

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JOÃO PEDRO SARTORI

**APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO
DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: ANÁLISE DA
UNIDADE PUNITIVA ESTATAL**

Florianópolis
2017

João Pedro Sartori

Aplicabilidade do Princípio da Insignificância no Direito Administrativo

Sancionador: análise da unidade punitiva estatal

Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor José Sérgio da Silva Cristóvam

Florianópolis

2017

Ficha de identificação da obra

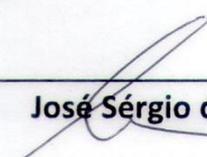
Sartori, João Pedro Aplicabilidade do Princípio da Insignificância no Direito Administrativo Sancionador: Análise da comunicabilidade com o Direito Penal / João Pedro Sartori ; orientador, José Sérgio da Silva Cristóvam, 2017. 61 p. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2017. Inclui referências. 1. Direito. 2. Direito Administrativo Sancionador, Punibilidade estatal, Postulado da proporcionalidade, Aplicabilidade do Princípio da Insignificância;. I. da Silva Cristóvam, José Sérgio. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

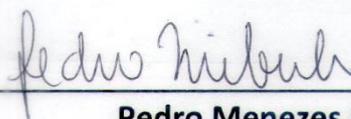
O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**Aplicabilidade do princípio da insignificância no Direito Administrativo Sancionador: análise da unidade punitiva estatal**” elaborado pelo acadêmico **João Pedro Sartori**, defendido em **03/07/2017** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 8,5 (oito vírgula cinco), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 03 de julho de 2017



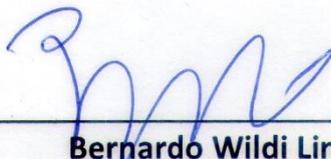
José Sérgio da Silva Cristóvam

Professor Orientador



Pedro Menezes Niebuhr

Membro de Banca



Bernardo Wildi Lins

Membro de Banca

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

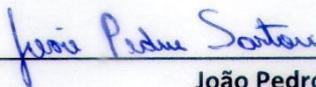
Aluno: João Pedro Sartori Heydt
RG: 6.179.363
CPF: 081.817.709-86
Matrícula: 12200062

Título do TCC: “Aplicabilidade do princípio da insignificância ao Direito Administrativo Sancionador: análise da unidade punitiva estatal”

Orientador(a): Professor José Sérgio da Silva Cristóvam

Eu, **João Pedro Sartori Heydt**, acima qualificado, venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 03 de julho de 2017.



João Pedro Sartori Heydt

AGRADECIMENTOS

Encaro com tristeza o fato de não poder elaborar os presentes agradecimentos com mais delongas, buscando as exatas palavras as quais gostaria de dirigir a um grande número de pessoas. Essa minha característica de procrastinação acaba por tolher momentos de felicidade. Nota para a próxima etapa, mude! O fim de um ciclo, para mim, é sempre encarado como momento de reflexão, saudosismo, e por que não dizer, de felicidade. Escrevo essas palavras para que o Eu do futuro tome conhecimento, caso venha a cair em esquecimento. Os últimos cinco anos foram, sem sombra de dúvidas, os mais significativos da minha vida, em todos os sentidos. Os momentos de angustia, tristeza, decepção tiveram sua presença bem assinalada, não posso negar. Mas entendo que me fizeram crescer como pessoa, e hoje me entendo capaz de extrair e perceber as coisas positivas de minha vida. As relações que construí ao longo de cinco longos anos de graduação me elevaram à um grau de sentimento que fico feliz e orgulhoso de ter alcançado: sinto que cresci muito mais como ser humano do que propriamente como jurista. Pode-se tomar pelo ponto negativo, pode-se tomar pelo ponto positivo. É uma questão de perspectiva.

Caso alguém esteja lendo estas linhas pode cair em devaneio: “ele tá agradecendo ou fazendo autoanálise?” Afirmando, novamente - tudo que me tornei devo as pessoas que passaram pela minha vida, e as situações que vivi, e sou grato individualmente a cada uma delas, de uma forma que talvez não consiga pôr em palavras.

Portanto, sendo formal e pragmático como o momento exige, gostaria de agradecer de modo inexplicável minha família, citando nominalmente para que não se esqueçam que tudo que eu sou, tenho, passado, presente e futuro, devo a vocês: minha avó Helena; meu avô Alcides; minha tia/dinda (ou porquê não dizer segunda mãe) Margareth; minha prima (ou porquê não dizer irmã) Mariah; meu pequeno primo Bruno; ao meu padrasto Jorge, a quem sou muito grato apesar de todas as nossas dificuldades; ao meu amigo/tio/agregado Cláudio, apesar de todas nossas diferenças você mora no meu coração e fez um bem inexplicável a nossa família; ao meu falecido tio Paulo, que não lerá estas palavras, mas que de alguma forma ocupou um papel que originariamente não era dele; pôr fim, e sim, mais importante, a minha mãe Margot, que eu espero que tenha noção do tamanho da minha gratidão e do meu amor, por tudo que me propiciou, por tudo que vivemos, pela nossa cumplicidade e entendimento mútuo, por tudo que significas pra mim, sem você eu não teria chego até aqui: se não realizei o meu sonho com essa graduação, espero ter realizado um dos seus. Meu amor por você não pode ser

colocado em palavras – e olha que, durante muito tempo, pensei nas palavras que aqui discorreria.

As amizades construídas ao longo dos anos, e em especial, nesta graduação: espero que vocês tenham a devida noção do quanto são importantes para mim, gostaria de citá-los nominalmente mas não quero correr o risco de pecar pela ausência. Desculpem pelos desentendimentos, pelo meu temperamento, e saibam que sempre tentei ser o meu melhor em busca de suas amizades. Vocês me tornaram uma pessoa melhor. Basta olhar em perspectiva e analisar aquele Eu do início da faculdade. Até o último minuto de Universidade Federal conheci pessoas que trouxeram felicidade pra minha vida e que me fizeram evoluir. Talvez aí encontrasse a grande vitória desta graduação. Obrigado pela paciência. Espero que vocês não saiam da minha vida.

As campanhas políticas que de alguma forma participei, e das pessoas que delas faziam partes: de alguma forma devo meu posicionamento político à vocês, e assina-se, tenho muito orgulho dele. Eu não acreditei, mas os ‘humilhados foram exaltados’ e vocês merecem muito essa vitória, membros do passado e do presente. Aos amigos e amigas do passado que de alguma forma ajudaram na realização deste trabalho. Todos, sem exceção, possuem minha gratidão.

Por fim, ao meu orientador José Cristóvam, agradeço pela interminável paciência, pela disponibilidade, e em última análise por aceitar me orientar ante a complexidade da situação. Confesso não ter sido seu melhor aluno, mas saiba que te admiro como profissional e acima de tudo como pessoa. Estendo o agradecimento à todos professores que de alguma forma influenciaram no meu crescimento, pessoal e profissional.

Espero que as presentes linhas representem o fim de um ciclo – difícil e sofrido, mas permeado dos momentos mais importantes da minha vida - e início de um novo, sempre acompanhado das pessoas especiais que conheci e tenho prazer de ter na minha vida.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o Direito Administrativo Sancionador, as sanções típicas e as medidas alternativas, pautando-se pela garantia da observância dos direitos fundamentais. O Direito Administrativo Sancionador demonstra-se conectado com o Direito Penal sob viés da unidade punitiva do Estado, devendo observância aos mesmos princípios protetivos de direitos individuais incidentes no Direito Penal, ainda que aplicados sob matizes. O princípio da insignificância demonstra-se dos mais necessários institutos de Direito Penal a ser apropriado pelo Direito Administrativo Sancionador, buscando-se processo administrativo mais racional e conseqüentemente diminuição de punibilidade desarrazoada e arbitrária. Denota-se possível, portanto, aplicabilidade do princípio da insignificância, tipicamente ligado ao Direito Penal, aos processos sujeitos ao Direito Administrativo Sancionador.

Palavras-chave: Direito Administrativo Sancionador. Direito Penal. Direito Punitivo. Sanção administrativa. Medidas alternativas. Proporcionalidade. Insignificância.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: REGIME JURÍDICO PUNITIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	13
2.1	DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: A BUSCA POR UM CONCEITO 14	
2.1.1	Direito Administrativo	14
2.1.2	Direito Administrativo Sancionador	15
2.2	SANÇÃO ADMINISTRATIVA	17
2.2.1	Elemento subjetivo	17
2.2.1.1	Corporações de Direito Público	22
2.2.2	Elemento objetivo e finalidade da sanção administrativa	23
3	MEDIDAS CORRELATAS À SANÇÃO ADMINISTRATIVA	27
3.1	MEDIDAS DE POLÍCIA	27
3.2	MEDIDAS RESCISÓRIAS	30
3.3	MEDIDAS DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO OU RESSARCITÓRIAS	32
4	DIREITO PUNITIVO ESTATAL	35
4.1	UNIDADE DO IUS PUNIENDI	36
4.1.1	Críticas à ideia da unidade do Direito Punitivo	38
5	PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	43
5.1	PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE	46
5.1.1	Origem constitucional da proporcionalidade	47
5.1.2	Aplicabilidade do postulado da proporcionalidade	48
5.2	A INSIGNIFICANCIA NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	52
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
	REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso, vinculado à área de estudo do Direito Administrativo Sancionador, guarda relações teóricas com o Direito Administrativo, punibilidade estatal, e respectivas conexões entre regime jurídico punitivo administrativo e regime jurídico penal, sendo seu tema central a possível aplicabilidade do princípio da insignificância aos casos sujeitos ao regime administrativo sancionador.

Para delimitação do tema, parte-se da busca por um conceito de Direito Administrativo Sancionador, suas sanções típicas e medidas alternativas, de modo a entender-se as proximidades com o Direito Penal, contextualizando-os como ferramentas punitivas do Estado. Posteriormente, analisa-se a possibilidade de apropriação do princípio da insignificância, de natureza penal, ao Direito Administrativo Sancionador.

Sobre as justificativas do presente estudo, importante salientar a parca produção legislativa e doutrinária a respeito do específico tema ‘Direito Administrativo Sancionador’, tornando análise deveras complicada, em especial quanto delimitação da matéria jurídica, ora em enfoque. Entende-se que há um grande vazio doutrinário e jurisprudencial no Direito brasileiro quando trazido a baile o presente tema, demonstrando-se necessário estudo através do método comparado, tomando-se por base o Direito estrangeiro.

Com advento da Constituição Federal de 1988, diversos direitos humanos foram positivados, tornando-se, desta maneira, direitos fundamentais. Dentre as ferramentas necessárias para consecução dos fins de um Estado Democrático de Direito encontram-se os princípios/postulados constitucionais, de modo garantir-se direitos individuais daquele tutelado pelo Estado.

Acontece que, em razão de um crescente punitivismo público, o Direito Administrativo Sancionar vêm tomando especial importância como ferramenta punitiva, regulando gama de infrações mais vastas que o próprio Direito Penal. Entende-se que tal punibilidade acontece à revelia da observância de garantias constitucionais básicas, consolidadas no âmbito penal, e muitas vezes não observadas no campo Administrativo Sancionador, culminando na desrespeito constitucional de garantias do administrado sancionado.

Do exposto, forma-se o problema central do presente trabalho sintetizado na possibilidade de aplicação do princípio da insignificância – típico instituto penal, aceito majoritariamente pela doutrina e jurisprudência – ao Direito Administrativo Sancionador.

Tendo em vista a similaridade entre ambos – de acordo com o ideal de instrumentos punitivos do Estado – entende-se a necessidade de apropriação por parte do Direito Administrativo Sancionador dos princípios penais relacionados a garantia de direitos, ante inexistência e consolidação de princípios próprios de Direito Administrativo Sancionador.

Portanto, buscar-se-á identificar o efetivo âmbito de atuação do Direito Administrativo Sancionador; analisar a típica sanção administrativa através do estudo de seus elementos formantes; conceituar as medidas alternativas à sanção administrativa, demonstrando-se ferramenta menos gravosa ao administrado e mais prolífica à Administração Pública; examinar a teoria da unidade punitiva estatal, demonstrando-se as conexões existentes entre Direito Penal e Administrativo Sancionador; posteriormente, adentrando especificamente ao princípio da insignificância, conceituar ‘princípios’; examinar sua origem constitucional no postulado da proporcionalidade; e pôr fim demonstrar aplicabilidade da insignificância aos processos tipicamente administrativos sancionadores.

O método de abordagem definido para o trabalho é o dedutivo. O método de procedimento de pesquisa é o monográfico. A técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica, a partir de fontes primárias (basicamente legislação constitucional e infraconstitucional brasileira) e secundárias (livros sobre temáticas específicas, manuais, artigos de revistas especializadas em suporte físico e digital, teses e dissertações).

O trabalho será estruturado em quatro capítulos, sendo o primeiro centrado na busca por um conceito de Direito Administrativo Sancionador, - sempre relacionando-se com o Direito Administrativo - e estudo pormenorizado das sanções tipicamente administrativas. No segundo capítulo visa-se conceituar as chamadas medidas alternativas, em especial as medidas de polícia, rescisórias e ressarcitórias, afastando-as da típica sanção administrativa. O terceiro capítulo busca a conexão entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador como ferramentas punitivas do Estado, demonstrando a possibilidade de comunicação entre os princípios próprios de cada ramo jurídico. Por fim, analisa-se o princípio da insignificância e sua aplicabilidade no âmbito do Direito Administrativo Sancionador.

A aprovação da presente monografia não representa o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina ao conjunto de ideias e considerações sobre as quais se fundamenta ou que nela são expostas.

2 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: REGIME JURÍDICO PUNITIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A primeira dificuldade do presente trabalho está na delimitação e compreensão de seu objeto. Apesar do recente aumento de produção doutrinária e estudos de direito comparado, principalmente após promulgação da Constituição Federal de 1988, tratando do específico tema Direito Administrativo, ainda têm-se campo jurídico pouco explorado e codificado se comparado as demais matérias de Direito (MOREIRA NETO, 2014, p. 100).

Dificuldade ainda maior encontra-se ao buscar um conceito de Direito Administrativo Sancionador, esforço que esbarra em uma parca produção legislativa e doutrinária sobre o tema. Não há no sistema jurídico brasileiro uma sistematização de leis que consolidem o procedimento/processo, e até mesmo o direito material do ramo sancionador da Administração Pública.

Denota-se, no âmbito legislativo, elaborações esparsas e individualizadas¹ – ausentes sistematizações e codificações a respeito do processo administrativo e, mais especificamente, no que diz respeito ao Direito Administrativo Sancionador. Depreende-se, portanto, que ante ausência de codificações, limitações, e produções literárias a respeito da específica temática, fica o administrado sancionado sujeito a elevada margem de liberdade e subjetividade da Administração Pública na aplicação das regras e soluções cabíveis, o que pode redundar na inobservância de direitos e garantias individuais consolidados tanto pela Constituição Federal, quanto por normas infraconstitucionais. Tratando-se de Direito Administrativo Sancionador tal constatação demonstra-se ainda mais grave, visto que trata de ramo jurídico administrativo responsável pela limitação ou cassação de direitos dos administrados.

Do exposto, retira-se necessidade de entendimento da matéria através da formulação de um conceito central de estudo. Portanto, neste primeiro capítulo, buscaremos delimitar, de modo ao menos superficial, o Direito Administrativo Sancionador, sua aplicabilidade e incidência, realizando a correlação com o Direito Penal sob a ótica de comunicação da punibilidade estatal, para posteriormente, analisar-se especificamente a sanção administrativa.

¹ Observar Lei nº 9.784/1999 que regulamenta o processo administrativo no âmbito federal. De outro modo, as esferas estaduais possuem regulamentações próprias, desprovidas de conexões lógicas entre si, e de tal que ocorra no Direito Administrativo brasileiro diversos “processos” administrativos.

2.1 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: A BUSCA POR UM CONCEITO

Compreender a atividade sancionadora ligada ao Direito Administrativo, por lógico, demonstra necessidade de estudo preliminar a respeito da incidência do Direito Administrativo em si, de modo que, ao menos superficialmente, discorrera-se sobre a questão.

2.1.1 Direito Administrativo

A delimitação do campo de atuação da própria Administração Pública se faz necessária para entendimento de questões próprias do Direito Administrativo Sancionador, tais como infrações e sanções administrativas, até os próprios princípios incidentes sobre o direito punitivo relacionado ao Direito Administrativo (OSÓRIO, 2015, p. 69). Por consignação lógica, pode-se concluir que haverá Direito Administrativo Sancionador quando, anteriormente, notar-se a incidência do próprio Direito Administrativo, e, neste sentido, Fábio Medina Osório (2015, p. 69):

O terreno em que incide o Direito Administrativo não é arbitrariamente moldado pelo Estado, seja Legislador, Executivo ou Judiciário, pois a Constituição, de um lado, impõe limites, e, de outro, a doutrina, a jurisprudência e o sistema jurídico como um todo possuem bem assentados os requisitos teóricos e pragmáticos que justificam a incidência do Direito Administrativo.

Parece razoável, para delimitar-se a atuação da Administração Pública, adotar como critério definidor a presença formal, direta ou indireta, da Administração Pública *lato sensu* na relação jurídica, “ainda que essa relação venha a ser tutelada originariamente pelo Judiciário”; a existência de atividade administrativa, sob a ótica de interesse público, quer seja, um “serviço de interesse geral ou público, de polícia, de regulação ou de fomento”, independentemente da autoridade competente para tutelar tal relação; e pôr fim a previsão legal de incidência do campo do regime jurídico publicista a tal relação (OSÓRIO, 2015, p. 83).

Fábio Medina Osório prossegue, afirmando:

Haverá, necessariamente, uma justificação teórica no interesse geral ou público, a embasar a intervenção administrativa na vida de relações. E nesse regime publicista há de estar presente previsão legal de poderes públicos à Administração, como corolário lógico, porque, do contrário, não se estará diante de uma relação regulada pelo Direito Administrativo (OSÓRIO, 2015, p. 83).

Na lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que estuda os princípios, regras e institutos que regem as atividades jurídicas do Estado e de seus delegados, as relações de subordinação e de coordenação delas derivadas e os instrumentos garantidores da limitação e do controle de sua legalidade, legitimidade e moralidade, ao atuarem concreta, direta e imediatamente, na prossecução dos interesses públicos, excluídas as atividades de criação da norma legal e de sua aplicação judiciária contenciosa (MOREIRA NETO, 2014, p. 105).

Firma-se, por derradeiro, e com especial destaque, o conceito de Direito Administrativo como conjunto de “normas jurídicas de direito público que disciplinam a atividade administrativa pública necessária à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho (JUSTEN FILHO, 2014, p. 90).

Postas tais questões, sendo lícito a Administração Pública a regulamentação de relações privadas, interferência no domínio econômico e social, demonstra-se também possível aplicabilidade de restrições – sanções - a tais campos de sujeição geral e também ao campo da sujeição especial – relações jurídicas específicas estabelecidas entre a Administração Pública e seu funcionalismo, por exemplo – conforme se verá mais adiante. (FERREIRA, 2009)

2.1.2 Direito Administrativo Sancionador

Uma das possíveis incidências do Direito Administrativo na sociedade, denota-se da aplicabilidade de sanções administrativas, ligadas a esfera do poder punitivo do Estado, e que visam regular a vida em sociedade, coibindo condutas qualificadas como socialmente indesejáveis (OSÓRIO, 2015, p. 85).

Quer dizer, passível ao Direito Administrativo interferir em relações sociais e econômicas, conforme já citado, há possibilidade, de mesmo modo, de aplicabilidade de multas

e sanções por cometimento de ilícitos administrativos, havendo regulação individual em busca de um bem-estar coletivo (BANDEIRA DE MELO, 2013, p. 61).

O Direito Administrativo Sancionador trata diretamente do direito punitivo ligado ao Direito Administrativo, – e não exclusivamente a Administração Pública - responsável pela análise das infrações e sanções impostas ao particular objeto de relação jurídica com o Estado, através da sujeição geral ou pela maior especificidade da sujeição especial. Cabe, também, portanto, o estudo de seu processo administrativo sancionador, a aplicabilidade de princípios constitucionais e penais – ante a conexão entre estes dois ramos do direito – bem como estudo do próprio direito material.

A busca por um conceito, por mais que em seu bojo pareça simplista, encontra cenários sombrios e não se limita a simples definição de punibilidade administrativa, demonstrando-se necessária análise da sanção tipicamente administrativa, conforme posteriormente analisado, para entendimento completo da matéria (OSÓRIO, 2015, p. 85-87). Simplificando-se, de modo inicial tal debate, partiremos de uma noção rudimentar de sanção administrativa, apresentada por Jose Suay Rincón, o qual afirma: “cualquier mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal a resultar de un procedimiento administrativo y con una finalidad puramente represora” (RINCÓN, 1989, p. 55).

Quer dizer, o Direito Administrativo Sancionador é o capítulo do Direito Administrativo que estuda a forma pela qual a Administração Pública aplica uma sanção a um particular, pela desobediência de uma prescrição legal ou regulamentar. Por se tratar de uma aplicação de sanção, a atividade é manifestação do *jus puniendi* estatal. Nesse ponto, o Direito Administrativo Sancionador guarda alguma relação com o Direito Penal. Enquanto que o Direito Administrativo Sancionador a aplicação da sanção se dá nos moldes de incidência do próprio Direito Administrativo, no Direito Penal (que também trata de manifestação do *jus puniendi* estatal) a aplicação da sanção se dá no âmbito judicial, sob a ótica do regime penal. É o que se tratará nas próximas seções.

Para entendimento completo, portanto, passamos ao estudo da sanção administrativa em seus detalhes – elementos, sujeitos, finalidades, entre outros – realizando-se as devidas conexões com o campo penal, para posterior análise da unidade punitiva do Estado, e conexões entre seus princípios.

2.2 SANÇÃO ADMINISTRATIVA

Visando-se completo entendimento e delimitação de extensão do presente trabalho, necessário se faz, por lógico, estudo pormenorizado da sanção administrativa propriamente dita – elemento central para balizar o âmbito de atuação do Direito Administrativo Sancionador, e consectário lógico para análise das conexões existentes entre esse e o Direito Penal – inseridos dentro de uma ideia de Direito Público Punitivo. (OSÓRIO, 2015)

Nesse ponto, necessário frisar-se, ocorrem divergências doutrinárias quanto ao conceito de sanção administrativa, como observar-se-á nas explanações futuras. Parte-se do estudo de determinados elementos fundamentais para caracterização da sanção administrativa, quais sejam: a autoridade administrativa, quer dizer, o elemento subjetivo da sanção; o elemento objetivo caracterizado pelo efeito aflitivo causado pela sanção; finalidade repressora da sanção; para posteriormente situarmos a sanção administrativa dentro de uma ideia de unidade do direito punitivo (OSÓRIO, 2015, p. 89).

2.2.1 Elemento subjetivo

A doutrina clássica e majoritária parte da ideia de sanção administrativa sob viés de incidência formal do Direito Administrativo. Quer dizer, o elemento diferenciador da sanção administrativa em relação as demais define-se justamente na autoridade competente para aplicá-la - haverá sanção administrativa quando presente a função administrativa, seja ela exercida pela própria Administração Pública, ou não (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 863).

Denota-se a necessidade, portanto, de entendimento quanto ao termo ‘função administrativa’, ainda que de modo superficial. Conforme observa-se do exposto a seguir, tal definição é objeto central da análise do elemento subjetivo da sanção. Parte-se, deste modo, do conceito apresentado por Marçal Justen Filho:

A função administrativa estatal é o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente, exercitados sob regime jurídico infralegal e que se exteriorizam em decisões destituídas de natureza jurisdicional (JUSTEN FILHO, 2014, p. 122).

Entende-se a complexidade da matéria, de modo que as mais variadas discussões teóricas podem ser elaboradas em torno de tal definição. Busca-se, neste passo, apenas certa contextualização de Direito Administrativo Sancionador – corolário lógico de sanção administrativa – dentro de uma ideia de Direito Administrativo.

Prosseguindo-se, por conseguinte, no critério de definição inicialmente apresentado, a imposição da sanção será realizada por autoridade dotada de função administrativa, ainda que não diretamente pela própria Administração Pública (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 863). Em tal elemento encontrar-se-ia a diferença substancial entre sanção administrativa e sanção penal (dentro de uma ideia de Direito Público Punitivo): sanção administrativa é medida punitiva prevista em caso de cometimento de infração administrativa, cuja competência é da própria Administração (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 864). Nesse sentido também Enterría e Fernández ao afirmarem que sanção administrativa é um mal imposto pela Administração ao administrado em consequência de uma conduta tida como ilegal (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2014, p. 187).

Obtêm-se, sob análise de tal critério definidor, como dito, conceito de sanção administrativa baseada exclusivamente no campo de incidência formal do Direito Administrativo, a dizer: toda sanção terá natureza administrativa desde que aplicada sob o regime da função administrativa, seja ela exercida pelo Executivo, Judiciário ou Legislativo (FERREIRA, 2001, p. 32; MELO, 2007, p. 65). A diferenciação encontrada entre ilícitos penais e administrativos não está em sua natureza, mas sim no regime jurídico aplicável em cada situação – é dizer, sanção administrativa assim o é pois regida pelo regime jurídico administrativo, “elemento formal que identifica a função administrativa” (MELLO, 2007, p. 68).

Identifica-se em tal afirmação necessidade latente de diferenciação entre regime (jurídico) administrativo e regime jurídico – no caso, tratando-se de punibilidade, regime jurídico penal – e para tal, o grande ponto de distinção entre as sanções seria justamente a função administrativa a qual o órgão aplicador está impregnado:

A possibilidade de órgão jurisdicional impor sanção administrativa bem demonstra a importância do critério formal de distinção entre as funções estatais. Órgãos jurisdicional, no curso de processo administrativo, pode impor sanção administrativa a servidor que praticou ilícito administrativo, por exemplo; o mesmo órgão jurisdicional, no curso de processo judicial, pode impor ao mesmo servidor, pela prática do mesmo ato, sanção penal. As atividades são idênticas, do ponto de vista orgânico e material. Juridicamente, contudo, são distintas: no primeiro caso tem-se exercício de função administrativa, através de processo administrativo; no segundo, manifestação de função jurisdicional, através de processo judicial. Num caso se aplica o

regime jurídico administrativo; noutro, o regime jurídico penal (MELLO, 2007, p. 66).

Adentrando na crítica a tal posicionamento parece que o problema tem seu âmago na definição de Direito Administrativo, entendido majoritariamente pela doutrina como ramo do Direito Público que regula a função administrativa, bem como os órgãos que a desempenham (MELLO, 2007).

Neste passo, volta-se a salientar, dificuldade e complexidade de conceituar ‘função administrativa’, de modo que a doutrina pode aplicar definições restritivas ou expansivas quanto ao termo. De todo modo, como defende-se desde as primeiras linhas do presente trabalho, o Direito Administrativo não pode ser entendido apenas quanto ao seu âmbito de incidência formal, sendo necessário uma visão expansiva quanto seu conteúdo material.

Nesse diapasão, Fábio Medina Osório busca por uma definição mais abrangente e aprofundada de sanção administrativa – o que acaba por gerar importância maior (e mais desejada, à nosso ver) tanto para o Direito Administrativo em si, quanto por consequência lógica, ao Direito Administrativo Sancionador – concede legitimidade, importância e significância, propício para estudo, sistematizações e elaborações legislativas. Portanto, parte-se de uma ótica mais expansiva que, todavia, não nega o elemento subjetivo formal da sanção, mas que também o expande para o direito material.

O poder sancionador nas mãos da Administração Pública demonstra-se inevitável: seja pela característica essencial que possui para manutenção das próprias atividades administrativas, seja pelo congestionamento judicial que poderia ocorrer ante sua ausência. Porém, tal característica intrínseca a Administração Pública não se demonstra imprescindível para caracterização de sanção administrativa, “visto que nada indica, forçosamente, sua contraposição exclusiva à ‘sanções judiciais’, em termos conceituais” (OSÓRIO, 2015, p. 93).

Assim sendo, não está a se falar da desconsideração da dimensão processual do Direito Administrativo – consequentemente da sanção administrativa – mas sim de análise mais abrangente deste ramo jurídico, sob a luz de outros critérios definidores (OSÓRIO, 2015, p. 93). Nas palavras de Fábio Medina Osório:

Sem embargo, em que pese a validade da dimensão processual do Direito Administrativo, inegavelmente este também ostenta uma dimensão material, não menos importante que a primeira, decorrente da expansão das sanções administrativas e da constitucionalização desse ramo jurídico, tutelando as mais variadas matérias, das mais distintas formas e nos mais insuspeitos ramos jurídicos (administrativização das disciplinas jurídicas) (2015, p. 93).

Desse modo, entende-se a sanção administrativa sob uma ótica expansiva do Direito Administrativo, demonstrando claro alargamento de incidência – formal e material – “na perspectiva da tutela dos mais variados bens jurídicos, inclusive no plano judicial” (OSÓRIO, 2015, p. 94), do que retira-se que as sanções administrativas não são competência privativa do Poder Executivo, não se confundindo com função administrativa.

(...) torna-se possível que os Poderes exerçam funções mais flexíveis, donde natural que o Judiciário possa aplicar sanções administrativas, já que estas não integram sequer nenhuma função privativa do Poder Executivo, não se confundindo com funções administrativas. As sanções não pertencem ao campo das funções, de modo que as sanções administrativas não se confundem com as funções administrativas (OSÓRIO, 2015, p.95)

Entende-se possível, portanto, que o legislador democraticamente conceda ao Estado-Juiz competência para aplicabilidade de sanções tipicamente administrativas, especialmente em casos em que a Administração Pública encontra-se em um dos polos da demanda, como “lesada pela ação de agentes públicos ou particulares”, falando-se claramente de normas de Direito Administrativo (OSÓRIO, 2015, p. 95).

Toma-se como exemplo a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) e analisando a natureza das normas ali estipuladas, demonstra-se tratar essencialmente de matéria ligada ao Direito Administrativo – e conseqüentemente ao Direito Administrativo Sancionador. Assim o são pois, têm vinculação direta com os princípios que regem a Administração Pública (e sua conseqüente punibilidade), com os agentes públicos envolvidos, ou até mesmo pela finalidade objetivada por tal legislação. Clarividente, não se tratar de normas de Direito Penal, posto que assim não se definem, e essencialmente porque não preveem pena privativa de liberdade, cuja aplicação estaria condicionada a incidência de normas penais (OSÓRIO, 2015, p. 96).

Sendo assim, trata do exercício de função tipicamente jurisdicional, baseada em normas de Direito Administrativo Sancionador, não havendo de se falar em “função administrativa”. No mesmo sentido Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao afirmar que as sanções aplicadas em razão de atos de improbidade administrativa no seu âmbito são essencialmente administrativas, ainda que impostas sob exercício de função jurisdicional, posto que se relacionam com valores protegidos pelo Direito Administrativo (MOREIRA NETO, 2003).

Quer dizer, a presença da Administração Pública – ou de função administrativa – não compõe elemento indispensável, ainda que extremamente relevante, da sanção administrativa, “visto que podem as autoridades judiciais, de igual modo, aplicar essas medidas punitivas, desde que outorgada, por lei, a respectiva competência repressiva, na tutela de valores protegidos pelo Direito Administrativo” (OSÓRIO, 2015, p. 97).

De todo exposto pode-se entender a sanção administrativa sob dois ângulos: subjetivo - presença formal da Administração Pública como autoridade competente para aplicabilidade da sanção; objetiva – quando a sanção administrativa está associada a um instituto típico de infração administrativa.

Explica-se: caracteriza-se uma infração como administrativa pelo viés de aplicabilidade de uma sanção administrativa (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 863), de modo ser plausível supor que o caminho contrário demonstra-se da mesma forma válido - ou seja, caracteriza-se uma sanção como administrativa quando está a se falar de uma infração administrativa – caso das infrações expostas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). Neste passo, ao contrário do que afirma Rafael Munhoz de Mello (2007), não está a falar-se de análise qualitativa da natureza das normas – administrativa ou penal – apenas aceitando-as sob tal viés, ante a competência discricionária do legislador para definição das normas.

Ademais, não se discorda do exposto por Rafael Munhoz de Mello (2007) ao afirmar que sanções administrativas e judiciais encontram-se sujeitas a regimes jurídicos distintos; fato que não afasta a extrema proximidade entre tais institutos, frutos de uma unidade punitiva do Estado (conforme exposto no capítulo seguinte deste trabalho), de modo que ambos devem resguardar as devidas garantias processuais ao sancionado.

Fixa-se a dificuldade, novamente, na própria diferenciação entre infrações/sanções penais e infrações/sanções administrativas, verificando-se como elemento objetivo apenas a exclusividade do Direito Penal em aplicar medida restritiva de liberdade, esse “o verdadeiro limite dogmático que separa Direito Penal de Direito Administrativo Sancionador, no plano dos Direitos Humanos” (OSÓRIO, 2015, p. 91).

Do cenário exposto, entende-se que o Direito Penal deva funcionar nos moldes de seus preceitos doutrinários e constitucionais, servindo como medida de *ultima ratio* (SANTOS, 2012). É dizer, deste modo, que o Direito Penal não trata de ramo jurídico eficaz para proteção de todos bens jurídicos definidos pela Constituição Federal, entendidos pelo corpo social como relevantes.

Contudo, a proteção de bens jurídicos realizada pelo Direito Penal é de natureza subsidiária e fragmentária – e, por isso, diz-se que o Direito Penal protege bens jurídicos apenas em ultima ratio: por um lado, proteção subsidiária porque supõe a atuação principal de meios de proteção mais efetivos do instrumental sociopolítico e jurídico do Estado; por outro lado, proteção fragmentária porque não protege todos os bens jurídicos definidos pela Constituição da República e protege apenas parcialmente os bens jurídicos selecionados para proteção penal. (SANTOS, 2012, p. 6)

Para tanto, situa-se no Direito Administrativo Sancionador meio alternativo para aplicabilidade de punibilidade estatal, conclui-se, logicamente, que os preceitos teóricos do Direito Penal devem ser observados pela punibilidade administrativa, conforme discorreremos no capítulo terceiro do presente trabalho.

Por fim, entende-se que a teoria apresentada por Fábio Medina Osório – incidência formal e material do Direito Administrativo para qualificação das sanções administrativas - acarreta em maior significância ao Direito Administrativo, e conseqüentemente ao Direito Administrativo Sancionador. Tal fator carrega em si grande significância visto a constante expansão punitiva associada ao Direito Administrativo, e como tal, necessita ser estudado, sistematizado, e legislado sob campos de conhecimento aprofundados e expansivos, não se resumindo a conceitos fechados e temporais.²

Isto posto, o elemento subjetivo da sanção administrativa, é extremamente amplo, podendo ser verificado em qualquer campo em que haja a incidência do próprio Direito Administrativo.

2.2.1.1 Corporações de Direito Público

Adentrando no conceito depara-se com a possibilidade de autoridades corporativas aplicarem sanções tipicamente administrativas. Quer dizer, se determinada entidade é regulada por normas de Direito Público - sendo obrigatório o registro do particular para livre exercício da atividade profissional - a legislação concede legitimidade sancionatória a tais órgãos fiscalizadores, poderes os quais regidos pelo Direito Administrativo Sancionador, ainda que em relação a atividades pautadas por normas de Direito Privado (OSÓRIO, 2015, p. 97).

² Crítica ao posicionamento de Fábio Medina Osório pode ser encontrada em: MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções Administrativas à Luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

Salienta-se, entretanto, necessidade de um interesse público³ que justifique a incidência do Direito Público na regulação de tal atividade, donde pode-se notar as conexões com o Direito Administrativo Sancionador, de modo que “estabelecem estruturas de infrações e sancionamentos a determinadas condutas proibidas à luz de critérios publicistas, tendo em conta a superioridade do interesse público nessa atividade” (OSÓRIO, 2015, p. 98).

Portanto, em atividades dotadas de interesse público, com a devida previsão legal, denota-se os requisitos básicos para reconhecimento de caráter público de determinados colégios profissionais, nos casos em que tais atuam em nome do Estado, quer dizer, como se houvesse uma competência delegada, para “imposição de sanções administrativas aos seus membros, em que pese o fato de o órgão sancionador não ser, rigorosamente, uma autoridade administrativa ou judiciária” (OSÓRIO, 2015, p. 99). Toma-se, como exemplo, a Ordem dos Advogados do Brasil, a qual em seu estatuto⁴ define a advocacia como atividade “indispensável à administração da justiça”⁵, exercendo “função social”⁶, e de mesmo modo, estabelece as infrações e sanções as quais estão sujeitos seus corpo integrante (OSÓRIO, 2015, p. 100).

2.2.2 Elemento objetivo e finalidade da sanção administrativa

O elemento objetivo de qualquer sanção parece facilmente deduzível. Trata-se, essencialmente do efeito aflitivo causado pela imposição de sanção – “representa o sofrimento, a dor, o mal imposto ao infrator”. Neste passo, implica uma privação de direitos, condições de conduta, imposição de deveres, relacionados ao cometimento de um ilícito administrativo (OSÓRIO, 2015, p. 100-101). Denota-se uma clara aproximação do Direito Administrativo Sancionatório com o Direito Penal, o que pode ser melhor entendido analisando-se as sanções sob a ótica da teoria da pena, amplamente estudada pelo Direito Penal.

³ “Não se trata de um conceito quantitativo, mas sim qualitativo, devendo ser entendido como o interesse coletivo abstratamente considerado, a partir de valores consolidados pelo sistema constitucional. O interesse público é a expressão dos valores indisponíveis e inarredáveis assegurados pela Constituição. Em última análise, não se deve buscar o interesse público (singular), mas os interesses públicos consagrados no texto constitucional, que inclusive podem restar conflitantes na conformação do caso concreto, o que exige a resolução do caso a partir de um modelo racional de ponderação de valores, a fim de resolver o conflito entre princípios e interesses no problema prático”. CRISTÓVAM, José Sergio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 368

⁴ Lei Federal nº 8.906/1994

⁵ Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

⁶ § 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

Existe, por lógico, uma grau variado de gravidade das sanções administrativas impostas – multas, perda de direitos políticos, perda de funções públicas, etc – de modo que, algumas se aproximam em demasia com sanções de natureza penal, em tais casos “a autoridade sancionadora sopesará com maior cuidado a relação de proporcionalidade da sanção com o ilícito, ajustando a resposta estatal aos ditames constitucionais” (OSÓRIO, 2015, p. 103).

De outro modo, podem as sanções administrativas aproximarem-se sobremaneira com sanções de cunho reparatório (cível), novamente observando-se o grau de reprovabilidade de determinada conduta. Deste modo, tratar-se-ia de sanção exterior ao âmbito do próprio Direito Punitivo, ainda que, de mesmo modo, dotada de efeito aflitivo (OSÓRIO, 2015).

Sabe-se que o efeito aflitivo da medida sancionadora (sanção administrativa), em primeiro lugar, não é um atributo específico ou privativo do Direito Administrativo, Direito Penal ou Direito Constitucional. Também o Direito Privado pode estabelecer medidas “aflitivas”, vale dizer, sancionadoras, em determinadas matérias (OSÓRIO, 2015, p. 102)

O elemento objetivo da sanção, entendido basicamente como ferramenta retributiva pela doutrina – penal e administrativa - aproxima-se do conceito de retribuição de culpabilidade, ou seja, mal justo contra o mal injusto do crime (SANTOS, 2012, p. 421) – ou infração, no caso do Direito Administrativo. De tal definição, entende-se concepção eivada de ideais próximos da barbárie, afastando-se de uma persecução de resolução de conflitos, em conformidade com a atualidade social.

Quer dizer, o efeito aflitivo trata de consectário lógico de qualquer sanção – seja ela penal, administrativa, ou civil – pois, de alguma maneira causará transtornos e danos àquele sancionado. Todavia, tal retribuição não deve ser o objetivo/finalidade principal de qualquer campo punitivo, posto que, empiricamente desprovida de qualquer efetividade prática, conforme retira-se da doutrina penal:

(...) o Direito Penal tem por objetivo proteger bens jurídicos – e não realizar vinganças. Por outro lado, não é científico porque a retribuição do crime pressupõe um dado indemonstrável: a liberdade de vontade do ser humano, pressuposta no juízo de culpabilidade - presente em formulas famosas como o poder de agir de outro modo de WELZEL -, não admite prova empírica. (SANTOS, 2012, p. 423)

A finalidade oficial de todo ramo punitivo, é, em última análise - tomando-se por base concepções racionais - a prevenção ao cometimento de ilícitos (SANTOS, 2012). É dizer, desestimular a prática de condutas tidas como reprováveis ou fomentar o cumprimento daquelas tidas como obrigatórias (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 865) –, seja através da prevenção geral/especial negativa e/ou positiva.⁷ Perpassa-se às críticas fundamentais e indelegáveis a tal discurso, não cabendo ao presente trabalho o estudo pormenorizado das finalidades punitivas, posto que estudo amplo e complexo, todavia necessário salientar-se as incoerências ideológicas de tal discurso punitivista, de modo ao menos superficial.

Posto isso, necessário ao mínimo sair-se de tal concepção antiquada de punibilidade retributiva – “não se trata, portanto, de causar uma aflição, um ‘mal’, objetivando castigar o sujeito, levá-lo à expiação pela nocividade de sua conduta” (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 865). Objetiva-se, através do exposto, a transposição da punibilidade típica das sanções, associada aos ideais de retribuição, focando-se nas medidas ditas alternativas (conforme observar-se-á no capítulo seguinte), adequando-se, desta forma, o Direito Administrativo Sancionador na função de garantidor de direitos individuais.

O poder disciplinar, entendido nesse passo como meios alternativos à sanção administrativa, – medidas rescisórias, preventivas, ressarcimento ao erário – na concepção ora adotada pelo presente estudo, carregam em si maior efetividade para resolução dos ilícitos administrativos cometidos, em conjunto a uma gama menor de danos causados ao tutelado (tal compreensão vai ao encontro do exposto no quarto capítulo do presente trabalho, ao analisar-se a aplicabilidade do postulado da proporcionalidade).

As próprias sanções administrativas encontram-se permeadas de função disciplinar, isto é claro, todavia, como exposto, não se trata de seu fim profícuo. Nas palavras de Fábio Medina Osório:

O exercício do poder disciplinar é, necessariamente, em alguma medida, também punitivo, embora busque um acentuado objetivo pedagógico. Ocorre, de um lado, que essa pretensão pedagógica tampouco está descartada ou é estranha às finalidades repressivas ordinariamente presentes nas penas ou sanções administrativas. Ao contrário, o Direito Penal há de perseguir finalidades ressocializantes e de reeducação do sujeito, embora também deva desempenhar um papel de defesa social, segregando pessoas incapazes de conter seus impulsos ou vontades destrutivas da ordem normativa que cobre o tecido social (OSÓRIO, 2015, p. 104).

⁷ Para entendimento mais aprofundado consultar SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

Entende-se, na concepção aqui defendida, a transposição do campo estritamente punitivo, fundamentando nas sanções penais e administrativas, para as medidas ditas alternativas, demonstrando-se campo mais prolífico que a simples retórica retributiva. Ademais, considera-se a proporcionalidade em todos os sentidos do sistema punitivo, em essencial na conjugação entre ilícito cometido e a infração imposta, sempre permeando-se por um ideal de Estado Democrático de Direito.

Por fim, demonstra-se o conteúdo finalístico, como dito, mera medida retributiva, e portando inócuo para resolução de conflitos e persecução dos interesses públicos. A busca, nesse sentido, e de acordo com a proporcionalidade, análise econômica do direito, e persecução dos direitos fundamentais, deve-se pautar em meios alternativos – preventivos, fiscalizatórios, ressarcimento, evitando-se manuseio da máquina punitiva do Estado, tais medidas serão abordadas em capítulo seguinte, salientando-se que o rol ora apresentado não é taxativo, sendo passível à Administração Pública demais medidas alternativas. Foca-se, neste momento, nas medidas de polícia, rescisórias e de ressarcimento ao erário.

3 MEDIDAS CORRELATAS À SANÇÃO ADMINISTRATIVA

No presente capítulo busca-se a definição e entendimento de medidas ditas alternativas à sanção administrativa. Importa salientar-se que, novamente, existem divergências doutrinárias quanto aos temas ora expostos. Especifica-se o estudo, neste momento, nas medidas tomadas pelo presente trabalho como mais efetivas para consecução dos interesses gerais, em consonância com a proporcionalidade e interesse público, e por via de consequência capazes de gerar medidas menos gravosas para o tutelado.

Tal explanação demonstra-se necessária como corolário lógico para demonstrar-se a aplicabilidade do princípio da insignificância ao Direito Administrativo Sancionador, retirando-se determinados ilícitos, não capazes de atingir um bem, ante sua insignificância, da punibilidade estatal propriamente dita. Não se esgota em sua totalidade as medidas ditas alternativas, porquanto apenas perpassa-se por aquelas consideradas mais relevantes para os fins do presente trabalho.

3.1 MEDIDAS DE POLÍCIA

Historicamente considerou-se que as sanções impostas pela Administração Pública constituíam-se estritamente no exercício de atividade de polícia o que em última análise demonstra que o próprio conceito de Direito Administrativo encontrava seu fim nas medidas de polícia, atividade típica da Administração. Tal delimitação foi perdendo sentido posto a expansão do âmbito de incidência do Direito Administrativo, o qual incorporou uma multiplicidade de atividades públicas - dentre eles a função de polícia (ALEJANDRO NIETO, 2002, p. 178).

Partindo-se desse pressuposto, necessária análise do que constitui propriamente as medidas de polícia, contextualizando-as dentro de uma ideia de função administrativa e de Direito Administrativo Sancionador, ainda que externamente ao conceito de sanção administrativa, conforme veremos adiante.

Deste modo, o poder de polícia pode ser entendido como prerrogativa do poder público para “condicionar e restringir o uso e o gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade e do próprio Estado”, é mecanismo de controle da Administração

Pública (OSÓRIO, 2015, p. 107). Parte-se da análise de atuação de polícia sob ótica de um ciclo de quatro fases, englobando a ordem de polícia, o consentimento de polícia, fiscalização de polícia, e pôr fim a sanção de polícia (MOREIRA NETO, 2014, p. 533) – os quais aborda-se, de modo ao menos superficial, nas próximas linhas.

A ordem de polícia é preceito legal básico inicial da atividade administrativa de polícia, apresentando-se através de “preceito negativo absoluto” – um imperativo de “não faça”, no qual são vedadas determinadas formas de exercício de atividades individuais e do uso da propriedade privada. Desse modo, impõe-se restrições ao exercício de liberdades e direitos individuais; e através de um “preceito negativo com reserva de consentimento” – vedadas determinadas formas de exercício de atividades e uso de propriedade privada, sem que haja um prévio consentimento por parte da Administração, quer dizer, trata de medida condicionante, onde deverá ocorrer anuência da Administração Pública. Neste diapasão encontra-se o conceito de “consentimento de polícia”. (MOREIRA NETO, 2014, p. 534)

Adentrando-se ao campo fiscalizatório das medidas de polícia, verifica-se o efetivo cumprimento das ordens de polícia anteriormente citadas – é dizer: confirmar que as atividades individuais e uso da propriedade privada, vedadas pela Administração Pública, efetivamente estão sendo observadas; e, constatar se não há abuso do direito concedido pela Administração Pública (MOREIRA NETO, 2014, p. 536). Nesse diapasão, a fiscalização de polícia se apresenta sob dois aspectos, realizando prevenção ao cometimento de infrações, e de mesmo modo, “prepara a repressão das infrações pela constatação formal da existência de atos infratores” (MOREIRA NETO, 2014, p. 536).

Salienta-se, neste ponto, o caráter preventivo incidente na atividade fiscalizatória, tratando-se de medida anterior ao próprio conceito de punibilidade, e, sob a ótica deste trabalho, meio mais prolífico para consecução dos interesses públicos. Todavia, como dito, possui caráter também preparatório para início à repressão de infrações cometidas pelo particular.

Ocorrendo falha das medidas preventivas, e portanto verificando-se a ocorrência de infração, têm-se o efetivo uso da punibilidade pública, sob a ótica da sanção, no presente caso conceituada como “função pela qual se submete coercitivamente o infrator a medidas inibidoras (compulsivas) ou dissuasoras (suasivas) impostas pela Administração” (MOREIRA NETO, 2014, P. 537). Neste diapasão as medidas de polícia visam “a assegurar, por sua aplicação, a repressão da infração e restabelecer o atendimento do interesse público, compelindo o infrator à prática de ato corretivo, dissuadindo-o ou de iniciar ou de continuar cometendo uma transgressão administrativa” (MOREIRA NETO, 2014, p. 537).

Demonstra-se, desta maneira, que a “sanção de polícia” não abrange em sua definição todo o conceito de medida de polícia, posto que atividade de cunho preventivo sobremaneira.⁸ Cerra-se a discussão justamente quanto a qualidade da medida de polícia - sendo passível sua caracterização como sanção administrativa ou se medida punitiva alheia a esta.

A conexão realizada pela doutrina ora em referência, entre as medidas de polícia e as sanções administrativas, encontram referência na finalidade objetiva, a dizer: proteção dos interesses públicos e gerais, ainda que os meios empregados e a forma de atuação demonstrem-se distintos entre si. Como dito, as medidas de polícia pretendem evitar a violação da ordem jurídica, e caso ocorram, busca-se seu restabelecimento; enquanto as sanções propriamente castigam uma conduta individual já realizada (ALEJANDRO NIETO, 2002, p. 179). Tal posicionamiento é defendido por Alejandro Nieto:

Las circunstancias de que, por una parte, la Policía pueda servirse ocasionalmente de sanciones para conseguir sus fines y, por otra, el que la amenaza y la imposición de sanciones contribuyan al mantenimiento del orden, no autorizan a confundir las dos figuras ni a integrar una en otra, sino sólo a afirmar que <se trata de dos medios complementarios y distintos dirigidos a idéntico fin> (ALEJANDRO NIETO, 2002, p. 179).

Para Fábio Medina Osório (2015), apesar da associação que pode ser feita entre as medidas de polícia ao cometimento, ou perigo de cometimento, de um ilícito, por si só não lhe confere conteúdo puramente punitivo – lembrando do seu caráter preventivo já citado –, conseqüentemente não se enquadra no conceito de sanção administrativa: “É certo que as medidas de polícia podem estar ligadas ao cometimento ou ao perigo de cometimento de um fato ilícito, mas tal circunstância não lhes confere um caráter punitivo, um enquadramento no conceito de sanções administrativas”. (OSÓRIO, 2015, p. 108)

Segundo o autor “quando o Estado veda ao indivíduo um exercício de um direito para o qual não estava habilitado, não há falar-se propriamente de sanção administrativa. Tal medida visaria exclusivamente o retorno a legalidade (OSÓRIO, 2015, p. 109).

Deste modo, entende-se que o poder de polícia se “reveste de uma dimensão processual direcionada à legitimação da tutela urgente de interesses difusos ou coletivos, através da atuação do Poder Público”. Quer dizer, parece haver um claro contexto de semelhança entre tal instituto

⁸ Para uma análise aprofundada da natureza da sanção de polícia observar: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 537

e as medidas cautelares próprias do Direito Penal e Processual Penal quando se refere a prisão preventiva, por exemplo (OSÓRIO, 2015, p. 110-111).

A conexão entre os institutos – poder de polícia e sanção administrativa- encontra-se no poder punitivo ligado ao Direito Administrativo, sendo a sanção administrativa apenas um meio “de execução do cumprimento de deveres impostos aos cidadãos (OSÓRIO, 2015, p. 111)”. Portanto, não cabe falar da totalidade do poder sancionador administrativo dentro do conceito de Poder de Polícia.

Todavia, parece translúcido que o Direito Administrativo Sancionador, na amplitude de sua incidência, deve esse sim, englobar os conceitos ligados ao Poder de Polícia, tanto no sentido de fiscalização/prevenção, quanto no âmbito de garantia de direitos do sancionado. Por fim, têm-se, conforme defendeu-se ao longo deste tópico, uma clara conexão entre os institutos, sejam pelos objetivos pretendidos – proteção dos interesses públicos – seja pelo ponto de vista processual: “o poder administrativo de polícia assume, não raramente, feições e funcionalidades ligadas instrumentalmente à proteção cautelar de direitos que, do ponto de vista processual, são resguardados por normas proibitivas e respectivas sanções, tudo no bojo do Direito Administrativo” (OSÓRIO, 2015, p. 111-112).

Conclui-se por não haver uma identidade absoluta - mas sim pontos de intersecção - fato que não retira a necessidade de entendimento das medidas de polícia dentro de um ideal garantista de direitos, inseridas no conceito de Direito Administrativo Sancionador. Salienta-se, neste ponto, a importância da atividade de polícia como medida fiscalizatória e prévia a punibilidade propriamente dita, o que caracteriza medida mais adequada na persecução dos interesses públicos e gerais.

3.2 MEDIDAS RESCISÓRIAS

Têm-se, neste diapasão, as relações de sujeição especial estabelecidas entre a Administração Pública e os particulares, donde a sanção caracteriza-se pela “perda da situação jurídico-administrativa que havia se formado em favor do particular”, é dizer a perda de proveito anteriormente obtido em relação junto a Administração Pública (OSÓRIO, 2015, p. 112). Salienta-se, quanto as relações de sujeição especial disciplinares, não ocorrer qualquer embargo quanto sua qualificação como sanção administrativa propriamente dita, aplicando-se, por óbvio, os princípios próprios de Direito Administrativo Sancionador (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2014, p. 195).

Desse modo, a “Administração Pública deixa sem efeito, temporal ou definitivamente, um ato administrativo favorável ao administrado como consequência de uma prática ilegal”. Retira-se dois pontos de extrema relevância a qualificar as medidas rescisórias: necessitam firmarem-se em conduta tida como ilegal, ou seja, a razão para rescisão necessita fundar-se em uma ilegalidade; ademais observa-se que está a se falar de relação contratual, e não em “genérica pretensão punitiva” – no âmbito das relações bilaterais (contratos, concessões), apto as partes estabelecerem os sancionamentos específicos da relação em voga (OSÓRIO, 2015, p. 112).

A discussão encontra seu cerne, novamente, quanto alcance da sanção originária de relação contratual, as quais obviamente possuem conteúdo aflitivo (elemento objetivo da sanção), encontram-se ligadas ao princípio da legalidade, e podem “privar o particular do gozo dos direitos decorrentes daquela relação, revogando-a, anulando-a, alternando-a dentro do quadro normativo permissivo”. Ocorre que falta-lhe o elemento genérico de aplicabilidade geral, típico das sanções administrativas, não se enquadrando, deste modo, no âmbito de incidência do Direito Administrativo Sancionador – posto que se assemelham muito mais com sanções de direito privado (OSÓRIO, 2015, p. 114).

Todavia, se do contrato podem surgir pretensões punitivas com alcance geral e pro futuro⁹, a submissão ao Direito Administrativo Sancionador parece demasiado claro – posto que presente o requisito da generalidade. Deste modo, trataria de autêntica sanção administrativa, capaz de suscitar restrições de direitos fundamentais do destinatário, e portanto sujeita aos princípios e regras do Direito Administrativo Sancionador (OSÓRIO, 2015).

Por fim, defende-se também quanto a este quesito, mesmo não se tratando de sanção administrativa propriamente, estão as medidas rescisórias permeadas em “universo constitucional e legal que vincula os Poderes Públicos. Não podem haver medidas arbitrárias, desarrazoadas, ilegais, sob pena de invalidade dos respectivos atos administrativos”. Entende-se portanto, que os princípios constitucionais, penais ou próprios de Direito Administrativo sancionador – discussão que será travada ao longo deste trabalho – permeiam a regularidade do contrato administrativo, de modo que as medidas rescisórias pautam-se pelo respeito a tais fatores. (OSÓRIO, 2015)

⁹ Exemplo utilizado por Fábio Medina Osório diz respeito a pena administrativa de declaração de inidoneidade do particular para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal – OSORIO 113-114

3.3 MEDIDAS DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO OU RESSARCITÓRIAS

As medidas ressarcitórias objetivam um retorno ao *status quo* prévio ao cometimento do ilícito, “reparando o dano causado à vítima da infração” (MELLO, 2007, p. 77), característica essa distintiva em relação as sanções tipicamente administrativas – as quais, como já afirmado, possuem finalidade estritamente retributiva, ainda que enquadradas dentro de um discurso preventivo (OSÓRIO, 2015, p. 114).

Neste diapasão, a discussão mantém-se quanto a natureza das medidas de cunho ressarcitórias – entendidas como típicas sanções administrativas, ou se mais próximas da teoria da responsabilidade civil (OSÓRIO, 2015, p. 114).

Ainda que as medidas ressarcitórias estejam dotadas de finalidade intimidatórias, tais não integram o conceito de sanção administrativa posto que não assumem caráter aflitivo ou disciplinar: “não ambicionam a repressão, mas sim a reparação do dano, assumindo conteúdo restitutivo, reparatório, submetendo-se, nesse passo, a princípios próprios, específicos, mais próximos naturalmente, do Direito Civil”, posicionamento esse defendido por Fábio Medina Osório (2014, p. 114-116). Retorna-se, por conseguinte, quanto à delimitação da própria finalidade da sanção administrativa.

Classifica-se, no entendimento de Rafael Munhoz de Mello, a sanção administrativa de duas maneiras: aquelas consistentes em medidas de caráter estritamente retributivo; e as de caráter ressarcitório, ainda que com conteúdo aflitivo. A classificação feita pelo autor leva em consideração a presença da Administração Pública no exercício de função administrativa no momento de imposição da sanção, discussão essa já tomada em análise em capítulo anterior (MELLO, 2007, p. 75).

Quando depara-se com a sanção administrativa retributiva – conforme já comentado – fala-se na imposição de um mal, e neste ponto esgotando-se o conceito. Todavia, a finalidade punitiva encontra-se em teoria na prevenção ao cometimento de novas infrações, “desestimulando a prática de comportamentos tipificados como ilícitos” (MELLO, 2007, p. 76). Não há de se falar em qualquer caráter disciplinar, preventivo ou ressarcitório (MELLO, 2007, p. 76).

De outro modo, a sanção ressarcitória não encontra sua finalidade na imposição de castigo, fixando-se sua base material no restabelecimento da realidade anterior ao cometimento do ilícito, ou seja, a reparação do dano causado - “o ilícito consiste, aqui, na violação do dever geral de não causar danos a terceiros” (MELLO, 2007, p. 77). Têm-se, nesta perspectiva, uma

mudança de foco: transfere-se a ótica da mera retribuição (figura está focada estritamente no sujeito infrator), para o prisma da vítima do dano sofrido, e nesse sentido, obrigando-se o infrator ao restabelecimento da realidade anterior (MELLO, 2007). Firma-se posicionamento no mesmo sentido de Fábio Medina Osório, entendendo-se as medidas ressarcitórias aproximadas de modo claro ao Direito de responsabilidade civil, fugindo-se da ótica própria das sanções administrativas.

Denota-se ainda na atualidade que as sanções de ordem punitiva, sejam elas penais e/ou administrativas, encontram caráter estritamente retributivo – ainda que justificadas sob um discurso preventivo, o qual não se observa praticamente efetivo – firmando-se apenas sob uma ótica aflitiva e inexistindo-se finalidade reparadora, observáveis nas sanções próprias de direito privado (MELLO, 2007, p. 79).

De mesmo modo, nas sanções ressarcitórias entende-se presente, ao contrário do exposto por Fábio Medina Osório (2015, p. 114-115), o efeito aflitivo, típico de qualquer sanção – sejam elas civis, penais ou administrativas - ainda que em grau mínimo, posto que, de alguma maneira afetará a esfera de direitos individuais do sancionado (conforme exposto em capítulo anterior). Todavia, quanto a presença de finalidade disciplinar nas medidas ressarcitórias, parece claro tratar-se de um objetivo caro a tal medida, o qual, como já dito, busca um restabelecimento da ordem anterior ao ilícito, afetando-se o âmbito patrimonial do sancionado.

Têm-se que as sanções tipicamente punitivas – de natureza penal e administrativa – carregam em seu bojo medidas de maior gravidade, tomando-se relação àquelas presentes no Direito privado, transpassando-se do campo estritamente patrimonial, elemento que parece diferenciar as medidas ressarcitórias das sanções propriamente administrativas. Exposto não significa dizer que no âmbito da responsabilidade civil não há de observar-se as garantias individuais. Quer dizer, a simples caracterização das medidas ressarcitórias como sanções de natureza civil, não implicam a retirada de garantias:

Não obstante, o Direito da responsabilidade civil, progressivamente, vem assumindo proporções importantes na esfera dos direitos fundamentais. O direito de propriedade tem lugar de destaque no rol dos direitos fundamentais e é sabido que os processos civis causam efeitos aflitivos importantes e suprimem esferas de cidadania, como créditos e participação das pessoas em instâncias relevantes de convívio social. Desse modo, imperioso notar que os direitos são também observados, com rigor, nessa esfera. Vale observar que as instancias punitivas e não punitivas têm se aproximado em termos de garantias dos direitos individuais, essa é uma tendência notória. O impacto das medidas ressarcitórias sobre direitos patrimoniais pode ser de tal ordem que se verifica violência a direitos fundamentais abrigados constitucionalmente. Daí a importância do devido processo legal (OSÓRIO, 2015, p. 116).

Por derradeiro, entende-se que, por meios empíricos, é possível notar a falha do sistema punitivo retributivo – ainda que engendrado em um discurso preventivo. Resta, portanto, a busca por um sistema condizente com a atual complexidade das relações humanas, pautadas por ideias civilizatórias e na realização dos direitos fundamentais. Parece clara a necessidade de transposição desse sistema punitivo clássico para o âmbito fiscalizatório, preventivo, e ressarcitório, conforme explanado ao longo deste capítulo, demonstrando-se âmbito mais frutífero para persecução dos interesses públicos, respeitando-se as garantias individuais (FERREIRA, 2001).

Do exposto, ante entendimento completo da típica sanção administrativa, bem como de medidas alternativas, parte-se a análise do Direito Punitivo Público, buscando-se seu conceito, e visando demonstrar a conexão do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador como frutos de uma unidade punitiva, pôr fim objetivando-se a integração dos princípios penais perante o Direito Administrativo Sancionador.

4 DIREITO PUNITIVO ESTATAL

Neste capítulo analisar-se-á as conexões existentes entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, estabelecendo-se, como demonstrar-se-á, uma comunicabilidade de princípios. Ressalta-se nessa medida, importância da compreensão de intersecção entre os ramos jurídicos, de modo posterior análise de aplicabilidade do princípio da insignificância ao Direito Administrativo Sancionador (conforme veremos no capítulo final deste trabalho) e buscando-se a transposição das sanções tipicamente administrativas ao campo das medidas alternativas (conforme exposto no capítulo segundo).

Pode-se conceituar o direito punitivo como conjunto de normas que visam regular condutas sociais, garantindo-se proteção de valores tidos como relevantes pela coletividade, e exercido por meio da estipulação de condutas proibidas e aplicabilidade de sanções – caracterizando, deste modo, ferramenta de controle social. Tal punibilidade, dentro de um ideário de Estado Democrático de Direito, é exercida de modo exclusivo pelo Estado, respeitando-se direitos e garantias do tutelado (MELLO, 2007, p. 33).

A punição é exercida em razão dos mais variados objetivos – sejam eles declarados ou reais (SANTOS, 2012) – retirando-se de seu discurso oficial a proteção de bens jurídicos entendidos como relevantes pela coletividade, quer dizer, faz-se necessário que os indivíduos assumam condutas –ou omissões- que possibilitem a vida em sociedade. Incorrendo em conduta caracterizada como ilícita, igualmente havendo violação de um bem jurídico de relevância social, surge a legitimidade estatal de punibilidade. Essa questão pode ser melhor compreendida através do estudo da “Teoria da Pena”, objeto de exaustiva análise do Direito Penal.

A punibilidade obviamente é exercida por meio de relação hierárquica e de força, na qual o tutelado encontra-se no polo mais fraco da relação, gerando restrições e/ou limitações de direito. Ao institucionalizar o monopólio da punição, em tese, o Estado regula princípios e regras de aplicabilidade geral, busca um conceito de ilícito e de sanção, sempre em razão da razoabilidade e proporcionalidade (MELLO, 2007), ante pena de aplicabilidade de sanção ilegítima e arbitrária (MOREIRA NETO; GARCIA, 2012).

O regime jurídico onde encontram-se as sanções de natureza mais gravosas, capazes de atingir a liberdade individual do tutelado, e por via de consequência onde há maior reprovabilidade da conduta é, de fato, o Direito Penal. Em razão disso, bem como pela sua origem histórica humanística, possui institutos e garantias positivadas, que visam a proteção do indivíduo em face da força punitiva do Estado.

O Direito Penal é apenas uma das formas de punição estatal, podendo manifestar-se, de outro modo, através do Direito Administrativo Sancionador. Conforme dito anteriormente, fixa-se a dificuldade justamente quando a diferenciação entre ambos, donde denota-se, como substância objetiva apenas a exclusividade do Direito Penal em aplicar medida restritiva de liberdade, esse “o verdadeiro limite dogmático que separa Direito Penal de Direito Administrativo Sancionador, no plano dos Direitos Humanos” (OSÓRIO, 2015, p. 91), bem como o regime jurídico aplicável a matéria.

Dessa forma, a discussão que se estabelece é sobre a aplicabilidade de garantias penais serem, de igual modo, observadas no trato administrativo sancionatório, posto que muitas vezes mais numeroso e deveras gravoso. (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2014, p. 190-191).

A linha teórica aqui adotada – defendendo aplicabilidade de princípios próprios de Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador – não é unânime na doutrina brasileira, tampouco estrangeira. Busca-se como marco teórico a doutrina e jurisprudência espanhola, a qual apesar de algumas zonas de penumbra, possui em linhas gerais tal entendimento consolidado, conforme veremos adiante (GUARDIA, 2014).

4.1 UNIDADE DO IUS PUNIENDI

Ao tratar da unidade punitiva do Estado, está contextualizando-se Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal como frutos de um mesmo sistema comum, estabelecendo conexões possíveis - e indispensáveis - entre ambos. Têm-se, portanto, como principal consequência, aceitando-se tal teoria, “aplicação de princípios comuns ao Direito Penal e ao Direito Administrativo Sancionador, reforçando-se, nesse passo, as garantias individuais” (OSÓRIO, 2015, p. 120).

Firma-se o marco teórico, como já dito, na doutrina e jurisprudência espanhola, as quais consolidaram posicionamento de conexão entre os regimes jurídicos. Apesar de considerarem pacífica a teoria de unidade punitiva estatal, existem ainda campos de penumbra, como, por exemplo, a forma de aplicabilidade dos princípios, a hierarquia entre o Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, entre outros; questões abordadas no momento de análise das críticas feitas a tal tese. Salientando-se que as divergências quanto ao tema são as mais variadas, tanto na doutrina nacional quanto estrangeira.

A teoria da unidade punitiva pode ser observada tanto na obra de Alejandro Nieto, Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, por exemplo, os quais afirmam que os

princípios de direito penal são aplicáveis, com certos matizes, ao Direito Administrativo Sancionatório, “uma vez que ambos são manifestações do ordenamento punitivo do Estado” (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2014, p. 192; ALEJANDRO NIETO, 2002, p. 167).

A conexão parece demasiada clara, encontrando-se a dificuldade justamente na diferenciação - através da matéria tutelada, ou até mesmo em relação a gravidade da sanção aplicável, não sendo raro sanções administrativas mais gravosas do que aquelas aplicadas pelo Direito Penal (OSÓRIO, 2015, p. 12-124). Parece razoável concluir que a liberalidade para exercício de punibilidade trata-se de discricionariedade legislativa – quer dizer, cabe ao legislador, democraticamente eleito e portanto legítimo, a discricionariedade de criação/classificação de uma infração como penal ou administrativa, bem como aplicabilidade da respectiva sanção (MELLO, 2007, p. 45).

Ora, se cabe ao legislador a tipificação de uma conduta como crime ou infração administrativa, entende-se por lógico necessário que as garantias outorgadas se comuniquem. Caso contrário, seria passível a tipificação de condutas em um sistema – no caso, o direito administrativo sancionador – que propicia uma gama menor de garantias ao particular (MELLO, 2007, p. 106).

Diante da ausência de um código sistematizado, da consolidação de princípios constitucionais incidentes e até mesmo de produção doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema Direito Administrativo Sancionador, parece indispensável que princípios próprios de Direito Penal e Processual Penal incidam sob a punibilidade administrativa, ainda que matizados, conforme veremos adiante (CASTRO, 2015; FERREIRA, 2012). Nas exatas palavras de Daniel Ferreira:

Forçoso concluir, pois, que todas as regras e todos os princípios versando sobre ‘ilícitos’, ‘sanções’, litígios ou ‘processos sancionadores’ e, adicionalmente, sobre as garantias deferidas aos ‘acusados’ e aos ‘sancionados’ em geral, como insculpidos na Carta Magna, são apropriáveis tanto pelo Direito Penal como pelo Direito Administrativo Sancionador, ainda que com nuanças, porque retratam o poder punitivo estatal. (FERREIRA, 2012, p. 177).

Parece que a discussão se firma justamente na forma de aplicabilidade de tais princípios típicos do ramo penal ao direito administrativo. Nas palavras de Alejandro Nieto: *Ahora bien, la principal dificultad se encuentra en la determinación de <que> principios van a ser aplicados y, sobre todo, de <hasta qué punto> van a serlo”* (2002, p. 167). Parece viável

concluir que tais institutos devam ser aplicados a cada regime jurídico respeitando-se as respectivas peculiaridades, entretanto nunca deixando de garantir direitos ao sancionado.

Em resumo denota-se existência de um núcleo principiológico comum - fruto da unidade punitiva do Estado- limitador de tal exercício e garantidor de direitos ao sancionado - penal ou administrativo. Partindo-se do pressuposto de complexidade e não concordância doutrinária, necessária análise de críticas à tese de unidade do direito punitivo.

4.1.1 Críticas à ideia da unidade do Direito Punitivo

As críticas em seguida apresentadas foram expostas por Fabio Medina Osório em seu livro “Direito Administrativo Sancionador” (2015), entende-se relevante tal exposição visto tratar-se de um dos poucos doutrinadores brasileiros a fazer referência e estudo da matéria especificamente denominada Direito Administrativo Sancionador. Ademais, o contraponto à teoria de unidade faz-se indispensável para conclusão teórica objetivada no presente trabalho.

Segundo o autor não há de se falar em unidade punitiva estatal, e sim, em direito constitucional limitador, aplicável a qualquer pretensão punitiva – nesse passo incluída aquelas de cunho privado. Neste diapasão tais princípios constitucionais incidiriam de maneira diversa em cada regime jurídico, “com contornos próprios e específicos, ainda que subsista uma origem comum” (OSÓRIO, 2015, p. 134).

A discricionariedade legislativa na classificação da norma – como matéria administrativa sancionadora ou penal – demonstraria por definitivo uma “ausência de identidade normativa substancial” (OSÓRIO, 2015, p. 134). Quer dizer, se cabe ao legislador definir qual regime jurídico aplicável há de se reconhecer que trata-se de matérias diversas. E para Fábio Medina Osório, neste ponto encontra-se a razão fundamental de inconsistência teórica da tese de unidade, pois a punibilidade exerce-se através dos mais variados regimes jurídicos (2015, p. 134).

Afirma-se que a maior proximidade entre ambos é aquela referente ao Poder de Polícia da Administração Pública, a qual para Fábio Medina Osório não se trata de sanção administrativa, conforme será abordado no capítulo seguinte. Portanto, o Direito Administrativo Sancionador parte de dogmas estranhos ao Direito penal, relacionados a ideia de “interesse público e de responsabilidades balizadas por critérios até mesmo objetivos”, não havendo um ideário de garantia de direitos propriamente (OSÓRIO, 105, p. 135). Segundo o

jurista, isso deve-se a própria origem histórica diversa, firmando-se o Direito penal em pressupostos culturais e normativos alheios ao Direito Administrativo Sancionador.

Portanto, segundo Fábio Medina Osório, não há de se falar em identidade dos regimes jurídicos, e como consequência, da comunicabilidade de princípios. De todo modo, não se ignora a possibilidade de existência dos chamados núcleos duros as “quais determinadas realidades normativas devem reportar-se, ai residindo eventual sentido de uma perspectiva unitária ou hierarquizada” (OSÓRIO, 2015, p. 139). Tal núcleo residiria na defesa de princípios constitucionais garantidores – e portanto limitadores da punibilidade estatal, em qualquer regime jurídico.

A análise de conjuntura apresentada tanto por Fábio Medina Osório, quanto pela doutrina espanhola, parece-nos idêntica. Quando se trata da teoria da unidade punitiva não está a se falar de uma identidade jurídica absoluta. E sim de aspectos comuns que identificam tanto o Direito penal quanto o Direito Administrativo Sancionador como manifestações de punibilidade estatal. Entende-se que Fábio Medina Osório reconhece tal identidade ao afirmar existência de núcleos rígidos entre ambos. (OSÓRIO, 2015)

Todavia, a linha teórica defendida pelo jurista brasileiro vai no sentido de institucionalização dos preceitos constitucionais ao Direito Administrativo Sancionador, elaborando-se estudo no sentido da teorização de aplicabilidade de tais institutos, bem como os efeitos produzidos, na punibilidade administrativa, não sendo possível a simples aplicabilidade de princípios constitucionais penais à Administração Pública.

Nesse diapasão, entende-se dificultoso compactuar com o pensamento de Fábio Medina Osório, ante os mais variados motivos, em especial a parca produção legislativa, doutrinária e jurisprudencial, a respeito do tema “Direito Administrativo Sancionador”. Conforme já comentado, não há no Brasil uma sistematização legal e produção literária que esclareçam a institucionalização de princípios constitucionais próprios de Direito Administrativo Sancionador. Ao passo que, negando-se aplicabilidade de princípios próprios de Direito penal, estar-se-ia convalidando com ideias punitivas sem observância de garantias individuais, portanto absolutamente arbitrarias.

Alejandro Nieto realiza uma análise fantástica sobre o tema, afirmando que o Direito Administrativo Sancionador necessita ser construindo desde o princípio respeitando-se a Constituição, o Direito Público e o Direito Administrativo, nesta ordem. Nesta tarefa há de se ter o Direito penal “como ponto de referência, como pauta técnica, e sobretudo, como nível

máximo das garantias individuais que o Direito administrativo sancionador deve ter presente” (ALEJANDRO NIETO, 2002, p. 28).

Pode-se depreender, portanto, que não está a se falar de identidade absoluta entre ambos – formando um único regime jurídico – sendo as infrações administrativas reguladas pelo Direito Administrativo e apenas inspirado neste ponto pelo Direito Penal. Quer dizer, o Direito Sancionador Administrativo, como vêm-se afirmando desde o início deste trabalho, é Direito Administrativo, ainda que se inspire em uma ideia de Direito Punitivo do Estado, e na ausência desse ao Direito Penal (ALEJANDRO NIETO, 2002, p. 164-165).

Reconhecendo-se que o Direito Administrativo Sancionador forma-se por normas e princípios, há de deixar-se claro que, as normas incidentes são as de Direito Administrativo e os princípios –ou alguns deles- são de Direito Punitivo do Estado. Como não há no Brasil, e nem mesmo na legislação estrangeira, uma regulamentação de punibilidade pública, há de se utilizar aqueles incidentes ao direito penal – neste diapasão a razão dogmática de apropriação dos princípios penais por parte do Direito Administrativo Sancionador (ALEJANDRO NIETO, 2002, p. 165).

Posto que tanto o Direito Penal, quanto o Direito Administrativo Sancionador são manifestações iguais e paralelas de um Direito Punitivo comum, defender-se-ão comunicabilidade de princípios e não a superioridade hierárquica do Direito Penal em relação a punibilidade administrativa – a transposição normativa deve ocorrer em ambas direções, como “em um mecanismo de vasos comunicantes” (ALEJANDRO NIETO, 2002, p. 169). Aplicam-se os princípios de Direito Penal pelo simples fato de que não há princípios de Direito Administrativo Sancionador que podem ser transpostos ao Direito Penal.

Ademais, além das razões dogmáticas, temos os fatores cronológicos e constitucionais a referendarem a superioridade prática existente na relação entre Direito Penal e Administrativo Sancionador; cronológicos, pois o Direito Penal tem princípios consolidados, diferentemente do Direito Administrativo Sancionador, parecendo lógico que este aproveite-se da experiência daquele; constitucional, ao passo que os princípios inspiradores de Direito Penal são progressistas supondo garantias de direitos aos indivíduos, em consonância com o espírito democrático constitucional e com o Estado Democrático de Direito (ALEJANDRO NIETO, 2002, p. 169).

E neste passo parece que Fábio Medina Osório referenda, ao afirmar:

De todos os modos, a interpretação constitucional, a doutrina universal dos direitos humanos, a teoria dos direitos fundamentais, o papel unificador da Teoria Geral do Direito, tudo conduz a uma progressiva aproximação dos

métodos hermenêuticos, mormente em área comum ao Direito Sancionador, seja ele Penal, seja Administrativo (OSÓRIO, 2015, p. 138).

Do exposto entende-se o Direito Penal como matéria jurídica consolidada através de produções teóricas e legislativas ao longo dos anos, consolidando princípios constitucionais em defesa do sancionado, e que tal não pode ser matéria alheia ao Direito Administrativo Sancionador. Aqui está a se falar de adaptação de princípios e não de supressão de regimes jurídicos.

A teoria de unidade punitiva reconhece a existência de regimes jurídicos distintos, porém com origem comum no Direito Público Punitivo, como citado. A análise de aplicabilidade – de que forma e até que ponto- deve ser feita através de produção doutrinária e jurisprudencial, sempre levando-se em consideração à observância das garantias constitucionais inerentes a qualquer punibilidade estatal. E sempre considerando que tal interpretação não pode levar a uma desfiguração jurídica do instituto transposto.

Entende-se a complexidade da matéria, principalmente na correlação entre interesse público – princípio caro ao Direito Administrativo – e a garantia de direitos individuais, conforme podemos retirar-se das palavras de Alejandro Nieto:

Es obvio, desde luego, que ningún jurista auténtico se opondrá nunca a la ampliación y consolidación de tales garantías, que son irrenunciables; pero tampoco es lícito pretender agotar en ellas el contenido del Derecho público, cuya vertiente fundamental es la promoción y garantía de los intereses generales y colectivos. Acentuar una de estas dos vertientes con olvido de la otra es crear un monstruo jurídico: o un Estado sin Derecho o un Derecho en el que se marginen los intereses que encarna el Estado (ALEJANDRO NIETO, 2002, p. 176).

Porém, não são excludentes os ideais de “interesse público” em consonância com os princípios garantistas individuais; se é legítimo ao Estado punir, obrigatório é que o faça respeitando-se os direitos individuais. O próprio conceito de interesse público está sujeito, e deve ser entendido, sob a ótica de Estado Democrático de Direito, e em relação aos princípios que dele decorrem. Pensar que uma punibilidade que pode ser exercida em dois sentidos garanta mais direitos em um âmbito do que em outro, parece ir totalmente de encontro à tal conceito. Cabe, portanto, a busca de interesses públicos sempre pautada em valores constitucionais (e penais) de garantia dos direitos do administrado/sancionado.

A crítica, portanto, parte em dois sentidos: uma total ausência de sistematizações e especificações a respeito da matéria ‘Direito Administrativo Sancionador’: ilícitos próprios,

procedimentalização, aplicabilidade sancionatórias, e, em consequência última, ausência de garantias individuais próprias de Direito Penal, no âmbito do processo administrativo.

As questões controvertidas demonstram-se as mais variadas, posto que o tema não é tratado com a devida relevância necessária. Quer dizer, em cada elemento do Direito Administrativo Sancionador encontram-se dificuldades de delimitação e conceptualização – reafirmando-se: não há especificação de infrações, informação dos princípios aplicáveis, ou até mesmo a relação com o Código Penal e Processual Penal (se atuantes subsidiários, ou não) relegando-se a jurisprudência tal função.

Por fim, parece claro, que a Constituição Federal ao estabelecer em seu rol de Direitos Fundamentais, exposto em seu artigo 5º, bem como dos princípios decorrentes do Estado Democrático de Direito, fundado no artigo 1º, não faz qualquer diferenciação quanto ao campo de aplicabilidade das garantias individuais, concluindo-se, por lógico, que incidentes à qualquer ramo da atividade punitiva do Estado. Portanto, parte-se ao estudo, no capítulo final deste trabalho, da aplicabilidade do princípio da insignificância, ora tomado de modo exemplificativo, ao Direito Administrativo Sancionador.

5 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Entende-se o contexto envolvido no chamado princípio da insignificância (ou bagatela) perpassando-se, primeiramente, sobre uma ideia geral de princípios constitucionais – a dizer: presente trabalho não se propõe a discussões teóricas dos princípios - suas origens, conflitos, teses positivistas ou pós-positivistas. Trata-se apenas de superficial esclarecimento da matéria ora em análise. Ademais, busca-se tal referência para adentrar-se diretamente ao princípio (veremos adianta versar-se sobre verdadeiro postulado normativo) da proporcionalidade, demonstrando-se como elemento basilar, ainda que não exclusivo, do princípio da insignificância.

Discorre-se de modo superficial, para entendimento mínimo da matéria de princípios, e contextualização lógica com as questões relacionadas ao presente trabalho. Parte-se, portanto, do conceito de ordenamento jurídico composto por regras e princípios, ambos classificados como normas jurídicas (MELLO, 2007, p. 85; OSÓRIO, 2015, p. 166). Os princípios produzem seus efeitos numa gama indeterminada de situações, diferentemente das regras, as quais apesar da aplicabilidade geral “disciplinam uma determinada e específica situação de fato” (MELLO, 2007, p. 86-87). É dizer, os princípios, aqui entendidos, constituem ponto de referência lógica de determinado sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre o todo. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

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 (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 922-923).

Salienta-se, neste diapasão, que os princípios constitucionais são espécies de normas que dão razão ao sistema constitucional, ou seja, constituem as pautas normativas básicas do ordenamento jurídico – “vinculam e norteiam a atuação tanto do Poder Público como dos particulares, ostentando eficácia jurídica ativa e vinculante”, não se tratando de “meros programas ou linhas sugestivas da atividade pública ou particular” (CRISTÓVAM, 2016, p. 211-212). A dizer, os princípios atuam como “farol a iluminar a produção, interpretação e a aplicação de leis”, dando-se especial ênfase, neste sentido, as matérias de ordem sancionadora, ora expostas em análise (FERREIRA, 2012, p. 11).

Do exposto, pode-se chegar a conclusão lógica que as regras jurídicas subordinam-se ao conteúdo dos princípios, quer dizer: sendo esse dotado de maior generalidade “condiciona a criação, a interpretação e a aplicação de regra que lhe dá concreção”. E nesse ponto firma-se questão deveras importante, ao destacar-se os princípios como ferramentas na persecução dos direitos fundamentais (MELLO, 2007, p. 88-89; OSÓRIO, 2015, p. 173).

Neste passo, denota-se que ao passar do tempo foram consolidando-se direitos humanos nas Cartas Constitucionais, tornando-os positivos e fundamentais – trata o Estado, desta maneira, de real promotor e não apenas garantidor de direitos – “nesse sentido, os direitos fundamentais são direitos humanos que ganham normatividade interna nos Estados, dotados de superioridade em relação aos demais, assumindo variadas dimensões, é dizer, social, individual e difusa” (OSÓRIO, 2015, p. 162). De tal modo, os princípios aparecem conectados a persecução dos direitos fundamentais, posto que expressamente previstos nas Constituições (OSÓRIO, 2015). Nas precisas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Como resultado da feliz confluência de sucessivas etapas históricas do aperfeiçoamento convergente da noção original de Estado de Direito, avançou-se contemporaneamente para o conceito de Estado Democrático de Direito, que, ao agregar o esquecido elemento da legitimidade, subordinou a ação estatal ao atendimento do interesse público, bem como a inexorável observância de valores, que passaram a ser expressos como direitos fundamentais dos cidadãos (MOREIRA NETO, 2003, p. 2).

Prossegue-se, trazendo à baila o princípio do Estado Democrático de Direito¹⁰, donde retira-se contorno fundamental e “condicionando o desenvolvimento e a aplicação das demais normas jurídicas do ordenamento pátrio, incluindo-se aqui os demais princípios constitucionais” (MELLO, 2007, p. 90). Entende-se, deste modo, o Estado Democrático de Direito apenas assim deduzível quando garantidos os direitos fundamentais dos indivíduos (MELLO, 2007, p. 95).

Têm-se, por conseguinte, que do princípio do Estado de Direito, consolidado em nossa Carta Magna em seu artigo 1º, decorrem ‘subprincípios’, implícitos ou expressos, os quais por força lógica possuem caráter normativo (MELLO, 2007, p. 96). O sistema jurídico encontra neste princípio seu núcleo fundamental, “com a necessária e indispensável preocupação de contenção de poder pelo Estado” (MOREIRA NETO; GARCIA, 2012, p. 1).

¹⁰ Art. 1º 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:

Portanto, observa-se Estado Democrático de Direito quando presente a persecução dos direitos fundamentais, respeitando-se garantias individuais, atuando os princípios jurídicos, deste modo, como ferramentas basilares na objetivação de tais diretrizes. Conforme retira-se da doutrina de Fábio Medina Osório:

Com sua progressiva instalação no Direito positivo dos Estados, os princípios assumiram status de normas, porque prescrevem comportamentos obrigatórios, não importa se para as pessoas ou para os interpretes. É claro que, ao sinalizar uma função normativa, o princípio não abandona outros significantes. Essa evolução histórica dos princípios corresponde, em larga medida, à passagem dos direitos humanos à categoria de direitos fundamentais, com a respectiva positivação no ordenamento jurídico-constitucional (OSÓRIO, 2015, p. 166).

Não há discurso que se pretenda, ou não deva pretender, justificar-se e legitimar-se em princípios, ainda que a fonte mais direta e imediata das soluções resida na norma – até porque as normas devem estar permeadas dos sentidos estipulados pelos princípios – esses são normas imediatamente finalísticas, “fixando um estado ideal de coisas a ser atingido, para o qual determinado(s) comportamento(s) deve(m) ser adotado(s), eis o caráter normativo a incidir” (OSÓRIO, 2015, p. 169).

Por fim, como afirmado ao longo deste trabalho, o Direito Punitivo Estatal baseia-se e deve obediência a tais princípios, sempre resguardando-se as garantias individuais e objetivando-se a consolidação dos direitos fundamentais, sem os quais a atividade punitiva se torna ilegítima e arbitrária (MOREIRA NETO; GARCIA, 2012, p. 1).

Do exposto, parte-se ao estudo do princípio da proporcionalidade - ora assim denominado por questões meramente de costume - como fator indispensável para estudo do Direito Administrativo Sancionador, dentro de uma ideia de unidade do Direito Punitivo. Frisa-se a impossibilidade de análise de todos os princípios constitucionais incidentes no Direito Administrativo Sancionador, tomando-se a proporcionalidade como medida exemplificativa, e buscando demonstra-lo como origem (ainda que não exclusiva) do princípio da insignificância.

5.1 PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE

Assinala-se, inicialmente, que presente trabalho adota o critério técnico de distinção exposto pelo modelo tripartite (regras/princípios/postulados) (OSÓRIO, 2015, p. 168-170) – conforme pode ser observado em Humberto Ávila, por exemplo, na doutrina nacional. Têm-se, que a proporcionalidade se caracteriza essencialmente em postulado normativo, ou seja, no tocante aos postulados não se trata de estabelecer-se fins ou “estados de coisas a serem atingidos, mas de estabelecer os modos de alcança-los” (OSÓRIO, 2015, p. 168-170). Nas precisas palavras de José Sérgio da Silva Cristóvam:

Há que considerá-las como normas de segundo grau que informam a estrutura de aplicação das outras normas – as regras e os princípios. Não se pode falar, portanto, em violação dos postulados da razoabilidade ou proporcionalidade, mas sim, em violação das regras e princípios que não foram aplicados conforme os referidos postulados, cuja interpretação foi empreendida em desacordo com sua estruturação (CRISTÓVAM, 2016, p. 215).

Por fins meramente de costume, não se prenderá, o presente trabalho, a nomenclatura técnica da proporcionalidade, podendo vir a ser denominado como princípio. Ademais, salienta-se existência de distinção entre os chamados princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, posto que tratam de princípios com origens históricas e aplicabilidade distintas – ademais, derivam de princípios constitucionais distintos no Direito Brasileiro.¹¹

A importância do estudo da proporcionalidade, inserida dentro do quadro jurídico-constitucional, demonstra-se deveras clara, “porquanto possibilitam um exame da atividade dos produtores das leis, e de seus aplicadores, que supera em larga medida os aspectos da estrita legalidade”. Sob tal ótica, torna-se possível encontrar conformidade entre as atividades exercidas pelo Estado – e neste passo com especial enfoque a punibilidade – em conformidade com os valores estipulados pela Constituição Federal, sejam eles implícitos ou explícitos. “Constituem-se, portanto, em verdadeiros limites à atuação do Poder Público, exigindo-lhe a fiel observância não apenas da lei em sentido estrito – princípio da legalidade estrita – mas de todo o ordenamento jurídico – princípio da juridicidade” (CRISTÓVAM, 2016, p. 214).

¹¹ Para estudo pormenorizado da questão observar CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. Curitiba: Editora Juruá, 2016

Na tentativa de fixar garantia às liberdades individuais, em face da atuação legislativa e administrativa do Poder Público, controlando assim os desmandos dos Governos caracterizados pelo conhecido ‘excesso de poder’, geminou com enorme repercussão a máxima da proporcionalidade, notadamente no Direito Administrativo alemão (CRISTÓVAM, 2016, p. 227).

Entendido de modo genérico a proporcionalidade, afirmando-se tratar de verdadeiro postulado, denota-se a importância de tal postulado para consecução da limitação do poder público, em especial referência, neste trabalho, da razão punitiva do Estado. A proporcionalidade incide seus efeitos sob todos os ramos jurídicos, mas entende-se, no Direito Punitivo encontrar seu fim próprio e mais relevante. Do todo, cabe análise de sua origem constitucional, diferenciando-o do princípio da razoabilidade e para posterior estudo de sua aplicabilidade.

5.1.1 Origem constitucional da proporcionalidade

Não há consenso na doutrina brasileira acerca da origem material do postulado da proporcionalidade –parte dela, acompanhada pelo Supremo Tribunal Federal, considera, tratar-se de consequência implícita da cláusula constitucional do devido processo legal, “disposta no artigo 5º, inc. LIV da CRFB¹², o mesmo dispositivo que encerra a razoabilidade” (CRISTÓVAM, 2016, p. 228). Tal entendimento pode ser observado em Diogo Figueiredo Moreira Neto:

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

Nesse cenário, o princípio do devido processo legal se destina a proteger valores e direitos fundamentais dos administrados, preservando, dentro da lógica do razoável, seu direito à propriedade e à liberdade, no momento da criação e aplicação de normas sancionatórias (MOREIRA NETO; GARCIA, 2012, p. 6).

Entende-se que, tal definição, integrando-se a proporcionalidade como corolário da princípio do devido processo legal substancial, encontra guarida na proferida identidade entre

¹² LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

razoabilidade e proporcionalidade, defendida por grande parte da doutrina nacional. De outro modo, adota-se, conforme já afirmado, posicionamento diverso, visto que tratam-se de institutos de origem, estruturas, e aplicação distintas – “a inexistência de completa identidade entre as duas máximas justifica o estudo de outros possíveis espaços de justificação da proporcionalidade na ordem constitucional brasileira” (CRISTÓVAM, 2016, p. 228).

Portanto, firma-se entendimento de que o verdadeiro status da proporcionalidade na ordem constitucional brasileira “encontra-se no próprio conceito de Estado Constitucional de Direito - “a substituição do arbítrio pela sujeição a regras gerais e abstratas, valoradas em um sistema constitucional que, por seu turno, pressupõe uma racionalidade formal e material” (OSÓRIO, 2015, p. 199) – donde decorrem os “regimes e princípios que informam o nosso modelo constitucional”.

Trata-se de instituto implícito e positivado no ordenamento constitucional, decorrente do §2, artigo 5º da Carta Magna, o qual “abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição”. Portanto, trata-se de princípio verdadeiramente decorrente do próprio fundamento do Estado Democrático de Direito, “e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição” (CRISTÓVAM, 2016, p. 229). Do exposto, demonstra-se matéria primária aos ideais de um Estado Democrático de Direito a defesa dos direitos fundamentais (direitos humanos consolidados na Carta Magna), conseqüentemente intrínseco a persecução de tais interesses encontra-se o postulado da proporcionalidade (OSÓRIO, 2015, p. 200).

5.1.2 Aplicabilidade do postulado da proporcionalidade

Estabelece-se, através da doutrina alemã, berço da teoria constitucional da proporcionalidade, três elementos parciais que compõe o princípio (postulado) da proporcionalidade, a dizer: conformidade ou adequação dos meios, exigibilidade ou necessidade, e a proporcionalidade em sentido estrito (CRISTÓVAM, 2016, p. 235). Discorrer-se-á, de modo ao menos superficial, a respeito de cada máxima, objetivando-se entendimento completo do postulado, bem como sua aplicabilidade.

Tais princípios parciais possuem aplicabilidade sucessiva e complementar (SANTOS, 2012, p. 27) – “uma ordem predefinida que exige que seja analisada primeiramente a adequação da medida legislativa ou administrativa; posteriormente, se adequada a medida, deve-se aferir

sua necessidade; e, caso adequada e necessária, há que se aplicar a máxima da ponderação” (CRISTÓVAM, 2016, p. 235). Conforme retira-se de José Sérgio da Silva Cristóvam:

Desta forma, resta imperioso reconhecer que nem sempre será aplicada a proporcionalidade em seus três níveis. Na verdade, além da precedência, há uma inegável relação de subsidiariedade entre os três elementos parciais constitutivos da máxima constitucional da proporcionalidade (CRISTÓVAM, 2016, p. 236).

Deste modo, a aplicabilidade do postulado da proporcionalidade parte através do ideal de conformidade ou adequação (*geeignetheit*), expondo-se a necessidade do Poder Público, no exercício de sua atividade, em “adotar medidas apropriadas ao alcance da finalidade prevista no mandamento que pretende cumprir” (SANTOS, 2012, p. 27). Tal medida deve ser fruto da conclusão lógica entre os meios necessários para persecução de determinado fim estabelecido em lei. É dizer, a satisfação do interesse público (CRISTÓVAM, 2016, p. 236) ou a proteção de bens jurídicos – adentrando-se no campo punitivo – “deve ser buscada segundo meios idôneos, proporcionais, adequados, exigindo-se a existência de conformidade entre os meios empregados e os fins inscritos na norma” (CRISTÓVAM, 2016, p. 236).

Utiliza-se o elemento da conformidade no mesmo sentido de adequação, conforme acima salientado, aferindo-se se determinada medida demonstra-se pertinente, em um quadro lógico-normativo, para persecução de um determinado fim – a dizer, o interesse público, nos casos dos atos administrativos, e a proteção de bens jurídicos, em relação ao Direito penal e Administrativo Sancionador (CRISTÓVAM, 2016, p. 236).

Desta forma, o ‘controle dos atos do poder público (poderes legislativo e executivo), que devem atender à relação de adequação medida-fim, pressupõe a investigação e prova de sua aptidão para e sua conformidade com os fins que motivaram a sua adoção (CRISTÓVAM, 2016, p. 237).

Prosseguindo-se nas medidas parciais tomadas em razão da proporcionalidade, têm-se o conceito de exigibilidade ou necessidade (*erforderlichkeit*), donde retiramos que, dentre as medidas aptas à obtenção do interesse público, - ou proteção de bens jurídicos – indispensável adotar-se aquela capaz de produzir número menor de dano ao tutelado e/ou a sociedade como um todo (CRISTÓVAM, 2016, p. 238).

Dentre as intervenções disponíveis deve ser escolhida a menos onerosa, que em menor dimensão restrinja e limite os direitos fundamentais. A máxima da necessidade exige que a ‘medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser

substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa (CRISTÓVAM, 2016, p. 238).

A distinção entre as medidas parciais – necessidade e conformidade – demonstra-se sob a ótica de que a primeira é “imprescindivelmente comparativa” – a dizer, comparação entre duas medidas aptas à obtenção de determinado fim, objetivando-se sempre a menos gravosa – ao passo que a conformidade/adequação trata da absoluta necessidade de medida apta e proporcional a finalidade objetivada (CRISTÓVAM, 2016, p. 238).

Nesse sentido, a adequação representa a relação com a realidade empírica e deveria ser aferida em primeiro lugar, ainda que o critério da necessidade tenha maior relevância jurídica”. Ressalta-se que uma medida apta a persecução de determinada finalidade não se demonstra obrigatoriamente necessária (CRISTÓVAM, 2016, p. 238).

Conclui-se não se demonstrar medida constitucional a “adoção de intervenções excessivamente restritivas a direitos dos cidadãos, simplesmente a pretexto de garantir o alcance do fim visado pela lei”. Medidas que afetam sensivelmente direitos fundamentais, ainda que cumpram suas finalidades propostas, demonstram-se objetivamente arbitrárias e inconstitucionais (CRISTÓVAM, 2016, p. 239).

Por fim, como última medida parcial dentro do conceito de proporcionalidade, chega-se a máxima da ponderação, ou proporcionalidade em sentido estrito (*verhältnismässigkeit*). Superando-se os critérios anteriores de adequação e necessidade, pode-se ainda deparar com medida administrativa, legislativa, ou judiciária, com “carga excessiva de restrições e limitações aos direitos fundamentais dos cidadãos” (CRISTÓVAM, 2016, p. 239).

A providencia adotada pelo Poder Público, ainda que no intuito de conferir efetividade a determinado direito constitucionalmente assegurado, acaba por ferir um outro direito também garantido pelo ordenamento constitucional, situação que acarreta demasiado prejuízo a coletividade. Nestes casos, ‘deve-se perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma. (...) Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim’” (CRISTÓVAM, 2016, p. 239; CANOTILHO apud CRISTÓVAM, 2016).

Reconhecimento de violação ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito é observável quando os “motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. Portanto, se a importância

da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional” (CRISTÓVAM, 2016, p. 240).

Nesse sentido denota-se a expressiva conexão entre o postulado da proporcionalidade e o princípio da insignificância – princípio típico de Direito Penal – conforme veremos adiante. Cabe salientar, neste passo, a necessidade de interligação entre o presente tópico, em relação aquele referente as medidas alternativas à sanção administrativa (capítulo 3, item 3.3), buscando-se a transposição da punibilidade estatal para a responsabilidade civil.

A proporcionalidade em sentido estrito carrega em seu conceito a noção de ‘justa medida’: “os meios utilizados devem guardar razoável proporção com o fim almejado, demonstrando um sustentável equilíbrio entre os valores restringidos e os efetivados pela medida limitadora” (CRISTÓVAM, 2016, p. 240).

Nesse sentido, e contextualizando o postulado com o Direito Punitivo, a proporcionalidade aparece com papel basilar na garantia de direitos individuais. É dizer, seja na adequação entre ilícito e punição, seja na tipificação de condutas pelo Poder Legislativo (OSÓRIO, 2015, p. 198).

A proporcionalidade, busca, em um de seus efeitos, adequação entre a violação/restricção de direitos individuais (ocorrência lógica da aplicabilidade de sanção) em contrapeso ao limite jurídico as quais estão as medidas punitivas sujeitas (OSÓRIO, 2015, p. 198). Nas palavras de Fábio Medina Osório:

Os caminhos da proporcionalidade podem fornecer substrato necessário ao equilíbrio entre os direitos individuais atingidos pelos instrumentos administrativos repressores e os direitos da comunidade protegidos pelo mesmo legislador (OSÓRIO, 2015, p. 199).

Assinala-se, o princípio da proporcionalidade como verdadeiro “parâmetro para avaliar o cabimento de uma medida restritiva de direito” (OSÓRIO, 2015, p. 202). E neste momento, nota-se, novamente, aproximação entre as medidas punitivas do Estado – sejam elas administrativas e/ou penais:

Não custa lembrar o quanto esse postulado afeta a atividade punitiva do Estado, mesmo porque é precisamente nesse terreno que floresce com enorme luminosidade o instituto em exame, na formatação embrionária do moderno Direito Penal. A exigência de penas proporcionais, a partir da ideia de dignidade da pessoa humana e de bens jurídicos, na linha de fragmentaridade do Direito Penal, traduz uma série de movimentos, de índole moral, filosófica, religiosa e jurídica, em direção a um Direito Sancionador humanizado. Não resta dúvida de que, pelo próprio *locus* constitucional do instituto, a atividade punitiva do Estado resulta limitada, não apenas em sua vertente penalista, mas,

sobretudo, no campo administrativista, historicamente infenso a essas influências liberais (OSÓRIO, 2015, p. 202).

Como dito, a proporcionalidade encontra seu fim basilar no Direito Punitivo, e nesse produz seus efeitos mais importantes. Aqui, novamente, observa-se aproximação entre o Direito Penal e Administrativo Sancionador, incidindo a proporcionalidade como ferramenta limitadora do Estado. De tal postulado, demais podem ocorrer, quer dizer: toma-se como base teórica, conforme abaixo exposto, a proporcionalidade como princípio basilar para constituição da insignificância, ainda que nela não encontre seu fim. Portanto, ao analisar-se o princípio da insignificância, necessário se faz, por lógico, manter-se vivo a aplicabilidade do postulado da proporcionalidade.

5.2 A INSIGNIFICANCIA NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Inicialmente, conforme já assentado no início do presente capítulo, salienta-se que o chamado Princípio da Insignificância não encontra na proporcionalidade todos os seus fundamentos originários. É dizer, seus fundamentos podem ser observados como frutos de princípios como a igualdade, razoabilidade, liberdade e proporcionalidade, ao passo que esse último nos parece ostentar prevalência. “Note-se que a subsidiariedade e a fragmentariedade do Direito Penal – é dizer-se: intervenção mínima – decorrem da proporcionalidade, princípio que se desenvolve a partir do Estado de Direito”. (OSÓRIO, 2015, p. 2011)

Do exposto, verifica-se, de acordo com a base teórica neste trabalho firmada – da comunicabilidade dos princípios de Direito Penal e Administrativo Sancionador – a intervenção mínima típica do Direito Penal se estende, por cognição lógica, a qualquer ramo punitivo exercido pelo Estado. É dizer, ao Direito Administrativo Sancionador cabe por lógico tutelar condutas de menor gravidade (ainda que muitas vezes apresentem-se com extrema gravidade), ao passo que deve relegar a punibilidade, propriamente dita, a casos de ulterior interesse público e de violação de bens jurídicos caros ao Direito Administrativo - buscando-se, como afirmado, a transposição das sanções estritamente retributiva, ao campo das medidas alternativas (verificar capítulo 3).

Nesse sentido, e salientando-se, não significa que a infração administrativa não será objeto de intervenção – Administrativa e/ou Judicial – apenas afirma-se existência de

mecanismos suficientes, e até mesmo mais frutíferos para resolução do conflito, tornando-se o Direito Punitivo inútil e/ou desarrazoado; da mesma forma que o Direito Penal, o Direito Administrativo Sancionador deve apresentar-se apenas em casos de real significância (SILVA, 2012).

Indo além, acabamos por concluir que tal princípio se faz ainda mais necessário nos ilícitos administrativos, por compreender um espectro maior de lesividade do que nos ilícitos criminais. Explico: enquanto ao direito penal importa à persecução de condutas de maior grau de afronta aos bens jurídicos tutelados; ao direito administrativo disciplinar cabe perquirir um amplo universo de gravidade de infrações, estando a analisar condutas tais como pontualidade, urbanidade, presteza no atendimento, todas em grande maioria ensejadoras de lesividade inexpressiva ao interesse público (SILVA, 2012, p. 5)

A insignificância, assim denominada, encontra suas origens na obra de Claus Roxin, datada de 1964, partindo-se do pressuposto de *minima non curat praetor*. Para que ocorra a legitimidade punitiva, portanto, exige-se ofensa de determinada gravidade ao bem jurídico protegido, de modo que, nem todo ilícito e/ou infração carregaram em si pressupostos necessários para aplicabilidade punitiva. (BITTENCOURT, 2012). Tendo-se em conta que o objeto da norma é a proteção do bem jurídico, “não teria sentido a punição quando a conduta do agente não é capaz de lesioná-lo concretamente”. (CASTRO, 2015, p.181)

Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de princípio de bagatela, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado (BITTENCOURT, 2012, p.108-109)

Portanto, visando impedir a desproporção entre a lesão do bem jurídico e a atividade punitiva, excluir-se-á a própria tipicidade da conduta, tornando-a inócua para fins punitivos. “Em outras palavras, não obstante o agente tenha praticado o comportamento previsto na norma proibitiva (tipicidade forma), a sua ação (ou omissão) não foi suficiente para afetar significativamente o bem protegido (tipicidade material). (CASTRO, 2015, p.182)

Neste diapasão, no estudo próprio do Direito Penal, Aury Lopes Meirelles assim estabelece:

Quando se fala em justa causa, está se tratando de exigir uma causa de natureza penal que possa justificar o imenso custo do processo e as diversas penas processuais que ele contém. Inclusive, se devidamente considerado, o princípio da proporcionalidade visto como proibição de excesso de intervenção pode ser visto como a base constitucional da justa causa. Deve existir, no momento em que o juiz decide se recebe ou rejeita a denúncia ou queixa, uma clara proporcionalidade entre os elementos que justificam a intervenção penal e processual, de um lado, e o custo do processo penal, de outro.

Nessa dimensão, situamos as questões relativas à “insignificância” ou “bagatela”. Considerando que toda “categorização” implica reducionismo e frágeis fronteiras à complexidade, não negamos que a insignificância possa ser analisada na primeira condição (fumaça de crime), na medida em que incide diretamente na tipicidade. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 263)

Por conseguinte, a esfera criminal admite aplicabilidade da insignificância “na medida em que o resultado delituoso há de ser analisado segundo a antijuridicidade material, vale dizer, o impacto causado no bem jurídico protegido. Tal ferramenta, encontra respaldo jurisprudencial e doutrinário – conforme acima observável. (OSÓRIO, 2015)

De todo modo, ressalta-se que, a análise de aplicabilidade é individualizada e concreta ao caso sub judice ou na esfera administrativa, ao passo que a insignificância encontra-se ligada a fatores como a natureza do ilícito, as condições do agente, e demais particularidades do fato específico, somando-se a “juízos de oportunidade e conveniência conectados à relação custo-benefício do processo punitivo, o que há de ser exposto de modo fundamentado e transparente”. (OSÓRIO, 2015, p. 214)

Porquanto, aplicabilidade de tal princípio no âmbito penal seja aceita de modo majoritário pela doutrina e jurisprudência, ainda que em termos de análise subjetiva do caso concreto, - e com certas matizes consideradas do ponto de vista do presente trabalho, incongruentes – no âmbito do Direito Administrativo Sancionador encontram-se maiores dificuldades, posto que depara-se com a defesa da coletividade, de modo que o cometimento de ilícito necessariamente atingirá o ‘interesse público’. (CASTRO, 2015). Conforme já afirmado no presente trabalho, tal conceptualização de interesse público não pode prevalecer ante às garantias individuais – de modo contrário, cabe à Administração Pública a consecução dos direitos fundamentais (observar capítulo 4, item 4.1.1, p.40). Nesse mesmo sentido Daniel Guimarães Medrado de Castro:

Essa fundamentação é vazia na vigência do Estado Democrático de Direito, pois a Supremacia do Interesse Público possui um viés extremamente autoritário, inserindo o indivíduo na condição de súdito do estado. Ao revés

disso, o estado deve garantir os direitos fundamentais, não sendo lícita a supressão desses direitos com o argumento de defesa da coletividade. É imprescindível a avaliação, no caso concreto, se a ação do agente efetivamente foi capaz de lesionar significativamente o bem jurídico e se é merecedora de punição. (CASTRO, 2015, p.183)

Ademais, defende-se a aplicabilidade da insignificância no Direito Administrativo Sancionador, sob a ótica de que, ante o caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, há uma maior amplitude de condutas puníveis no âmbito administrativo, indicando-se a necessidade, ainda mais palpável, de utilização de tal instituto “fazendo com que a Administração não gaste recursos (físicos e financeiros) com comportamentos inexpressivos e incapazes de ocasionar um dano efetivo ao Erário ou à coletividade”. (CASTRO, 2015, p. 183)

De todo exposto, e adentrando-se especificamente ao campo do Direito Administrativo Sancionador, têm-se que, uma conduta formalmente proibida por tal ramo jurídico, pode, na prática, não se demonstrar materialmente lesiva – ou seja, não ocorrendo violação de princípios e valores ordenadores da Administração Pública lato sensu, “ou mesmo da ordem social, não se justificando, nessas hipóteses, o desencadear de investigação, processo, ação criminal ou ação civil pública, permitindo-se acordos e enfatizando-se a importância, se for o caso, do ressarcimento ao erário ou às partes lesadas”. (OSÓRIO, 2015, p. 210) Ratifica-se neste ponto, novamente, a conexão entre aplicabilidade do princípio da insignificância, em conformidade com o conceito de medidas rescisórias e de ressarcimento, conforme exposto no tópico terceiro deste trabalho.

Firma-se o problema de justificação punitiva externamente ao campo teórico ou moral, cabe também considerar-se os custos de um processo, de uma investigação, ou seja, tudo que envolve a máquina punitiva – analisando-se sob a ótica da Análise Econômica do Direito – muitas vezes a carga punitiva acaba recaindo “mais sobre a sociedade, a vítima, do que sobre o próprio infrator”. (OSÓRIO, 2015, p.210). Cumpre ressaltar ainda, a incapacidade de seleção e punibilidade de todos os ilícitos possíveis, de modo que não há, desta maneira, sobrevivência do aparato estatal. (OSÓRIO, 2015)

Percebe-se, deste modo, que a punibilidade implacável, ao não respeitar o instituto da insignificância, acaba por gerar um dano ainda maior ao Erário – ora vítima da infração, e conseqüentemente passível de disposição de recursos financeiros, físicos e humanos, sob a justificativa teórica da punibilidade em relação à conduta que sequer chegou a atingir substancialmente o bem jurídico. (CASTRO, 2015)

Deste modo, busca-se uma mudança de foco, a dizer de prioridades punitivas, “que permitam contornar a aparente rigidez do Direito material ou processual, através da ideia de proporcionalidade e de significância do fato ilícito no conjunto de normas que integram o sistema punitivo”. (OSORIO, 2015, p. 210-211)

Nesse sentido, a insignificância insere-se em conceito de política punitiva sob ótica racional e atenta às prioridades possíveis, conforme já manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual possui precedente no sentido de inserir tal ferramenta no âmbito da política criminal. Cabe salientar que, mesmo com aplicabilidade excepcional, pode-se por cognição lógica deparar-se da importância de aplicabilidade de insignificância ante a imensidão de condutas tipificáveis, e o constante crescimento da punibilidade pública. (OSÓRIO, 2015)

De fato, o ato reprimido pelo Direito Administrativo Sancionador não se confunde, necessariamente, com o ilícito criminal, tornando-se, todavia, relevante sublinhar que o princípio da proporcionalidade, origem da tese da insignificância na seara penal, também se aplica a outras esferas jurídicas, notadamente na defesa de direitos fundamentais da pessoa humana. A tipificação do ato ilícito, na esfera do Direito Administrativo Sancionatório, passa por um duplice estágio: formal e material. E, nessa perspectiva, há uma aproximação com o Direito Penal que também permite incorporar técnicas relevantes de exclusão do tipo ou da ilicitude antecipada no tipo. Interessante que talvez seja possível reconhecer à autoridade administrativa ainda maior agressividade e ousadia no campo hermenêutico a partir de decisões transparentes e fundamentadas na seleção de fatos proibidos. Isto porque os espaços discricionários costumam ser mais amplos nessa seara. (OSÓRIO, 2015, p. 215-216)

Por fim, têm-se o conceito, reiteradamente afirmado no presente trabalho, de que a concepção de um Direito Administrativo Sancionador faz-se obrigatoriamente sob a ideologia do Estado Democrático de Direito, perpassando-se “necessariamente pela plena observância das garantias individuais, o que exige a interconectividade com as normas protetivas do Direito Penal e Processual Penal, trazendo ao processo administrativo princípios como o da insignificância”. (CASTRO, 2015, p.186)

Destarte, é preciso que se revise o princípio da insignificância na sua face administrativa, de modo que se perceba que não se trata de um culto à impunidade, mas de um instrumento jurídico que não só garante a razoabilidade e adequação da sanção imposta à conduta perpetrada, como também permite uma maximização da estrutura estatal para que se punam as condutas de maior lesividade à Administração e ao Erário. (CASTRO, 2015, p.186)

Para entendimento completo do presente capítulo, entende-se necessária uma breve conclusão da matéria apresentada, ante a complexidade do tema, e de modo as cognições lógicas serem realizadas em conjunção com os demais capítulos.

Do exposto, observa-se o postulado da proporcionalidade implícito na Constituição Federal Brasileira, e portanto obrigatoriamente observável à qualquer ramo do Direito. Todavia, é no Direito Penal “onde o instituto ganhou notoriedade para fins de estancar sancionamentos demasiado severos ou rígidos, com ofensa aos direitos humanos” (OSÓRIO, 2015, p. 217).

É dizer que, no campo da aplicação da sanção, atenuando-as, encontra-se a legítima proporção entre o ilícito cometido e a sanção cominada, onde demonstra-se a incidência basilar da proporcionalidade. (OSÓRIO, 2015). Verifica-se a proporcionalidade inicialmente ligada à a incidência, no momento de aplicação das sanções de cunho penal restritas ao âmbito penal, todavia “também no sancionamentos dos atos ilícitos, pelo ângulo do Direito Administrativo, haverá incidência da proporcionalidade”. (OSÓRIO, 2015, p. 217)

Aqui não está a dizer-se proporcionalidade como típico instituto penal. Todavia, é notável que neste campo criou raízes e demonstrou as irradiações possíveis – e obrigatórias – de seus efeitos práticos, tanto que cabe-se designar de “princípio penal da proporcionalidade”. Tratando o Direito Administrativo Sancionador de ferramenta punitiva estatal, nos mesmos moldes do Direito Penal, parece clarividente a necessidade de apropriação de tal princípio/postulado no campo de aplicabilidade das sanções tipicamente administrativas, de mesmo modo na tipificação legislativa de infrações administrativas.

Verifica-se a consolidação formal da proporcionalidade, em matéria administrativa, quando observa-se, por exemplo, a Lei de Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/1994) observando-se matéria estritamente processual, e muitas vezes, de aplicabilidade subsidiária. A total falta de uma sistematização legal, bem como produção doutrinária a respeito do tema (conforme já afirmado) acabam por não demonstrar, na prática, toda extensão possível de produção de efeitos do postulado da proporcionalidade na garantia de direitos individuais, especialmente quando ligada ao Direito Administrativo Sancionatório.

Demonstra-se o princípio da insignificância como instituto tipicamente penal, ainda que fruto, dentre outros, do princípio constitucional da proporcionalidade – de acordo com o marco teórico aqui adotado – e, mesmo adotando-se a teoria crítica de unidade punitiva do Estado, defendida por Fábio Medina Osório, demonstra-se aplicável ao campo do Direito Administrativo Sancionador.

Quer dizer, mesmo defendendo-se uma teorização dos princípios constitucionais incidentes sob o Direito Administrativo Sancionador, conforme pregado por Fábio Medina Osório, utiliza-se de princípio tipicamente penal, de modo afastar-se a tipicidade material de determinadas condutas. Do ponto de vista ora apresentado, em conjunto ao já defendido no capítulo terceiro do presente trabalho, a unidade punitiva estatal demonstra-se de plano visível. Inconteste, por consequência, considerar-se um sistema de garantias constitucionais, incidentes sob qualquer ramo punitivo, e, ante ausência desse, utilização dos princípios dito penais, sob pena de supressão de garantias individuais.

Por fim, têm-se que, constrói-se uma teoria de aplicabilidade dos princípios constitucionais incidentes sob o Direito Administrativo Sancionatório – conforme realizado por Fábio Medina Osório em sua excelente obra “Direito Administrativo Sancionador – consolidando-se a matéria de modo legislativo, doutrinário e jurisprudencial, ou aproveita-se dos já existentes princípios de Direito Penal, aplicáveis a matéria, ainda que com matizes, conforme defende-se, e de acordo com exposto no capítulo terceiro do presente trabalho.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Presente trabalho, através das óbvias conexões existentes entre Direito Administrativo, e o regime jurídico punitivo da Administração Pública, buscou atribuir significância singular ao conceito do tema Direito Administrativo Sancionador. Tarefa basilar, mas que de mesmo modo demonstrou-se dificultosa, ante inexistência de consolidações legislativas, doutrinárias e jurisprudências a respeito do específico assunto. O estudo do Direito Administrativo Sancionador permite os mais variados campos de análise, ante a inexistência de consolidação de conceitos ditos mais simples, como a própria definição de sanção administrativa.

Portanto, principalmente, trabalhou-se com conceito de Direito Administrativo como “conjunto de normas jurídicas de direito público que disciplinam a atividade administrativa necessária à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais encarregadas de seu desempenho”. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 90). A dizer, a busca de consolidação dos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal baseou o enfoque da totalidade desta monografia.

Buscou-se consolidar a definição de Direito Administrativo Sancionador como ferramenta ligada diretamente ao campo punitivo do Estado, meio pelo qual a Administração Pública aplica uma sanção a um particular, pela desobediência de uma prescrição legal ou regulamentar. Por tratar-se de uma aplicação de sanção a atividade é manifestação do *jus puniendi* estatal. Pormenorizando o estudo da sanção administrativa focou-se em três elementos básicos, a dizer: elemento subjetivo, objetivo e a finalidade da medida punitiva.

Deste modo, no estudo específico da sanção administrativa, encontrou-se em seu elemento subjetivo a questão mais frágil. Para grande parte da doutrina a única distinção passível entre sanção administrativa e penal encontra-se na competência para aplicabilidade, ou seja, sob viés de incidência formal do Direito Administrativo. De outro modo, buscou-se uma análise expansiva do conceito de sanção administrativa, trazendo à baila a incidência material do próprio Direito Administrativo. Por fim, entende-se a complexidade de diferenciação entre sanções tipicamente administrativas e penais, afirmando como diferença basilar apenas aplicabilidade de regimes jurídicos distintos, ante discricionariedade do legislador, e a pena restritiva de liberdade ser exclusiva do âmbito penal.

Posteriormente, tratou-se da análise de medidas ditas alternativas à sanção administrativa, não encontrando-se neste capítulo a totalidade das medidas, focando-se naquelas necessárias para conclusão do presente trabalho. Buscou-se analisar a natureza jurídica

de tais medidas, encontrando-se basicamente conexões muito aproximadas com a responsabilidade civil, e qualificando-as como medidas menos gravosas tanto para o sancionado quanto para própria Administração Pública.

No terceiro capítulo da presente obra fixou-se marco teórico basilar para conclusão a seguir exposta. Demonstrou-se a conectividade entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador ante existência de um núcleo comum entre eles, definindo-se como unidade do Direito Punitivo. Salientou-se às críticas feitas a tal teoria, através da obra de Fábio Medina Osório, dos poucos e mais importantes doutrinadores a respeito do específico tema ‘Direito Administrativo Sancionador’. Por fim, objetivou-se, de modo breve, definir o princípio da insignificância, corolário lógico do postulado da proporcionalidade, e demonstrando-se realizável aplicabilidade ao Direito Administrativo Sancionador.

De todo exposto, cinde-se quanto a hipótese inicialmente apresentada a resposta afirmativa a questão: sob as perspectivas aqui apresentadas, é passível de aplicação o princípio da insignificância em casos sujeitos ao regime jurídico administrativo, transpondo-se da punibilidade típica restrita as sanções administrativas para o campo das medidas de responsabilidade civil, em especial as ressarcitórias. Resta, portanto, a busca por um sistema condizente com a atual complexidade das relações humanas, pautadas por ideais civilizatórios, e na realização dos direitos fundamentais. Parece clara a necessidade de transposição desse sistema punitivo clássico para o âmbito fiscalizatório, preventivo, e ressarcitório, conforme explanou-se ao longo do trabalho, ao que parece âmbito mais frutífero para persecução dos interesses públicos, respeitando-se as garantias individuais.

A posição adotada pela doutrina espanhola, em especial por Alejandro Nieto, demonstrou-se mais condizente para persecução de um Direito Administrativo Sancionador pautado pelo respeito às garantias individuais. É dizer que, a presença do Direito Penal como marco teórico para o Direito Administrativo Sancionador, é de todo modo imprescindível; trata de ponto de referência em relação a presença das garantias individuais.

Conclui-se no sentido de que tratam – Direito Penal e Administrativo Sancionador – de regimes jurídicos diversos, por lógico, ainda que as diferenciações necessárias sejam de difícil análise. Todavia, ambos limitam-se pelo Direito Punitivo do Estado, não regulado, e portanto dando azo à aplicabilidade de princípios de natureza penal, em razão de sua consolidação dogmática, as questões cronológicas, e suas origens constitucionais. Como afirmado, não se trata de superioridade do Direito Penal, apenas mera constatação de que falta ao Direito Administrativo Sancionador princípios próprios consolidados.

O Direito Administrativo Sancionador, deve observância a tais garantias, posto que de modo contrário está o sancionado sujeito as mais variadas arbitrariedades estatais. Resume-se através da teoria da unidade, que aproveitam-se os princípios reciprocamente – há uma conexão e não hierarquia – todavia, ante inexistência de princípios tipicamente administrativos sancionadores, cabe a esse apropriar-se – ainda que sob matizes - daqueles já consolidados e aplicados no âmbito penal.

Nesse sentido, a análise da obra de Fábio Medina Osório demonstra-se imprescindível. Assim o autor realiza uma construção teórica a respeito da incidência de princípios constitucionais diretamente ao Direito Administrativo Sancionador. Para tanto, classifica-se o princípio da insignificância como mera decorrência do postulado da proporcionalidade. Pensa-se diverso, no sentido de encontrar-se na proporcionalidade elemento basilar, todavia não exclusivo.

O princípio da insignificância, conforme exposto, é construção doutrinária tipicamente penal, conjugando-se uma série de institutos para formulação do mesmo. Têm-se, portanto, a utilização de instituto tipicamente penal, ainda que decorrente, em última ordem, da Constituição, ao Direito Administrativo Sancionador.

Parece que, de todo modo, Fábio Medina Osório, apesar de construir teoria própria de princípios administrativos sancionadores, acaba por aproveitar-se da consolidação, e produção de efeitos práticos de tais institutos de Direito Penal, demonstrando-se, novamente, a unidade punitiva ora defendida. Retira-se ainda que a insignificância têm sua aplicabilidade integral pelo Direito Administrativo Sancionador, não se desfigurando a essência do princípio no momento de sua transposição do Direito Penal para o Direito Administrativo Sancionador.

A retirada da punibilidade típica das sanções para o campo das medidas de cunho civil demonstra-se mais benéfica, tanto para o sancionado, quanto para Administração Pública, posto que muitas vezes sujeita a um duplo prejuízo se observado o âmbito punitivo sob análise econômica do Direito. Por fim, demonstra-se a necessidade de maior valoração do campo administrativo sancionador, através de produções legislativas específicas, doutrinárias e jurisprudências. O assunto é por demais relegado e possui em si significância deveras importante, de modo tratar o Direito Administrativo Sancionador de âmbito absurdamente extenso, e de mesmo modo, passível de restringir direitos individuais.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, Daniel Guimarães Medrado de. **Direito Administrativo Sancionador: Reflexões sobre a aplicabilidade do princípio da insignificância**. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 42, n. 137, p.173-187, mar. 2015.

CRISTÓVAM, José Sergio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes**. Curitiba: Juruá, 2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. Curitiba: Editora Juruá, 2016

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo, 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 2 v.

FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

FERREIRA, Daniel. Sanções Administrativas: entre direitos fundamentais e democratização estatal. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 12, n. 12, p.167-185, jul./dez. 2012.

GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios Processuais no Direito Administrativo Sancionador: Um estudo à luz das garantias constitucionais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 109, p.773-793, jan./dez. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções Administrativas à Luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. GARCIA, Flavio Amaral. A principiologia no Direito Administrativo Sancionador. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 28, novembro/dezembro/janeiro, 2011/2012. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-28-NOVEMBRO-2011-DIOGO-FIGUEIREDO-FLAVIO-GARCIA.pdf>>. Acesso em: 02 de maio de 2017

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo: obra em homenagem a Eduardo García de Enterría**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. Madrid: Editora Tecnos, 2002.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RINCÓN, José Suay. **Sanciones administrativas**. Studio Albornotiana. Bolonha: Publicaciones del Real Colegio de Espanã, 1989.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SILVA, Marcelo Aguiar da. **Intersecção entre direito administrativo disciplinar e direito penal: Uma visão garantista do ilícito administrativo disciplinar**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 97, fev 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11132>. Acesso em junho de 2017.