vinculam os pressupostos de antecedência da lei na da falta ou da sanção. Não se aplica à instância administrativa o princípio da reserva legal que domina, regularmente, a doutrina em lei penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Não há, em matéria disciplinar, a exigência de verificação legal da falta que se caracteriza, *in genere*, como violação dos deveres funcionais, a serem explicitados atos regulamentares ou administrativos." [11]

Odete Medauar defende a tese da atipicidade das infrações disciplinares:

> "Cabem algumas ressalvas a respeito da atipicidade das infrações. Dois aparecem amiúde para justificar essa atipicidade ou a não aplicação do adágio *nullum crime sine lege*: *a)* dificuldade de catalogar com exatidão todas as condutas que possam desatender deveres e proibições funcionais; *b)* discricionariedade do poder disciplinar." [12]

Alguns desses argumentos não parecem razoáveis. Ora, a dificuldade em prever o rol de condutas que desatendem deveres e proibições é inerente a todos os ramos do direito uma vez que a realidade fática é rica em pormenores, que obviamente não podem ser previstos pelo legislador. Isto não obsta a exigência da tipicidade, por exemplo, no direito penal.

Naquele ramo do direito são utilizadas normas em branco, que serão complementadas por meio de outras normas. As peculiaridades de cada caso também são consideradas na dosimetria da pena. A discricionariedade do poder disciplinar, por sua vez, nunca é absoluta. Ao contrário, deve ser bastante restrita.

Existe outra corrente doutrinária que defende a tipicidade da infração administrativa.Romeu Felipe Bacellar Filho, ao propugnar pela extensão do princípio da reserva legal ao Direito Administrativo Sancionador se filia a essa corrente:

> "A Constituição de 1988 não se compatibiliza com afirmação do tipo 'no Direito Administrativo Disciplinar admite-se a atipicidade da infração e a ampla discricionaridade na aplicação da sanção, que é renunciável pela Administração, possibilidade inconcebível em Direito Penal'. Afinal, o princípio da reserva legal absoluta em matéria penal (5.°, XXXIX, da Constituição Federal) – *nullum crimen, mulla poena sine lege* – estende-se ao direito administrativo sancionador" [13]

---

[11] CRETELLA JÚNIOR, José. *A prática do Processo Administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998, p.79-80.

[12] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 358.

[13] FILHO, Romeu Felipe Bacellar. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 173-5

Da mesma forma, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello:

> "[...] A configuração das infrações administrativas, para ser válida, há de ser feita de maneira suficientemente clara, para não deixar dúvida alguma sobre a identidade do comportamento reprovável, a fim de que, de um lado, o administrado possa estar perfeitamente ciente da conduta que terá de evitar ou terá que praticar para livrar-se da incursão em penalizações e, de outro, para que dita incursão , quando ocorrente, seja obviamente reconhecível (...) Assim, pressuposto inafastável das sanções implicadas nas infrações administrativas é o de que exista a possibilidade de os sujeitos saberem previamente qual a conduta que não devem adotar para se porem seguramente a salvo da incursão da figura infracional; ou seja, cumpre que tenham ciência perfeita de como evitar o risco da sanção e, ao menos por força disto (se por outra razão não for), abster-se de incidir nos comportamentos profligados pelo Direito" [14] .

A tese da atipicidade das infrações administrativas vulnera a segurança jurídica, afronta os princípios do devido processo legal e da igualdade (aplicação de penas distintas para condutas iguais e punições iguais para casos distintos) além do que deixa as pessoas à mercê dos humores e da discricionariedade do administrador público e do julgador.

A tipicidade, corolário do princípio da segurança jurídica, constitui-se em garantia para o cidadão, na medida em que exige a previsão de forma unívoca em lei da conduta proibida, e da respectiva sanção, de forma a permitir ao particular antever as ações da administração pública e defender-se de arbitrariedades.

Segundo Gilmar Mendes:

> "O princípio da segurança jurídica, elemento fundamental do Estado de Direito, exige que as normas restritivas sejam dotadas de clareza e precisão, permitindo que o eventual atingido possa identificar a nova situação jurídica e as conseqüências que dela decorrem. Portanto, clareza e determinação significam cognoscibilidade dos propósitos do legislador". [15]

A jurisprudência também manifesta restrição à discricionaridade no *jus puniendi* disciplinar:

> Origem: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Órgão julgador: Quinta Turma
> Recurso Ordinário em MS nº 19.741-processo 200500447835 - MT
> Data da decisão: 11/03/08
> EMENTA - "Tendo em vista o regime jurídico disciplinar, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e proporcionalidade, inexiste aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar."
> II - "Inexistindo discricionariedade no ato disciplinar, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais. [...]" (MS 12983/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Terceira julgado em 12.12.2007, DJ 15.02.2008).

---

[14] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 22ª ed. rev. e atual. São Paulo:Malheiros, 2007. p. 818.

[15] MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 39-40.

No mesmo sentido, julgado da 5ª Turma, do STJ, ROMS nº 16.264/GO - Ministra Laurita Vaz – com o seguinte decisório:

> *"No campo do direito disciplinar, assim como ocorre na esfera penal, interpretações ampliativas ou analógicas não são, de espécie alguma admitidas sob pena de incorrer-se em ofensa direta ao princípio da reserva legal. Ressalte-se que a utilização de analogias ou de interpretações ampliativas em matéria de punição disciplinar, longe de dar ao administrado uma acusação transparente, pública, e legalmente justa, afronta o princípio da tipicidade, corolário do princípio da legalidade, segundo as máximas: nullum crimen nulla poena sine lege stricta e nullum crimen nulla poena sine lege certa, postura incompatível com o Estado Democrático de Direito".*

Na administração pública a penalidade tem precipuamente função pedagógica e preventiva. Visa desestimular comportamentos ilícitos. Entretanto, para que essa função se realize, é imprescindível que os cidadãos saibam exatamente o que é proibido e qual a sanção correspondente. Daí a importância da tipicidade.

A exigência da tipicidade implica na necessidade da descrição minuciosa, em lei e em normas administrativas complementares às leis, das condutas consideradas como ilícitas, permitindo assim o controle dos atos administrativos e a verificação do excesso ou desvio de poder, o que vem ao encontro do princípio da publicidade.

Assim entende Egon Bockmann Moreira:

> "Ao início, destaque-se o sério liame que existe entre o princípio ora em exame e o processo administrativo. Na dicção de Sérgio Ferraz, a teoria do processo administrativo é 'pressuposto da existência de uma atividade administrativa transparente, onde seja possível, na verdade, detectar, com nitidez, as linhas de atuação do administrador, os seus desvios e a incidência de possíveis remédios corretivos a esses desvios"[16]

São muitos e bastante convincentes os argumentos favoráveis à tese da tipicidade do ilícito administrativo.

---

[16] Moreira, Egon Bockmann. **Processo Administrativo, Princípios Constitucionais e a Lei n.º 9.784/99.** São Paulo: Malheiros, 2000

3.1.2.2 Lesividade

Traduz a necessidade de efetiva ofensa a um bem jurídico relevante, ou seja, não se considera delito conduta formalmente típica sem resultado ofensivo. Não podem ser incriminadas condutas que não causem dano ou perigo de dano a bens individuais ou coletivos. Daí a necessidade de se considerar não só a tipificação formal como a material.

Relacionado a esse princípio temos o princípio da proporcionalidade da pena, segundo o qual as penas não podem exceder o limite do mal causado pelo ilícito praticado devendo ser proporcionais à gravidade da ofensa.

No Direito Penal o art. 13 do CP[17] estabelece a relação de causalidade conduta/evento típico, de forma que a existência do crime depende de um resultado (dano ou perigo de dano) a um bem jurídico tutelável.

No Direito Administrativo Sancionador temos situações em que se faz necessária a observância a este princípio. Exemplo disso são os incisos II, III, VI, VII, XI, XIV e XV do art. 10 da Lei da Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992) que se referem ao desrespeito a formalidades legais. Em muitas situações esse desrespeito não causa um prejuízo mais sério á administração, de forma que não deve haver responsabilização do agente, em respeito ao princípio da proteção dos bens jurídicos.

A jurisprudência do STJ caminha nesse sentido, senão vejamos:

> "ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. CABIMENTO. ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. NECESSIDADE.
> 1. O fato de a Constituição Federal de 1988 ter alargado as hipóteses de cabimento da ação popular não tem o efeito de eximir o autor de comprovar a lesividade do ato, mesmo em se tratando de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural.
> 2. Não há por que cogitar de dano à moralidade administrativa que justifique a condenação do administrador público a restituir os recursos auferidos por meio de crédito aberto irregularmente de forma extraordinária, quando incontroverso nos autos que os valores em questão foram utilizados em benefício da comunidade.
> 3. Embargos de divergência providos."
> (EREsp 260.821/SP Relator p/Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Primeira Seção, DJ 13.02.2006)

[17] "O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido".

3.1.2.3 Insignificância

Segundo Diomar Ackel Filho[18] a expressão origina-se do Direito Romano (*minimis non curat praetor*: o pretor não cuida de questões insignificantes). Não é razoável movimentar o aparelho do Estado em questões irrelevantes, quando o dano ao bem jurídico é mínimo. Nesses casos, embora exista a tipicidade formal, inexiste tipicidade material (lesividade efetiva ao bem jurídico), de forma que pode ser considerada atípica a conduta.

Sobre esse assunto, no campo penal, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é abundante. Para o Supremo Tribunal Federal "a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano impregnado de significativa lesividade"[19].

Inicialmente o princípio da insignificância foi aplicado aos crimes patrimoniais passando a ser admitido para crimes ambientais (STJ HC 35.203 [20]).Também tem sido admitido em crimes contra direitos trabalhistas (STJ HC 107.572[21]) e contra a administração pública (HC 77.003-4 [22]). Nos *crimes fiscais*, o parâmetro para a irrelevância da lesão é a quantia considerável de 10 mil reais (suspensão da execução fiscal- Lei 10.522/2002).

---

[18] ACKEL FILHO, Diomar, **O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL**, in Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. v. 94, 1988, p. 72.

[19] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus: HC 97048/RS.** Superior Tribunal de Justiça e Ezequiel Marques de Souza. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF. Data publicação: 26/06/2009.

[20] BRASIL. Superior Tribunal de Justiçal. **Habeas Corpus: HC 35203/SP.**. Relatora: Ministra LÇaurita Vaz. Órgão julgador: Quinta Turma. Brasília, DF. Data publicação: 01/08/2006.

[21] BRASIL. Superior Tribunal de Justiçal. **Habeas Corpus: HC 107572/SP.**. Relatora: Ministro Celso Limongi. Brasília, DF.

[22] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus: HC 7703-4-PB.** Relator: Ministro Marco Aurélio. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF. Data publicação: 16/06/1998.

Tal princípio pode ser aplicado no Direito Administrativo Sancionador. Segundo Marcelo Aguiar da Silva [23] os ilícitos administrativos compreendem um espectro maior de condutas tais como: presteza no atendimento, urbanidade, pontualidade, cuja inobservância, na maioria dos casos, causa lesividade inexpressiva à administração pública.

A jurisprudência do STJ não aceita a aplicação do princípio da insignificância no caso de infrações à lei da improbidade administrativa em virtude do princípio da indisponibilidade do interesse público. Nesses casos, mesmo que o valor lesado seja mínimo tem-se a lesão a um bem jurídico essencial: a moralidade administrativa.

Embora o princípio da insignificância não possa ser aplicado em tais casos parece defensável que é o princípio seja aplicável em casos em que os valores lesados são mínimos e o comportamento do agente não é doloso.

A indisponibilidade do interesse público,como princípio que é, pode ser atenuado pela aplicação de outro princípio, o da eficiência da administração. Podemos raciocinar de outra forma. Não é que o princípio seja afastado: é de interesse público que recursos financeiros e materiais não sejam despendidos para apurar infrações que causem danos irrelevantes à administração pública. Não se deve usar canhão para matar mosquitos.

A jurisprudência do STF vem nesse sentido:

> "Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tendo disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido."
> (STF – 1ª Turma; RE nº 253885/MG; Recurso Extraordinário, Relatora Ministra Ellen Gracie Northfleet, julgado em 04/06/02)

---

[23] SILVA, Marcelo Aguiar da. *Intersecção entre direito administrativo disciplinar e direito penal: Uma visão garantista do ilícito administrativo disciplinar*. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 05 jan. 2012. Disponivel em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.35474&seo=1>. Acesso em: 18 nov. 2012.

3.1.2.4 Irretroatividade da lei

Decorre do Estado de Direito e da necessidade de segurança jurídica. Os particulares não podem ser sujeitos à aplicação de medida punitiva em decorrência de alterações na lei. Da mesma forma, ao optar por transgredir uma norma o particular aceita o risco da aplicação de uma determinada sanção, aquela prevista na legislação em vigor.

Conhecer legislação vigente a agir em conformidade com ela já é uma tarefa difícil. Exigir que o particular paute suas ações de acordo com previsão de possíveis modificações legislativas é algo totalmente privado de razoabilidade. Desta forma não é admitida a retroatividade da lei que cria novas infrações ou agrava as medidas punitivas.

No Direito Penal não há dúvida acerca da aceitação da retroatividade da aplicação da lei mais favorável, já que é expressamente prevista no art. 5º XL, da Constituição Federal: "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu". Com relação à retroatividade da lei no Direito Administrativo Sancionador, o assunto é mais polêmico. A doutrina dominante e boa parte da jurisprudência admitem, com fundamento na previsão constitucional acima transcrita, a retroatividade da lei mais benéfica:

> "Administrativo- SUNAB-Multa-Ato discricionário-Exame da legalidade-Retroatividade da lei mais benigna em matéria de sanções administrativas. Segundo precedentes, em matéria de sanções administrativas aplica-se o princípio da retroatividade da lei mais benigna, desde que não se trate de lei de vigência temporária" (TRF-4ª R., Ap. 96.04.581899, DJU 16.9.1998, p.423).

Em sentido contrário Fábio Medina Osório[24] considera que "o direito administrativo sancionador não se equipara ao direito criminal, dado seu maior dinamismo". Da mesma forma Rafael Munhoz de Mello, apoiado em doutrina alienígena, considera que "a retroatividade da lei penal tem por fundamento razões humanitárias, relacionadas diretamente à liberdade do criminoso, bem jurídico diretamente atingido pela pena criminal.[25]

---

[24] OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 4. ed. rev., atual.e ampl. São Paulo: RT, 2011. Fls. 277,278.

[25] MELLO, Rafael Munhoz de. **PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR –As Sanções Administrativas à Luz da Constituição Federal de 1988**, São Paulo: Malheiros Editores, 2007.Fl 154.

3.1.2.5 Moralidade Administrativa

Trata-se de um princípio administrativo frequentemente mal interpretado. O princípio da moralidade encartado no art. 37 da CF guarda relação com as condutas enquadráveis em improbidade administrativa, como imoralidade qualificada nos termos da Lei 8.429/92.

Confunde-se moralidade administrativa com moralidade comum, sendo que entre elas existe uma considerável diferença. As regras da moralidade administrativa são construídas paulatinamente observando-se a atuação dos servidores ao longo do tempo, de forma que suas regras são bastante distintas das regras da moralidade comum. Tem mais a ver com as praxes administrativas, com as práticas reiteradas dentro da administração pública.

Da mesma forma que no direito penal, no Direito Administrativo Sancionador não se pode admitir sanções por supostas transgressões morais (moralidade comum). É inadmissível a pretensão punitiva do Estado relacionada à moralidade, conforme observa Fábio Medina Osório [26]:

> "Ademais, outorgar ao princípio jurídico da moralidade administrativa ou aos tipos sancionadores de condutas eticamente reprováveis um tão amplo a ponto de abarcar todo e qualquer ato imoral dos agentes públicos, com a devida vênia de entendimento diverso, equivaleria a liquidar com o Estado democrático de Direito seu pilar de legalidade".

A jurisprudência pátria repudia tal invasão de privacidade:

> TRF da 1ª Região, Apelação em Mandado de Segurança nº 1999.01.00.061930-0: "Ementa: 1. O art. 143 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, prevê: 'A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa'. Assim, o fato gerador para abertura de sindicância ou processo administrativo é a ciência de irregularidade no serviço público, não se estendendo a fatos da vida privada, ocorridos em uma partida de futebol, sem qualquer relação ou repercussão no exercício da função pública. 2. Na hipótese dos autos, a sindicância foi desvirtuada de sua natural finalidade, para punir servidor público que não cometeu nenhuma irregularidade no exercício de suas funções. Instauração de sindicância nula.

---

[26] OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 4. ed. rev., atual.e ampl. - São Paulo : RT, 2011.p.244

O inciso IX do art. 116 da Lei nº 8.112/90: "manter conduta incompatível com a moralidade administrativa", por sua generalidade e imprecisão dá margem a má interpretação da "moralidade administrativa", que diz respeito à moral da instituição situando-a próxima à moral comum, invadindo a intimidade e privacidade do servidor.

O regime disciplinar deve restringir-se apenas aos atos funcionais, sem se estender à vida privada do servidor. É vedado constitucionalmente ao Estado invadir a intimidade e a vida privada dos indivíduos.

3.1.2.6 Prescrição

Cometida uma infração administrativa ou penal, o direito abstrato de punir passa a ser concreto. A pretensão punitiva é exercida mediante o devido processo legal, ao final do qual o julgador juiz aplicará a pena cominada em abstrato, transformando-a em concreta. Entretanto, o direito de punir do Estado não é absoluto. Pode ser extinto pelas causas de extinção da punibilidade, dentre elas a prescrição.

Prescrição é a perda do poder de punir do Estado pelo não exercício da pretensão punitiva durante certo tempo. São fundamentos da prescrição: o decurso do tempo (teoria do esquecimento) e a correção do condenado. A prescrição decorre do princípio da segurança jurídica.

Ninguém pode ficar à mercê da ação punitiva do Estado por prazo indeterminado. É uma garantia individual que reflete nas relações sociais. O Direito busca assegurar a estabilidade das relações sociais. A prescrição é regra geral em todos os ramos de direito. A imprescritibilidade é exceção e deve estar expressamente prevista em lei.

A Constituição Federal prevê afixação de prazos prescricionais "para ilícitos praticados por qualquer agente", ressalvando "as respectivas ações de ressarcimento" (art. 37, parágrafo 5º). Já os incisos XLII E XLIV do art. 5º dispõe que os crimes de racismo e a ação de grupos armados contra a ordem constitucional são imprescritíveis. À exceção dessas hipóteses prevalece a regra da prescrição.

Para Romeu Felipe Bacellar Filho "a Lei Fundamental elevou à garantia constitucional a precritibilidade da pretensão punitiva da Administração Pública". Dessa forma nos casos em que a lei ordinária não estabelece prazo prescricional e é preciso recorrer à analogia já que a imprescritibilidade está restrita apenas aos casos previstos na Constituição Federal.[27]

No processo disciplinar são previstas as seguintes penalidades: advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria, destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada. A penalidade de advertência prescreve em 180 (cento e oitenta) dias, a de suspensão em 02 (dois anos) e as demais em 05 (cinco) anos.

Sobre o tema temos a seguinte jurisprudência do STF:

> "MS 2009/0121575-7 –DF, Relator Min.NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO- Órgão Julgador - S3 - TERCEIRA SEÇÃO- Data do Julgamento 13/12/2010- Data da Publicação/Fonte DJe 15/02/2011"
>
> MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL. INEQUÍVOCO CONHECIMENTO DOS FATOS PELA ADMINISTRAÇÃO, MAS NÃO PELA AUTORIDADE COMPETENTE PARA APURAR A INFRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTO NO CPB, POR INEXISTÊNCIA DE AÇÃO PENAL E CONDENAÇÃO EM DESFAVOR DO IMPETRANTE. APLICAÇÃO DO PRAZO QUINQUENAL PREVISTO NA LEGISLAÇÃO ADMINISTRATIVA (ART. 142 DA LEI 8.112/90). INSTAURAÇÃO DE PAD. INTERRUPÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. REINÍCIO APÓS 140 DIAS. TRANSCURSO DE MAIS DE 5 ANOS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.ORDEM CONCEDIDA, EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL. VOTOS COM FUNDAMENTAÇÃO DIVERGENTE, MAS ACORDES NA CONCLUSÃO.
> 1.O excepcional poder-dever de a Administração aplicar sanção punitiva a seus Funcionários não se desenvolve ou efetiva de modo absoluto, de sorte que encontra limite temporal no princípio da segurança jurídica, de hierarquia constitucional, uma vez que os subordinados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade originada da postetade disciplinar do Estado, além de que o acentuado lapso temporal transcorrido entre o cometimento da infração e a aplicação da respectiva sanção esvazia a razão de ser da responsabilização do Servidor supostamente transgressor.
> 2.O art. 142, I da Lei 8.112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União) funda-se na importância da segurança jurídica no domínio do Direito Público, instituindo o princípio da inevitável prescritibilidade das sanções disciplinares, prevendo o prazo de 5 anos para o Poder Público exercer o jus puniendi na seara administrativa, quanto à sanção de demissão.
> 3.A Terceira Seção desta Corte pacificou o entendimento de que o termo inicial do prazo prescricional da Ação Disciplinar é a data em que o fato se tornou conhecido da Administração, mas não necessariamente por aquela autoridade específica competente para a instauração do Processo administrativo Disciplinar (art. 142, § 1o.da Lei 8.112/90). Precedentes.

---

[27] FILHO, Romeu Felipe Bacellar. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, pp. 379-381.

Segundo o art. 142 parágrafo 3º da Lei 8.112/90, a prescrição administrativa pode ser interrompida uma única vez pela abertura de sindicância ou PAD, voltando a ocorrer ultrapassados 140 dias (ou 80 no caso de sindicância).

Sobre interrupção do prazo prescricional assim se manifestou o STF:

> "*RMS 23436 / DF - DISTRITO FEDERAL ../jurisprudência/RMS23436/DF- RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 24/08/1999 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJ 15-10-1999*
>
> Ementa
>
> PRESCRIÇÃO - PROCESSO ADMINISTRATIVO - INTERRUPÇÃO. A interrupção prevista no § 3º do artigo 142 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, cessa uma vez ultrapassado o período de 140 dias alusivo à conclusão do processo disciplinar e à imposição de pena - artigos 152 e 167 da referida Lei - voltando a ter curso, na integralidade, o prazo prescricional. Precedente: Mandado de Segurança nº 22.728-1/PR, Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, acórdão publicado no Diário da Justiça de 13 de novembro de 1998."

O termo inicial do prazo prescricional da ação disciplinar deveria ser a data da ocorrência do fato e não a data em que o fato se tornou conhecido pela administração. Esse entendimento, hoje prevalente no STJ vulnera o princípio da segurança jurídica. Imagine-se a possibilidade de a Administração instaurar procedimentos contra dois funcionários, em relação ao mesmo fato e igual situação jurídica, mas com conhecimento desses fatos em datas distintas. Pode ocorrer a prescrição para um deles e não para o outro.

Em uma situação limite de omissão da Administração pode ocorrer uma virtual imprescritibilidade de infrações, o que não é admitido em nossa ordem constitucional.

3.1.3 Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade exige do Estado moderação no agir, ou seja, toda competência deve ser exercida estritamente na medida em que seja exigida para o alcance da finalidade que se busque alcançar. O Estado deve sempre verificar se o ato a ser praticado, idôneo para o atendimento da finalidade desejada, é o mais adequado e o menos gravoso ao particular.

No que diz respeito às sanções é importante distinguir as sanções administrativas retributivas e as sanções administrativas ressarcitórias. A diferença entre elas é que nas primeiras tem-se a simples retribuição pela infração. Já nas segundas existe pretensão de ressarcimento do dano ou restauração do estado anterior das coisas. Exemplo de sanção ressarcitória é a cobrança de juros moratórios.

A distinção entre os dois tipos de sanções é relevante uma vez que se aplica a elas regimes jurídicos distintos. Com efeito, a incidência dos princípios do Direito Administrativo Sancionador aqui tratados ocorre apenas para as sanções administrativas retributivas (que inflingem um mal pela prática da conduta indesejável).

No Direito Administrativo Sancionador o princípio da proporcionalidade impõe que as sanções aplicadas pelo Estado devam ser adequadas e necessárias à sua finalidade preventiva. Devem ser sempre proporcionais à gravidade da conduta, ou seja, a sanção somente será adequada e necessária se for a retribuição a uma atuação culposa do infrator.

Segundo Rafael Munhoz de Mello[28], são corolários do princípio da proporcionalidade os subprincípios: da adequação, que exige a aptidão dos atos estatais para atingir o resultado que se pretende; da necessidade, que exige, na busca dos objetivos estatais, a adoção da medida menos gravosa aos particulares; e finalmente, a proporcionalidade no sentido estrito, que exige do Estado que o meio empregado deva ser proporcional do fim desejado. Estão ainda relacionados ao princípio da proporcionalidade os princípios abaixo elencados.

---

[28] MELLO, Rafael Munhoz de. **PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR –As Sanções Administrativas à Luz da Constituição Federal de 1988**, São Paulo: Malheiros Editores, 2007.Fls 171, 172.

3.1.3.1 Subsidiariedade

Decorre dos artigos 1º, inciso III [29], e 5º, *caput* [30] da Constituição da República Federativa do Brasil. O Direito Penal entra em ação somente em casos de ofensas graves aos mais preciosos bens jurídicos e desde que a violação seja de tal sorte que, para fazer justiça à situação ocorrida, necessite uma sanção retributiva. Os demais casos devem ser regulados por outros ramos do direito.

Embora seja um princípio do Direito Penal podemos transplantá-lo analogicamente para o Direito Administrativo Sancionador. O que se exige, no âmbito da Administração Pública, é o esgotamento de todas as possibilidades de tratar o caso por meio de mecanismos de controle e gerenciais, de forma a que o poder punitivo do Estado seja acionado somente em casos relevantes.

Isto ocorre em função da necessidade do respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos e em especial do respeito à dignidade da pessoa humana. Um Processo Administrativo Disciplinar precipitadamente instaurado pode causar danos irreparáveis à honra, imagem e reputação do servidor.

Em sentido contrário ao que preconiza o princípio, observa-se, na atualidade, a tendência a uma inflação legislativa sancionatória, apoiada pela população em geral e pela mídia. O que muitos não percebem é que toda lei penal ou administrativa sancionatória representa uma intromissão indevida, uma diminuição da liberdade individual, cujas consequências cedo ou tarde acabam se revelando.

É importante buscar-se, sempre que possível, no âmbito da Administração Pública, outras opções ao Processo Administrativo Disciplinar (PAD), tais como: comissões de ética, auditorias, investigações prévias. Eventualmente, é possível concluir-se acerca da efetiva necessidade da instauração de uma sindicância ou PAD.

O desperdício de tais mecanismos alternativos, além de ir contra o princípio da dignidade da pessoa humana, representa um atentado aos princípios da eficiência e da razoabilidade.

---

[29] "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de Direito e tem como fundamentos (...) a dignidade da pessoa humana"

[30] "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)".

3.1.3.2 CULPABILIDADE

Pode ser traduzido pelo brocardo latino *nulla poena sine culpa*. Culpabilidade relaciona-se com o conceito de reprovabilidade do fato, ou seja, somente merecem reprimenda as condutas "condenadas" pelo meio social em que se encontra o autor do fato.

O princípio da culpabilidade é um princípio constitucional genérico que limita o poder punitivo do Estado não permitindo a imposição de sanções pela produção de um resultado, desprovida a conduta de dolo ou culpa. Trata-se de garantia individual contra o arbítrio, sendo imprescindível uma análise da subjetividade do autor do fato ilícito, quando se trate de pessoa humana.

A responsabilização de índole punitiva tem natureza subjetiva, devendo haver a comprovação da imperícia, negligência ou de que a conduta se deu com consciência e intenção pelo acusado. O simples cometimento de erro na atuação do agente não pode resultar automaticamente na imposição de sanção.

Na esfera penal existem dois tipos de erro: erro de tipo e erro de proibição. Em face da teoria da culpabilidade assumem especial relevância os "erros" relacionados a discriminantes putativas (o agente supõe sua existência). O erro de tipo incide sobre as elementares do tipo. O agente supõe equivocadamente a ausência de elemento ou circunstância da figura típica ou a presença de requisitos da norma permissiva. A existência desse erro faz com que o dolo inexista. O erro pode ser essencial, ou acidental, escusável ou inescusável.

O erro essencial impede a compreensão da natureza ilícita do ato e o acidental recai sobre circunstâncias do delito ou sobre a forma de execução. O erro de tipo essencial pode ser escusável ou inescusável. O escusável não pode ser evitado pela normal diligência. O inescusável pode. É resultado de imprudência ou negligência. No erro de tipo essencial invencível o sujeito não responde por crime doloso ou culposo. No erro essencial vencível responde por crime culposo, desde que previsto em lei.

O parágrafo 1º do art. 20 do Código Penal dispõe ser isento de pena aquele que "por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo".

O erro de proibição, conforme artigo 21 do Código Penal é aquele em que o agente acredita ser sua conduta admissível no direito, mas não é. O erro de proibição recai sobre a consciência da ilicitude do fato.

O erro de direito tem admissibilidade restrita no direito administrativo, já que sendo a administração vinculada à lei, não pode o agente alegar seu desconhecimento. Entretanto, pode haver um equívoco na interpretação da lei. Em particular, o comportamento errôneo do agente frente a uma situação nova, que demanda o conhecimento de ordenamento pouco utilizado, deve ser devidamente avaliado, levando em conta, em especial, a licitude do fim buscado, e o interesse público.

Conforme aponta Marcelo Harger[31], hipótese comum de erro de tipo é a dispensa indevida de licitação, baseada em parecer técnico. O questionamento de um parecer técnico vai além da diligência ordinária exigida do agente público pelo ordenamento jurídico. Trata-se de um erro escusável provocado por terceiro, no caso, o subscritor do parecer. Conforme o § 2º do art. 20 do Código Penal, "responde crime o terceiro que determina o erro". No processo administrativo poder-se-ia adotar solução análoga.

O erro é condição humana e não pode ser inibido pela punição disciplinar. As causas para os erros são variadas: pressa, desatenção, cansaço, desempenho de tarefas novas, entre outros. A repressão disciplinar de erros escusáveis (eventuais, culposos e de ofensividade mínima) vai contra o princípio da razoabilidade. Na analogia com o direito penal teríamos nesse caso a exclusão da culpabilidade.

O aprimoramento da administração pública ocorre por meio da inovação. Inovar implica no risco de errar. A inexistência de uma margem juridicamente tolerável para o erro administrativo intimida o administrador público, implicando num engessamento e diminuição da eficiência da administração pública.

---

[31] HARGER, Marcelo. A utilização de conceitos de Direito Criminal para a interpretação da Lei de Improbidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2636, 19 set. 2010 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17434>. Acesso em: 20 nov. 2012.

3.1.3.3 Individualização da Pena

Os incisos XLV [32] e XLVI [33] do art. 5º da Constituição Federal, dispõem que a lei regulará a individualização da pena, que não pode passar da pessoa do infrator. O princípio é observado em três níveis: no primeiro momento o legislador prevê a pena em abstrato para cada tipo, considerando a relevância do bem jurídico e o grau de lesividade da conduta. No segundo momento ocorre a individualização do ilícito realizado pelos julgadores. A última etapa é a da execução, quando a sanção começa a atuar efetivamente sobre o condenado.

Segundo Fábio Medina Osório:

> "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 dos vetores do art. 59 do Código Penal, dispositivo que não consagra poderes discricionários e sim conceitos jurídicos indeterminados, ao menos teoricamente.
> De igual modo, prosseguindo no raciocínio paralelo, 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. (...) Se cada ser humano é um indivíduo, cada infrator deve receber um tratamento individualizado, particular, com a possibilidade de conhecer as concretas e específicas razões do ato sancionador, podendo impugná-lo ou aceitá-lo."[34]

No direito administrativo ocorre o desrespeito a esse princípio quando o legislador prevê sanções fixas e sem flexibilidade. Isso vai de encontro aos princípios da proporcionalidade e da moralidade administrativa. O ideal é a busca a adaptação da norma ao caso concreto, com a possibilidade de atenuar seu rigor, ou mesmo afastá-la, conforme a situação.

Um exemplo concreto de desrespeito ao princípio é o art. 12 da Lei da Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992) que prevê "proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário". Ora, conforme o direito privado, a figura do sócio não se confunde com a figura da sociedade.

---

[32] "nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido"

[33] " a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes (...)"

[34] OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 4. ed. rev., atual.e ampl. São Paulo: RT, 2011. Fls. 384, 385.

3.1.3.4 "*Non Bis in Idem*"

Reconhecido implicitamente na Constituição Federal como decorrência dos princípios da legalidade, da tipicidade e do devido processo legal. Ninguém pode ser sancionado duas vezes pelo mesmo fato.

Afirma Fábio Medina Osório:

> "A cláusula do *non bis in idem* resulta articulada e integrada no sistema constitucional, abrigando precisamente um conjunto já referido de valores constitucionais superiores, entre os quais assumem importância notável os da segurança jurídica, da racionalidade, da coerência, da boa-fé e, muito especialmente, da justiça, aí incluída, acrescentamos, a culpabilidade. Esse princípio de vedação ao *bis in idem* se reconduz com força ao postulado da proporcionalidade, que permeia todo o estado democrático de Direito, nele se integrando e dele derivando."[35]

Em Direito Penal, no caso de concurso aparente de normas,o problema é resolvido aplicando-se alguns critérios: a) especialidade: norma especial prevalece sobre a geral; b) absorção: se um fato afrontar diversas normas jurídicas, aplicam-se as penalidades previstas para a infração mais grave sendo as demais absorvidas; c) consunção: se pune o ilícito finalisticamente pretendido. Nesses casos os "ilícitos meio" não são punidos.

No direito administrativo tais critérios não são utilizados ficando aberto campo para cometimento de arbitrariedades. É o que ocorre com a Lei da Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992). Essa lei pode ser considerada como uma "lei em branco" uma vez que seus tipos são definidos em outros diplomas legais.

Marcelo Harger [36] aponta como problemáticos os artigos 9, 10 e 11 da referida lei, que prevê situações em que podem ocorrer simultaneamente danos à administração, enriquecimento ilícito e ofensa aos princípios da administração pública. De um único ato podem resultar todas essas consequências, não se podendo cogitar da cumulação de sanções.

---

[35] OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 4. ed. rev., atual.e ampl. São Paulo: RT, 2011. Fl. 296.

[36] HARGER, Marcelo. A utilização de conceitos de Direito Criminal para a interpretação da Lei de Improbidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2636, 19 set. 2010 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17434>. Acesso em: 20 nov. 2012.

3.1.4 Devido processo Legal

A Constituição Federal no seu art. 5º inciso LIV dispõe que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".O *D*evido processo legal é um direito fundamental que se aplica a tudo que afete a vida, o patrimônio e a liberdade, devendo ser observado inclusive na instância administrativa.

Sendo assim, o princípio do devido processo legal deve ser observado pela Administração Pública com a instauração prévia de Processo Administrativo sempre que suas ações possam atingir a esfera jurídica dos particulares, e em especial quando houver a possibilidade da aplicação de sanções administrativas.

Por devido processo legal podemos entender o direito do cidadão e correspondente dever do Estado de seguir roteiros legalmente estabelecidos, bem como de utilizar um caminho dialético no exercício das funções públicas e em especial na tomada de decisões que de alguma forma afetem a esfera jurídica do particular.

Não basta ao Estado garantir aos particulares o efetivo acesso à jurisdição. Para além disso, é necessário assegurar aos particulares garantias inerentes ao devido processo legal tais como: contraditório, ampla defesa, motivação das decisões,etc (CF art. 5º, Lii, LIV, entre outros).

Como bem observa Rafael Munhoz de Mello: "Sem a observância de tais garantias há um simulacro de processo, tornando inefetiva a tutela dos direitos dos particulares"[37]. Na seqüência analisaremos com mais detenção algumas das garantias decorrentes do princípio do devido processo legal que devem ser observadas no Processo Administrativo.

---

[37] MELLO, Rafael Munhoz de. **PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR –As Sanções Administrativas à Luz da Constituição Federal de 1988**, São Paulo: Malheiros Editores, 2007.Fl 101.

3.1.4.1 Ampla defesa e contraditório

O princípio do devido processo legal possui dimensão material e formal, sendo que a primeira tem por objetivo limitar o conteúdo do poder, correspondendo ao princípio da proporcionalidade; no sentido formal, é o conjunto das garantias processuais fundamentais, merecendo destaque a garantia individual fundamental à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Por "recursos a ela inerentes" entende-se a criação de técnicas processuais para que a ampla defesa seja exercitada a contento. O direito à prova é um dos meios inerentes à ampla defesa. A efetivação do direito à prova não interessa tão somente ao litigante, mas também ao próprio órgão julgador, uma vez que o modo em que os fatos são reconstruídos no processo influi diretamente na qualidade da decisão. O indeferimento injustificado da produção de provas caracteriza o cerceamento de defesa.

Integra o direito à prova, no processo administrativo, o direito de consultar os autos fora da repartição pública, e o direito à obtenção de certidões de documentos existentes nos órgãos administrativos (artigo 5º, inciso XXXIV, "b", da Constituição Federal), com o intuito de poder instruir a defesa.

Outra questão que se relaciona ao direito à ampla defesa é a denúncia anônima. O direito repudia a denúncia anônima. A Lei nº 8.112/90, no artigo 144 especifica que as denúncias deverão conter a identificação, endereço do denunciante e serem formuladas por escrito. Pretende a referida lei evitar os enormes prejuízos morais e materiais causados pela denúncia anônima cujo objetivo, em muitos casos, é difamar o servidor público, servindo como represália a sua atividade.

Ninguém pode ser condenado com base em depoimentos de pessoas cuja identidade desconhece e não pôde inquirir, ou ainda de pessoas cujas identidades ou cujos depoimentos, por razões de segurança, foram mantidos ou tomados em sigilo.

O acusado tem o direito de inquirir todas as testemunhas da acusação, bem como todas as necessárias à sua defesa. Na impossibilidade de realizar-se essa inquirição, os depoimentos dessas testemunhas não poderão influir na decisão.

Outro aspecto da ampla defesa diz respeito à defesa técnica. Não basta garantir a ampla defesa apenas formalmente. É preciso criar condições para que o acusado possa defender-se de forma ampla. Nesse sentido é imprescindível a defesa técnica por meio de advogado, inclusive nos Processos Administrativos Disciplinares.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pacto de São José da Costa Rica, promulgada pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, afirma expressamente[38] que toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias, no caso de acusação penal ou de qualquer outra natureza. Dentre essas garantias temos o direito irrenunciável de toda pessoa acusada de delito ter um defensor técnico.

No inciso IV do art. 3º da Lei 9.784/1999 encontramos previsão a respeito do direito da parte em se fazer assistir por advogado para a plena realização da defesa de mérito ou processual. Considerando-se a complexidade inerente a toda legislação, em especial à sancionatória, não se pode conceber a ampla defesa sem a presença do advogado, profissional habilitado a realizar em plenitude a defesa.

Com efeito, via de regra, a falta de advogado para realização de defesa técnica corresponde à falta da própria defesa técnica. Na contramão desse entendimento o STF editou a Súmula Vinculante nº 5 que diz: "A falta de defesa técnica por advogado no Processo Administrativo Disciplinar não ofende a constituição".

Trata-se de um entendimento equivocado e inconstitucional. Considerando-se o tecnicismo da legislação, em especial da Lei 8.112/90, não se pode conceber que um leigo consiga apresentar defesa técnica sem o auxílio de um advogado.

---

[38] XIV –" Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza".

3.1.4.2 JUSTA CAUSA

A garantia constitucional do devido processo legal não abrange apenas a ampla defesa e o contraditório, mas também exige, para a legítima inauguração do processo, a existência de um princípio de prova ('*fumus boni juris*'), sem o que não poderá haver processo disciplinar. Para tanto, importa considerar aspectos como: existência de indícios de materialidade e autoria, prescrição, viabilidade de produção provas, lesividade, entre outros.

Da mesma forma como ocorre no Processo Penal, a existência da justa causa (prova da materialidade e indícios da autoria) é condição indispensável para a instauração de Processo Administrativo Disciplinar. É inadmissível que alguns administradores públicos pretendam devassar a vida do servidor público, invadindo sua privacidade na procura de indícios de uma infração disciplinar.

Não é razoável que o servidor público sofra os incômodos oriundos de um processo disciplinar precipitadamente instaurado. O juízo de admissibilidade, tal como ocorre no direito penal, deve ser profundo e detalhado a fim de evitar instaurações inócuas por falta de objeto, conforme disposto na Lei 8.112/90- Art. 144, parágrafo único[39].

Na área ético-disciplinar da Medicina, a Lei 3.268/57 mostra-se bastante falha nesse aspecto. O artigo 22 da referida Lei[40] prevê cinco penalidades éticas, sem especificar as infrações a que cada pena se aplica.

Para que se inicie uma investigação disciplinar referente a uma conduta profissional tida como irregular deve haver indícios de autoria e existência do fato delituoso, ou seja, deve existir uma justa causa, o que pressupõe a existência de tipificação prévia e completa do ilícito (infração e respectiva penalidade).

---

[39] Art. 144. As denúncias sobre irregularidades serão objeto de apuração, desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade. Parágrafo único. Quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a denúncia será arquivada, por falta de objeto.

[40] Art . 22. As penas disciplinares aplicáveis pelos Conselhos Regionais aos seus membros são as seguintes: a) advertência confidencial em aviso reservado; b) censura confidencial em aviso reservado; c) censura pública em publicação oficial; d) suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias; e) cassação do exercício profissional, ad referendum do Conselho Federal.

3.1.4.3 "*IN DUBIO PRO REO*"

O princípio da presunção da inocência está previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal [41]. Na vertente processual, temos o princípio do "*in dubio pro reo*" (art. 386, VII do CPP [42]), segundo o qual, havendo dúvida quanto aos fatos ou ao direito aplicável ao caso, incerteza sobre elemento normativo do tipo ou sobre o sentido da norma complementar nos tipos penais em branco, não pode haver uma sentença condenatória.

À exceção das causas de justificação ou das circunstâncias eximentes, cujo ônus da prova cabe à defesa, no Processo Administrativo Sancionatório, em regra, o ônus da prova incumbe à administração. Ocorre que, em contraposição à verdade formal do Processo Civil, em que o que não consta dos autos não pode ser considerado pelo juiz, no Processo Penal, e mais ainda no Processo Administrativo, deve haver uma busca da verdade dos fatos.

Assim sendo, é condenável a postura dos órgãos julgadores que impedem o exercício do direito à prova em processos administrativos e depois decidem com base no ônus da prova, afirmando que o litigante deixou de demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, ou ainda decide com base em meros indícios.

Em um processo administrativo Disciplinar (PAD), encerrada a instrução processual sem que haja provas da ocorrência do ilícito, é imperioso que a comissão elabore relatório final pugnando pelo arquivamento do processo.

A função punitiva do Estado só pode ser exercida contra quem de fato tenha cometido uma infração. Tanto no Processo Penal como no Processo Administrativo Sancionador deve-se procurar a verdade real para fundamentar a sentença.

---

[41] "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

[42] O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça(...) VII – não existir prova suficiente para a condenação

Admite-se modernamente no processo penal a determinação pelo juiz de realização "*ex officio*" de provas que tendam a verificação da verdade real. No processo administrativo isto sempre foi admitido em face dos princípios da oficialidade e do formalismo moderado.

Existem diversas formas de aplicação do princípio. Veja-se a jurisprudência abaixo:

> RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 24.559-PR 2007/0165377-1) RELATOR: MIN.NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO –JULGADO:01/12/09
>
> DIREITO ADMINISTRATIVO. ATIVIDADE SANCIONATÓRIA OU DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL COMUM. ARTS. 615, § 1o. E 664, PARÁG. ÚNICO DO CPP. NULIDADE DE DECISÃO PUNITIVA EM RAZÃO DE VOTO DÚPLICE DE COMPONENTE DE COLEGIADO. RECURSO PROVIDO.
>
> 1.Consoante precisas lições de eminentes doutrinadores e processualistas modernos, à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina.
>
> 2.A teor dos arts. 615, § 1o. e 664, parág. único do CPP, somente se admite o voto de qualidade - voto de Minerva ou voto de desempate - nos julgamentos recursais e mandamentais colegiados em que o Presidente do órgão plural não tenha proferido voto quantitativo; em caso contrário, na ocorrência de empate nos votos do julgamento, tem-se como adotada a decisão mais favorável ao acusado.
>
> 3.Os regimentos internos dos órgãos administrativos colegiados sancionadores, qual o Conselho da Polícia Civil do Paraná, devem obediência aos postulados do Processo Penal comum; prevalece, por ser mais benéfico ao indiciado, o resultado de julgamento que, ainda que por empate, cominou-lhe a sanção de suspensão por 90 dias, excluindo-se o voto presidencial de desempate que lhe atribuiu a pena de demissão, porquanto o voto desempatador é de ser desconsiderado.
>
> 4.Recurso a que se dá provimento, para considerar aplicada ao Servidor Policial Civil, no âmbito administrativo, a sanção suspensiva de 90 dias, por aplicação analógica dos arts. 615, § 1o. e 664, parág. único do CPP, inobstante o douto parecer ministerial em sentido contrário.

3.1.4.4 MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES SANCIONADORAS

É aplicável tanto às decisões administrativas como judiciárias, conforme se depreende dos artigos 5º, LIV e LV[43] e 93, X [44]da Constituição Federal. No caso das decisões administrativas o princípio permite o controle judiciário dos atos administrativos, tanto nos aspectos formal quanto material. Afirma Fábio Medina Osório:

> "A motivação traduz garantia formal de que os motivos do ato administrativo devem ser explicitados (...) Motivar é demonstrar os motivos do ato, suas bases, as circunstâncias que o justificam, e, ao mesmo tempo, significa formar o próprio raciocínio, em um complexo processo de justificação externa e interna. Falta de motivação ou sua incongruência com a decisão pode ser sinal indicativo de imoralidade administrativa, com todos seus consectários legais e constitucionais".[45]

De uma maneira geral, a motivação é considerada como um dos princípios da Administração Pública. Dessa forma, todos os seus atos devem ser justificados por meio da apresentação de seus pressupostos fáticos e jurídicos.

Em especial nas decisões administrativas que impõe penalidades, a falta de motivação impossibilita o controle pelo cidadão e pelo Judiciário da legalidade e mesmo da razoabilidade do ato, abrindo caminho para todas as formas de arbitrariedade.

Na atualidade é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que é nulo o ato imotivado que impõe penalidades administrativas tanto ao particular como ao servidor público.

---

[43] "LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[44] Art. 93 - Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros

[45] OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 4. ed. rev., atual.e ampl. São Paulo: RT, 2011, fl. 432.

3.1.4.5 Revisibilidade da decisão administrativa

A existência do princípio constitucional do duplo grau de jurisdição não é aceita pacificamente pela doutrina. Calmon de Passos considera tal princípio como "subespécie" do gênero "devido processo constitucional". Segundo o autor:

> *"dispensar ou restringir qualquer dessas garantias não é simplificar, deformalizar, agilizar o procedimento a efetividade da tutela, sim favorecer o arbítrio em benefício do desafogo de juízos e tribunais. Favorece-se o poder, não os cidadãos, dilata-se o espaço dos governantes e restringe-se dos governados. E isso se me afigura a mais escancarada anti-democracia que se pode imaginar"* [46]

Inobstante a discussão doutrinária acerca da existência do princípio constitucional do duplo grau de jurisdição e mesmo da existência ou não de jurisdição administrativa, é inegável a relevância, na obstaculização de arbitrariedades, de que no Processo Administrativo o litigante vencido deva ter oportunidade de manifestar o seu inconformismo submetendo a mesma questão a outro órgão julgador que seja independente do primeiro, de preferência hierarquicamente superior.

A possibilidade da revisão da decisão por órgão hierarquicamente superior cerceia a possível atuação desidiosa ou de má-fé de agentes administrativos.Trata-se do controle dos motivos da decisão mediante a interposição dos recursos administrativos que também são desdobramentos da defesa em sentido amplo.

Nesse sentido importa mencionar a controvérsia acerca da constitucionalidade da aplicação administrativa da pena de perdimento de bens, bem como a previsão de julgamento em instância única para aplicação dessa pena, conforme disposto no parágrafo 4º do artigo 27 do Decreto-Lei 1.455/76.[47]

Apesar de reiteradamente atacada pela doutrina, sob o argumento central de que colide com os princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e ao direito à propriedade, foram expressamente admitidas pelo STF quando do exame pelo pleno do ROHC nº 79.785-7-RJ (DJU de 22/11/2002).

---

[46] PASSOS, Calmon de . Direito, Poder Justiça e Processo. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 69-70

[47] Art 27 As infrações mencionadas nos artigos 23, 24 e 26 serão apuradas através de processo fiscal, cuja peça inicial será o auto de infração acompanhado de termo de apreensão, e, se for o caso, de termo de guarda (...) § 4º Após o preparo, o processo será encaminhado ao Secretário da Receita Federal que o submeterá a decisão do Ministro da Fazenda, em instância única.

4 ILÍCITOS PENAIS E ADMINISTRATIVOS

4.1 INEXISTÊNCIA DE DIFERENÇA ONTOLÓGICA

Os ilícitos penais são os tipos descritos no Código Penal ou em legislação extravagante. Já os ilícitos administrativos estão previstos não só em leis, mas também em normas administrativas específicas. Esse é o chamado critério formal, que distingue ilícitos administrativos e penais a partir do regime jurídico aplicável.

De acordo com Fabio Medina Osório:

> "Sabe-se que há sanções administrativas que se assemelham bastante àquelas de natureza penal. Tal é o caso da suspensão dos direitos políticos, restrições a direitos de contratar ou receber benefícios *lato sensu da administração pública, e inclusive perda de cargos públicos, as quais, dependendo do ordenamento jurídico em que inseridas, podem assumir feições de natureza penal..*"[48]

O ilícito penal caracteriza-se pela ofensa a importantes bens jurídicos como a vida, o patrimônio, a liberdade. Nos ilícitos administrativos ocorre a ofensa a um bem jurídico relevante: o funcionamento normal das atividades de prestação de serviços públicos. Outra importante diferença entre eles é que nos ilícitos penais é possível a cominação de pena restritiva de liberdade (reclusão ou detenção), o que não ocorre nos ilícitos administrativos.

Os ilícitos penais e administrativos bem como as respectivas sanções não são substancialmente diferentes, sendo os termos pena e condenado utilizados pelo direito punitivo em geral. Diz-se que um servidor foi condenado e recebeu uma pena administrativa, ou que um contribuinte foi condenado em um processo administrativo fiscal.

A pena de perdimento de bens, por sua vez, é comum ao Direito Administrativo e Penal. Poder ser aplicada administrativamente nos casos de apreensão de bens provenientes de contrabando, descaminho, bens apreendidos pela vigilância sanitária, etc.

---

[48] OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 4. ed. rev., atual.e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 96

Os ilícitos penais e administrativos não são substancialmente diferentes. O Direito Administrativo Sancionador é apenas mais uma das manifestações do *ius puniendi* do Estado. Diferencia-se do Direito Penal apenas quantitativamente. Dessa forma as infrações penais são mais graves e, portanto, tem penalidades mais graves. Esse é o critério quantitativo.

Por vezes esse é critério quantitativo não tem aplicabilidade prática. Existem multas administrativas, por exemplo, que superaram em muito as penas pecuniárias criminais: a multa prevista na Lei nº 9.605/1998 (artigo 18, combinado com artigo 75), por exemplo, pode chegar a R$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), enquanto o limite máximo da multa penal (artigo 49 combinado com artigo 60, ambos do Código Penal) é de R$ 4.212.000,00 (quatro milhões, duzentos e doze mil reais).

Segundo Cretella Jr.[49], a diversificação do ilícito em penal, civil, administrativo, ocorre apenas para efeito de integração em um determinado ramo do direito. Não existe diferença de substância, mas de grau. Podemos considerar que a diferença entre ilícito penal e administrativo é apenas quantitativa. Este é um *minus* em relação àquele. A separá-los um matiz de oportunidade e conveniência, contingente no tempo e no espaço a critério do legislador.

Para Nelson Hungria o que varia é a maior ou menor medida da gravidade ou imoralidade existente em cada tipo de ilícito, assegura, assim, que o "ilícito administrativo é um *minus* em relação ao ilícito penal"[50].

Rogério Greco segue a mesma linha:

> "Temos ilícitos de natureza penal, civil, administrativa, etc. Será que existe uma diferença entre eles? Ou, numa divisão somente entre ilícitos penais e não penais, podemos vislumbrar alguma diferença? Na verdade, não há diferença alguma. Ocorre que o ilícito penal, justamente pelo fato de o Direito Penal proteger os bens mais importantes e necessários à vida em sociedade, é mais grave. Também aqui o critério de distinção é político. O que hoje é um ilícito civil, amanhã poderá vir a ser um ilícito penal" [51]

A inexistência de diferença ontológica em relação ao ilícito ocorre também na sanção. Inexiste, portanto, diferença de substância entre pena e sanção administrativa.

---

[49] JÚNIOR, José Cretella. **Prática do Processo Administrativo.** 8. ed. São Paulo Ed RT, 2011

[50] HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Histórica, v.1, p.15, jan. 1945.

[51] GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 11.ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. v.1. p.141

4.2 APURAÇÃO DOS ILÍCITOS PENAIS E ADMINISTRATIVOS

A investigação dos ilícitos penais e a indicação de sua autoria, além do fornecimento de elementos para o Ministério Público desenvolver sua função repressiva das condutas criminosas por meio de ação penal pública é atribuição da Polícia Civil. É o que dispõe o § 4º do artigo 144 da Constituição Federal[52].

Outras autoridades administrativas também podem exercer essa função de investigação: O Banco Central em crimes financeiros, a Receita Federal em crimes tributários, as comissões parlamentares de inquéritos (CPIs), o juiz na função investigatória a ele atribuída na Lei de Falências e na legislação eleitoral, o Ministério Público presidindo Inquérito Civil, em casos de danos ao consumidor, ao meio ambiente, a bens de valor artístico, histórico, turístico ou paisagístico, entre outros.

Os ilícitos administrativos são apurados nas formas previstas nos estatutos e regulamentos próprios de cada ente federativo. Na esfera federal temos a Lei 8.112 de 11 de dezembro de 1990 que instituiu o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas federais.

Basicamente existem dois principais procedimentos: a Sindicância e o Processo Administrativo Disciplinar (PAD). A Sindicância é o meio sumário para proceder à apuração de ocorrências anômalas no serviço público, as quais, confirmadas, fornecerão elementos para a abertura de Processo Administrativo contra o funcionário público responsável. A Sindicância é facultativa e por vezes dispensável, nos casos em que já existem elementos suficientes para a instalação de Inquérito Administrativo Disciplinar.

Cada estatuto funcional delimita os casos e finalidades da Sindicância. Pela Lei 8.112/90 a sindicância serve para a preparação de processo disciplinar (procedimento inquisitório) e dela pode resultar a aplicação de advertência ou suspensão inferior a trinta dias (conferidas as devidas garantias processuais).

---

[52]"às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares".

Já o Processo Administrativo Disciplinar (PAD) é uma das espécies de Processo Administrativo. É um conjunto de regras e princípios, sedimentados em leis, regulamentos, pareceres de órgãos oficiais, na jurisprudência e na doutrina, que informam e orientam os procedimentos que visam apurar as faltas disciplinares.

Compõe-se de parte material e parte processual. O componente material é regulado pelo Título IV (Regime Disciplinar), art. 116 a 142 da Lei nº 8.112/90 e o processual encontra-se, precipuamente, no Título V (Processo Administrativo Disciplinar) art. 143 a 182 da mesma lei.

O art. 148 da Lei 8.112/90 define processo disciplinar como "o instrumento destinado a apurar responsabilidade do servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido".

Por sua vez o art. 146 dispõe que "se o ilícito praticado pelo servidor ensejar a penalidade de suspensão por mais de 30 (trinta) dias, de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão, será obrigatória a instauração de processo disciplinar".

Conforme o Artigo 133 da Lei 8112/90, o rito sumário é aplicado na apuração de acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, inassiduidade habitual e abandono do emprego. Estes são ilícitos de prova pré-constituída,ou seja, já se tem provas concretas.

Nos outros casos aplica-se o rito ordinário, que segue, em síntese, os seguintes passos: publicação de Portaria pela autoridade instauradora, criação da comissão de apuração, notificação do acusado, tomada de depoimentos, realização de investigações, diligências, acareações, perícias, e o interrogatório do acusado. Ao final faz-se o enquadramento e a indiciação. Passando o acusado à condição de indiciado, abre-se a possibilidade da realização de defesa escrita.

Por fim a comissão elabora parecer conclusivo e submete-o à autoridade julgadora que, dentro de sua competência, aplica a penalidade. Se a pena for superior a sua alçada, encaminha o processo ao Ministro de Estado a que é subordinado para as providências cabíveis.

Recentemente o enunciado CGU nº 06 de 30/08/2012 trouxe importante disposição relacionada à penalidade de demissão: "A demissão de servidor pela prática de crime contra a administração pública deve ser precedida de condenação criminal transitada em julgado".

Tal disposição não é novidade. O artigo 20 da Lei 8.429/1992[53] autoriza a demissão de servidor acusado de improbidade somente após sentença judicial transitada em julgado. Isto decorre do princípio da presunção de inocência.

Os crimes contra a administração pública estão previstos no título 11 do Código Penal Brasileiro: peculato, concussão, corrupção passiva, prevaricação, advocacia administrativa, entre outros. Nesses casos, o trabalhador do setor público não poderá ser demitido simplesmente em função de um PAD.

4.3 COMUNICAÇÃO DAS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA

Conforme o art. 5º, XLVI da Constituição Federal são admitidas no Brasil as seguintes penas: privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa, suspensão ou interdição de direitos. Por sua vez, conforme o art. 5º, XLVII da Constituição Federal não são admitidas no Brasil as seguintes penas: de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento, cruéis.

No Direito Penal temos penas privativas de liberdade (reclusão ou detenção), restritivas de direito, multa, e perda de bens (glebas com cultura ilegal de plantas psicotrópicas, por exemplo). Já as sanções disciplinares em decorrência de ilícitos administrativos podem ser morais (advertência e repreensão), pecuniárias (multa) ou mistas (atingem a pessoa e o patrimônio do infrator: suspensão, destituição, demissão, cassação de aposentadoria).

Um ilícito administrativo pode ser simultaneamente capitulado como crime. Na Lei da Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), por exemplo, temos a previsão de fatos que podem simultaneamente sofrer incidência da referida Lei, do Código Penal e de legislação extravagante.

---

[53] Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

Nesses casos os autos são remetidos ao Ministério Público para intentar uma ação penal. Recebida a denúncia pelo juiz, instaura-se o Processo Penal, sob o crivo da ampla defesa e do contraditório. Ao final do processo o magistrado, de forma imparcial e com base nas provas, julga a procedência ou não da ação penal.

Segundo Fábio Medina Osório:

> "É comum que o sujeito responda a uma ação por improbidade e outra por crime contra a Administração Pública, em razão do mesmo suporte fático, em perspectiva naturalista ou normativa, com algumas variações irrelevantes na tipologia abstrata do comportamento proibido. A legislação que reprime atos ímprobos costuma trilhar caminhos tipificatórios alicerçados em cláusulas gerais, termos jurídicos indeterminados repletos de vagueza semântica ao passo que as leis penais estão, ao menos desde um ponto de vista histórico, atreladas a uma dogmática mais rígida na proteção dos direitos fundamentais, coibindo aberturas excessivas aos operadores jurídicos. As contradições, nessa seara, não tem sido poucas, como não são irrelevantes as perplexidades que o tema suscita"[54].

A sentença penal condenatória repercute no Processo Administrativo, podendo resultar na perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, desde que o juiz declare motivadamente esses efeitos na sentença. É o que prevê o parágrafo único do art. 92 do Código Penal[55]. Por sua vez a Lei 7.716/89 que "Define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou cor" em seu art. 16 dispõe que "constitui efeito da condenação a perda do cargo ou função pública, para o servidor público"[56].

Também a Lei 8.666/93 que trata de licitações e contratos, no art. 83 determina: "Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo".

A sentença penal absolutória repercute na instância administrativa quando nega autoria ou quando considera comprovada a inexistência do fato. Na absolvição penal por deficiência de provas relativas ao fato ou a autoria, isto não ocorre.

---

[54] OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 4. ed. rev., atual.e ampl. São Paulo: RT, 2011, fl. 328.

[55] Art. 92 - São também efeitos da condenação:I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos; II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

[56] Art. 16. Constitui efeito da condenação a perda do cargo ou função pública, para o servidor público, e a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular por prazo não superior a três meses.

São limites muito estreitos. Considerando-se o princípio constitucional da presunção de inocência a repercussão da sentença penal absolutória na esfera administrativa deveria ocorrer sempre. A jurisprudência aos poucos começa a esposar este entendimento.Nesse sentido o seguinte julgado:

> ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. CAPITULAÇÃO DOS FATOS COMO CRIME. ABSOLVIÇÃO NA PENAL POR AUSÊNCIA DE PROVA DOS FATOS, SENTENÇA ABSOLUTÓRIA DA QUAL NÃO HOUVE RECURSO. REPERCUSSÃO NA ESFERA CÍVEL. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE RESÍDUO PARA PUNIÇÃO REEXAME DOS FATOS JUDICIÁRIO. QUESTÕES RELEVANTES QUE A COMISSÃO DE PROCESSO DISCIPLINAR NÃO LEVOU EM CONSIDERAÇÃO. ENDOSSO DE CHEQUE. INEXISTÊNCIA. PRESSUPOSTO EQUIVOCADO QUE EMBASOU A MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. NULIDADE DO ATO. I – Estando caracterizado que a demissão do Servidor Público deu-se por ato que configuraria ilícito, não só Administrativo, mas também penal, e uma vez absolvido ele no Processo Penal por inexistência de prova dos fatos, impõe-se considerar essa circunstância na esfera cível, visto que a conclusão do criminal corresponde em verdade, a autêntica negativa de autoria pois o que não é provado é tido legalmente como incorrido. II – Segundo abalizada doutrina, ontologicamente, os ilícitos penal, administrativo e civil são iguais, pois a ilicitude jurídica é uma só. "Assim não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto do ilícito penal" (Cf. Nelson Hungria Administrativo e ilícito penal" RDA, seleção histórica, 1945-1995, pg.15). III – O judiciário pode reexaminar o ato administrativo disciplinar sob o aspecto amplo da legalidade, ou seja para "aferir-se a confirmação do ato com a lei escrita, ou, na sua falta, com os princípios gerais de Direito" (Seabra Fagundes, "O Controle dos Atos pelo Poder Judiciário", pg. 148 e segs) e, para isto, é imperioso que examine o mérito da sindicância ou administrativo, que encerra o fundamento legal do ato podendo verificar se a sanção imposta é legítima, adentrando-se no exame dos motivos da punição. IV – Resultando das provas dos autos, que são as mesmas produzidas no Processo Administrativo disciplinar e no processo criminal, que o ato de demissão do servidor público carece de motivação compatível com o que se apurou, ante a ausência de elementos probatórios dos fatos imputados a ele, revela-se inválido o ato administrativo, mesmo porque a Comissão de processo Disciplinar partiu de um pressuposto equivocado, que seria endosso do cheque que não existiu. V – Apelação e remessa necessária improvidas.
>
> (TRF – 2ª Região, Rel. Des. Fed. Antônio Cruz Netto, AP. Cível nº 283714, 2ª T., DJ de 3.09.2003, p. 178).

Além do princípio constitucional da presunção de inocência é preciso levar em conta, como argumento favorável a maior repercussão da sentença penal absolutória na esfera administrativa, o fato de que a apuração judicial é sempre bastante rigorosa, pelo que não se pode conceber que uma apuração administrativa dos mesmos fatos seja mais profícua quanto à obtenção de provas.

4.4 TEORIAS DO DELITO, DA PENA, DA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA

4.4.1 Teorias da Pena

As regras do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador são formadas por um preceito primário, que prevê uma ação ou uma abstenção, e por um preceito secundário, que diz sobre a punição a que está sujeito todo aquele que violar o preceito primário.

As teorias penais explicativas do propósito da punição podem ser divididas em teorias de defesa social, teoria da retribuição e as unitárias, que procuram conciliar as duas primeiras. Teorias retributivas consideram que a punição tem um valor intrínseco. Servem para retribuir o mal a quem o praticou.

As teorias de defesa social dividem-se em teorias de prevenção geral e de prevenção especial (que podem ser positivas ou negativas). A prevenção geral se dirige à totalidade dos indivíduos da sociedade. Já a especial é utilizada como advertência ou intimidação individual.

Na teoria da prevenção geral negativa considera-se que a previsão de penas em abstrato para aqueles que cometem crimes serve para intimidar as pessoas. Já a prevenção geral positiva defende que as penas cominadas em abstrato, bem como a aplicação em concreto dessas penas, reforçam o sentimento de crença na vigência e validade do Direito.

A prevenção especial diz respeito especificamente àquele que desrespeitou a norma. A prevenção especial negativa consiste em anular-se a potencial periculosidade do criminoso, geralmente por meio de uma restrição à sua liberdade. Já a prevenção especial positiva considera como objetivo da execução da pena a reintegração do delinquente na sociedade.

Há uma predominância da função preventiva na atividade sancionatória administrativa e repressiva na penal, o que não significa a inexistência da função preventiva judiciária (crimes de perigo abstrato, por exemplo) e repressivo na administração (a aplicação de multas administrativas diversas).

4.4.2 Teoria Geral do Delito

O conceito analítico de crime, de acordo com as teorias penais mais aceitas na atualidade, considera três aspectos do fato: ação típica, antijurídica e culpável. Crime é fato típico (conduta integralmente descrita no diploma legal), antijurídico (contrário à norma) e culpável (existência de dolo ou a culpa – negligência, imperícia ou imprudência). Tal conceito pode ser transplantado, com algum cuidado, para as infrações administrativas.

A tipicidade ocorre com a conjugação do tipo penal objetivo (elementos descritivos e normativos) e do tipo penal subjetivo (elementos subjetivos, mormente o dolo). Havendo perfeita subsunção do fato material ao tipo objetivo e ao tipo subjetivo, teremos um fato típico. Não se confunde tipo com tipicidade.

O tipo é a fórmula abstrata (conduta e respectiva sanção) normatizada, enquanto tipicidade pertence à conduta do autor. É a adequação da conduta a um tipo.O julgador comprova a tipicidade comparando a conduta particular e concreta com a individualização do tipo. Este processo mental é o juízo de tipicidade.

No direito penal os tipos são descritos no Código Penal ou em legislação extravagante. Por sua vez o ilícito administrativo está previsto não em diploma penal, mas em normas administrativas específicas.

A antijuridicidade ou ilicitude é a contrariedade ao ordenamento jurídico como um todo, não só em relação às leis. É um conceito amplo, que diz respeito a todos os ramos do direito, e não só ao Direito Penal. Segundo Juarez Cirino:

> "O conceito de antijuridicidade é o oposto ao de juridicidade: assim como juridicidade indica conformidade ao direito, antijuridicidade indica contradição ao direito. A antijuridicidade é uma contradição entre a ação humana e o ordenamento jurídico no conjunto de suas proibições e permissões: as proibições são os tipos penais, como descrições de ações proibidas; as permissões são as causas de justificação, como situações especiais que excluem a proibição." [57]

---

[57] SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 127

A antijuridicidade, contrariedade do comportamento considerando o ordenamento jurídico em sua totalidade, pode ser afastada pelas seguintes causas de justificação: I- Estado de necessidade- o fato típico é praticado sob ameaça a direito valioso, em função de perigo atual, inevitável e involuntário; II- Legítima defesa – o fato típico é praticado, sem excesso, para afastar ameaça a direito por ação humana, atual ou iminente, e injusta; III- Estrito cumprimento de dever legal – Não pode uma norma exigir determinada conduta e outra considerá-la crime. Somente é aplicável a favor do agente se sua conduta típica decorrer de mandamento de lei; IV- No exercício regular de direito- tem-se um direito exercido sem excesso, abuso de poder ou constrangimento ilegal.

Quanto à culpabilidade podemos afirmar que no Direito Penal o vocábulo tem três acepções: como fundamento, como fator determinante da quantidade da pena e por fim, como conceito contrário à responsabilização objetiva. Na teoria do delito é mais importante a primeira acepção, qual seja, de fundamentação da pena.

Sob esse enfoque, a noção de culpabilidade traduz-se pela: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Diz respeito ao ânimo subjetivo do agente. A ação que produz um resultado, desprovida de dolo ou culpa não pode ensejar a aplicação de sanção. É um princípio constitucional genérico, que limita o poder punitivo do Estado.

No Direito Administrativo a culpabilidade constitui-se dos seguintes elementos: imputabilidade (regular situação do servidor público quanto à investidura no cargo ou na função), exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude. A responsabilização decorrente de ato funcional requer a comprovação da culpa ou dolo do agente.

4.4.3 Teoria Geral da Infração Administrativa

De forma semelhante ao ilícito penal, o ilícito administrativo disciplinar decorre de um fato típico, antijurídico e culpável. Dessa forma, para que se configure um ilícito administrativo deve haver previsão legal e descrição de todos os seus elementos em norma administrativa específica.

Regis Fernandes de Oliveira define tipo como "conjunto de elementos de comportamento punível previsto na lei administrativa" [58]. O mesmo autor nos traz os elementos do tipo:

> [...] "Os elementos do tipo dividem-se em objetivos, subjetivos e normativos: os primeiros dizem respeito ao lugar, tempo, condições do sujeito e objeto da ação punível; os segundos dizem respeito ao fim visado pelo agente, o intuito que o animou à prática do ato; os últimos conduzem a um juízo de valor em relação aos pressupostos do injusto típico ("sem licença de autoridade competente","funcionário público", "sem as formalidades legais", "decoro", "injusta" e outras expressões jurídicas ou extrajurídicas que exigem uma compreensão geral do direito ou da realidade social). Faltando algum destes elementos, desde que expressos no tipo, não haverá infração" [59]

Quanto à culpabilidade, deve ser formada pelos seguintes elementos: imputabilidade (regular situação do servidor público no que se refere à investidura no cargo ou função), exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude.

Referindo-se à Teoria Geral da Infração Administrativa, Daniel Ferreira afirma:

> *"Não é preciso reinventar a roda.* Para que se propicie a adequada e precisa constatação do ilícito administrativo, basta empregar, adaptando, a ferramenta do Direito Penal, que vem se aperfeiçoando há séculos. Desta feita, adotar e aplicar um modelo de 'Teoria Geral da Infração Administrativa' é facilitar o trabalho de todos os operadores do direito envolvidos com a investigação e a repressão do eventual descumprimento da lei, ou de ato normativo nela fundado, no âmbito do interesse da administração pública." [60]

---

[58] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Infrações e sanções administrativas. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 20.

[59] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Infrações e sanções administrativas. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 21

[60] FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da constituição federal de 1988**. Belo Horizonte: Forum, 2009, p.19 e 360

Com esse entendimento acerca da estrutura tripartite do ilícito administrativo pode-se evitar a responsabilização disciplinar desde o início, por declaração motivada de inexistência de ilícito em virtude da exclusão de seus elementos: ausência de ação típica, antijurídica e culpável.

A interpretação do art. 128 da lei 8.112/90 à luz dos princípios da insignificância e da lesividade leva a que já no juízo de admissibilidade se verifique o desvalor da ação do servidor. Reza o art 128: "Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais".

É um juízo semelhante ao que se faz na aferição da tipicidade material no direito penal, levando em conta entre outros o aspecto relacionado à lesividade da conduta. Essa leitura favorece a aplicação garantista da norma estatutária.

O desenvolvimento de uma Teoria Geral da Infração Administrativa, nos mesmos moldes da Teoria Geral desenvolvida no Direito Penal facilitaria sobremaneira o trabalho de todos que lidam com a investigação e repressão de ilícitos administrativos, além do que evitaria o cometimento de arbitrariedades. Não mais seria possível, por exemplo, que autoridades administrativas, sob a justificativa da atipicidade das infrações administrativas cometessem abusos de discricionariedade, dando inicio a processos disciplinares injustificados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constitucionalização de princípios processuais possibilitou uma estruturação comum e um tratamento isonômico para os vários tipos de processos entre eles o Processo Administrativo. O "*status*" constitucional atribuído ao processo administrativo colocou-o entre as garantias fundamentais da Constituição.

Dessa forma, o Processo Administrativo passou a ser uma forma de limitar a atividade da Administração Pública que deve atuar sempre de acordo com os princípios constitucionais. A partir de então o Processo Administrativo passou a ser considerado não apenas como um conjunto de procedimentos previstos em lei, mas um instrumento de efetivação de valores constitucionais.

Os princípios do Processo Administrativo tornaram-se instrumentos essenciais à garantia de um processo eficiente, imparcial e que visa o interesse público. Por essa razão a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça destacam, cada vez mais, a importância da Administração Pública observar os princípios concernentes ao Processo Administrativo.

Para além disso, existe uma clara conexão entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal. Dessa forma, os princípios penais constitucionais da insignificância, da lesividade e da legalidade, entre outros, são plenamente aplicáveis.

No Direito Administrativo Sancionador é prudente que o *jus puniendi* seja exercido apenas em casos de significância e não em casos de lesividade inexpressiva ao interesse público (erro administrativo escusável) ou de intromissão descabida (atos da vida privada), por exemplo.

Nos Processos Administrativos Disciplinares, é inadmissível que a comissão: aprisione-se à legalidade estrita desconsiderando questões como a praxe administrativa; inviabilize o exercício do contraditório no indiciamento genérico, sem a especificação dos fatos apurados; desrespeite aos princípios do *in dubio pro reo* no relatório final; indefira injustificadamente solicitações de produção de prova, numa afronta ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

A observância aos princípios processuais constitucionais faz com que o Processo Administrativo passe a ser um instrumento de garantia dos direitos dos administrados a uma administração justa, eficiente, transparente e imparcial, objetivando a concretização dos direitos fundamentais.

O reconhecimento da inexistência de diferença ontológica entre ilícitos penais e administrativos e da aplicabilidade de vários princípios penais de origem constitucional ao Direito Administrativo Sancionador abre caminho para a construção de uma Teoria Geral da Infração Administrativa, nos mesmos moldes da Teoria Geral desenvolvida no Direito Penal de forma a facilitar o trabalho de todos quantos venham a lidar com a investigação de ilícitos administrativos, e evitar arbitrariedades, essa sua principal vantagem.

Enfim, o que se intentou demonstrar na presente monografia é a viabilidade, e mais do que isso a necessidade da aplicação de princípios constitucionais amplamente utilizados no Direito Penal e Processual Penal no Direito Administrativo Sancionador e em especial no Direito Administrativo Disciplinar.

REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar, **O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL**, in Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. v. 94, 1988

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal-parte geral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CRETELLA JR, José . **Prática do Processo Administrativo.** 2. ed. São Paulo: Ed RT, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão- Teoria do Garantismo Penal**. 2 ed. São Paulo: Ed RT, 2006.

FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da constituição federal de 1988**. Belo Horizonte: Forum, 2009

FILHO, Romeu Felipe Bacellar. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional. 3ª ed. Coimbra, Livraria almedina, 1999.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 11.ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini.**Do direito de defesa em inquérito administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 183: 9-18, jan./mar. 1991.

HARGER, Marcelo. **A utilização de conceitos de Direito Criminal para a interpretação da Lei de Improbidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2636, 19 set. 2010 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17434>. Acesso em: 20 nov. 2012.

HUNGRIA, Nelson. **Ilícito administrativo e ilícito penal**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Histórica, v.1, p.15, jan. 1945.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo, Dialética, 2002.

LESSA, Sebastião José. **Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância de Acordo com as Leis 8.112/90, 8.429/92 e 9.784/99**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

MEDAUAR, Odete. ***Direito Administrativo Moderno***. 8. ed. São Paulo: RT, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22ª ed. rev. e atual. São Paulo:Malheiros, 2007.

MELLO, Rafael Munhoz de. **PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR –As Sanções Administrativas à Luz da Constituição Federal de 1988**, São Paulo: Malheiros Editores, 2007.Fl 154

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito constitucional, 1999.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo, Princípios Constitucionais e a Lei n.º 9.784/99.** São Paulo: Malheiros, 2000

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e Sanções Administrativas**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 4. ed. rev., atual.e ampl. São Paulo: RT, 2011.

PASSOS, Calmon de. ***Direito, Poder Justiça e Processo***. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. ***A Moderna Teoria do Fato Punível***. Rio de Janeiro: Revan, 2002

SILVA, Marcelo Aguiar da. **Intersecção entre direito administrativo disciplinar e direito penal: Uma visão garantista do ilícito administrativo disciplinar**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 05 jan. 2012. Disponivel em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.35474&seo=1>. Acesso em: 18 nov. 2012.