

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ  
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E O JUS PUNIENDI  
ESTATAL: A DIFERENCIAÇÃO DOS REGIMES SANCIONATÓRIOS E AS  
LIBERDADES PUNITIVAS**

**LEONARDO SCHMIDT DURAND RODRIGUES**

**Florianópolis, SC  
2014**



**LEONARDO SCHMIDT DURAND RODRIGUES**

**DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E O JUS PUNIENDI  
ESTATAL: A DIFERENCIAÇÃO DOS REGIMES SANCIONATÓRIOS E AS  
LIBERDADES PUNITIVAS**

**Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à banca examinadora  
da Universidade Federal do  
Estado de Santa Catarina, como  
requisito à obtenção do título de  
Bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. Dr. Alexandre  
Morais da Rosa.**

**Florianópolis, SC  
2014**

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Durand Rodrigues, Leonardo Schmidt  
DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E O JUS PUNIENDI  
ESTATAL: A DIFERENCIAÇÃO DOS REGIMES SANCIONATÓRIOS E AS  
LIBERDADES PUNITIVAS / Leonardo Schmidt Durand Rodrigues  
; orientador, Alexandre Morais da Rosa - Florianópolis,  
SC, 2014.  
89 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -  
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências  
Jurídicas. Graduação em Direito.

Inclui referências

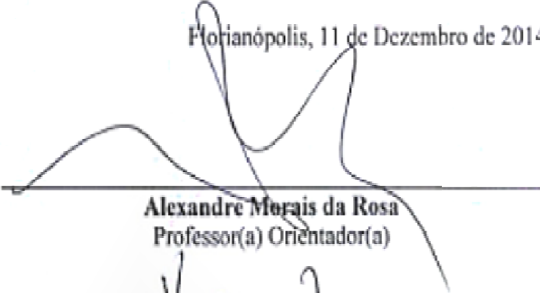
1. Direito. 2. Direito Administrativo Sancionador. 3.  
Administrativação da Tutela Penal. 4. Jus Puniendi. 5.  
Sanção. I. Morais da Rosa, Alexandre . II. Universidade  
Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

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

TERMO DE APROVAÇÃO

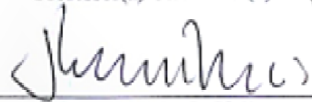
O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Direito Administrativo sancionador e Ius Puniendi Estatal: A diferenciação dos regimes sancionatórios e as liberdades punitivas**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Leonardo Schmidt Durand Rodrigues**, defendido em **11/12/2014** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 ( Dez ), 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, 11 de Dezembro de 2014




---

**Alexandre Moraes da Rosa**  
Professor(a) Orientador(a)



---

**Juliano Keller do Valle**  
Membro de Banca



---

**Aline Gostinski**  
Membro de Banca

## AGRADECIMENTOS

O que talvez tivesse de ser a tarefa mais fácil de todas - agradecer - talvez seja a que mais toma tempo e reflexão - e isso acaba deixando-a carregada, difícil, chorosa... -, ao menos uma reflexão introspectiva 'mais' sentimental, pois, apesar de a ciência também se valer de introspecção e sentimentos, não há uma metodologia da gratidão.

Agradeço, primeiramente, àqueles que desde sempre me ensinaram e que eu considero terem sido meus primeiros e eternos Professores (e até hoje são, mesmo que não mais tão perto uns dos outros como já foram): meus pais e irmã - Rosana, Francisco e Patrícia. Agradeço-lhes todo o carinho, os puxões de orelha e tudo que fica e tudo que vai.

Sou grato aos meus outros Professores: meus amigos e amigas (em especial ao Rafa, ao Marcel e à Anna); aos meus inimigos (porque não?); e aos que me inspiraram desde as primeiras séries até hoje - ao término dessa segunda graduação - a querer ensinar aos outros (e aprender também, claro!) e, com isso, mudar e poder ser parte da constante melhoria no ser humano! Aos que mais recentemente foram meus Professores, seja na ESAG, seja no CCJ, agradeço pela inspiração e pelo crescimento que vocês me proporcionaram, nessa toada agradeço em especial ao meu orientador neste Trabalho, o Professor Alexandre Morais da Rosa.

Claro que não poderia deixar de dar um afago especial no meu pai que, franciscanamente (pela diligência, não pela pobreza no querer), tem me ajudado durante minha vida toda, mas que durante essa quase década de ESAG/CCJ muitas vezes acreditou mais em mim do que eu mesmo...

Obrigado!

## Cântico negro

(José Régio)

"Vem por aqui" — dizem-me alguns com os olhos doces  
Estendendo-me os braços, e seguros  
De que seria bom que eu os ouvisse  
Quando me dizem: "vem por aqui!"  
Eu olho-os com olhos lassos,  
(Há, nos olhos meus, ironias e cansaços)  
E cruzo os braços,  
E nunca vou por ali...  
A minha glória é esta:  
Criar desumanidades!  
Não acompanhar ninguém.  
— Que eu vivo com o mesmo sem-vontade  
Com que rasguei o ventre à minha mãe  
Não, não vou por aí! Só vou por onde  
Me levam meus próprios passos...  
Se ao que busco saber nenhum de vós responde  
Por que me repetis: "vem por aqui!"?

Prefiro escorregar nos becos lamacentos,  
Redemoinhar aos ventos,  
Como farrapos, arrastar os pés sangrentos,  
A ir por aí...  
Se vim ao mundo, foi  
Só para desflorar florestas virgens,  
E desenhar meus próprios pés na areia inexplorada!  
O mais que faço não vale nada.

Como, pois, sereis vós  
Que me dareis impulsos, ferramentas e coragem  
Para eu derrubar os meus obstáculos?...  
Corre, nas vossas veias, sangue velho dos avós,  
E vós amais o que é fácil!  
Eu amo o Longe e a Miragem,  
Amo os abismos, as torrentes, os desertos...

Ide! Tendes estradas,  
Tendes jardins, tendes canteiros,  
Tendes pátria, tendes tetos,  
E tendes regras, e tratados, e filósofos, e sábios...  
Eu tenho a minha Loucura !

Levanto-a, como um facho, a arder na noite escura,  
E sinto espuma, e sangue, e cânticos nos lábios...  
Deus e o Diabo é que guiam, mais ninguém!  
Todos tiveram pai, todos tiveram mãe;  
Mas eu, que nunca principio nem acabo,  
Nasci do amor que há entre Deus e o Diabo.

Ah, que ninguém me dê piedosas intenções,  
Ninguém me peça definições!  
Ninguém me diga: "vem por aqui!"  
A minha vida é um vendaval que se soltou,  
É uma onda que se alevantou,  
É um átomo a mais que se animou...  
Não sei por onde vou,  
Não sei para onde vou  
Sei que não vou por aí!



## RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso pretende abordar, de forma dialética, a evolução histórica do jus puniendi estatal a fim de analisar anacronismos dentro da operação da sanção no atual cenário punitivo brasileiro. No primeiro e segundo capítulos dar-se-á notícia da evolução histórica da sanção como gênero e da pretensa unidade punitiva entre as espécies sancionadoras penais e administrativas. No último capítulo, de caráter propositivo, se dará alternativa à crise que vive o Direito Penal dentro da perspectiva de intervenção de hassemeriana.

**Palavras-chave:** direito de punir estatal; jus puniendi; sancionamento; Direito Administrativo Sancionador; Direito de Intervenção; Winfried Hassemer; Administrativação da tutela penal.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO .....</b>	<b>9</b>
<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>2 CAPÍTULO I – O Direito Sancionador .....</b>	<b>13</b>
<b>2.1 Ius Puniendi estatal e o gênero punitivo .....</b>	<b>13</b>
<b>2.2 Sanção penal e administrativa.....</b>	<b>26</b>
<b>3 CAPÍTULO II – Regime Jurídico-Administrativo e a tutela sancionatória .....</b>	<b>32</b>
<b>3.1 Interesse público como elemento diferenciador das sanções administrativas em relação ao direito penal e a liberdade punitiva.....</b>	<b>32</b>
<b>3.2 Proporcionalidade, Razoabilidade e o devido processo legal na tutela penal administrativa.....</b>	<b>55</b>
<b>4 CAPÍTULO III – O regime jurídico-administrativo como alternativa às sanções penais .....</b>	<b>61</b>
<b>4.1 Crise do sistema punitivo e a administratização da tutela penal .....</b>	<b>61</b>
<b>4.2 Objetivação da tutela penal, suas consequências processuais e a necessidade de modelos de tutela de ilícitos mais eficientes .....</b>	<b>81</b>
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>85</b>
<b>6 Obras Citadas.....</b>	<b>86</b>

# 1 INTRODUÇÃO

Hegel, em alguma parte no prefácio de seu “Princípios...”, diz:

“Têm eles Moisés e os profetas; *ouçam-nos*’ (Lc 16, 29). O que sobretudo nos espanta é o tom e a *pretensão* que assim se manifestam, como se o que sempre tivesse faltado no mundo fossem esses zelosos pregadores de verdades, como se a velha *sopa recozida* trouxesse novas e inauditas verdades, como se fosse sempre ‘precisamente agora’ a ocasião de as ouvir [...]”<sup>1</sup>

É, a mim, estranho começar a falar de um tema tão confuso e intrigante como o proposto sem antes não tomar algumas palavras de Hegel emprestada para mostrar minha enorme... *despretensão*.

Algumas páginas (ou gigabytes) me serviram de rascunho para que pudesse externalizar um grande número de preocupações referentes ao rumo que o *Direito de Punir* toma em nosso país (dentro de seu papel eminentemente simbólico), sobretudo em tempos que se visa punir o novo *olhando para trás*. E aqui o *olhar para trás* não faz referência a nenhum método hermenêutico, mas sim ao espírito Curupira que habita grande parte dos operadores do Direito (e especificamente dentro do *jus puniendi* o qual tem como estribilho de seu coro o “punir, punir e punir” - *tout court*).

Em um cenário de novas inter-subjetividades, que brotam dia-a-dia cada vez mais, o Direito nem com as antigas relações consegue lidar. Cria, então, *velhos* mecanismos. Às vezes mantém a forma e altera o conteúdo (geralmente quando não pode), às vezes o contrário (quando lhe convém). O Direito, sobretudo o Direito Sancionador, foco deste Trabalho, vive uma quotidiana paralaxe cognitiva. Recozinha a *sopa teórica* e mete boca a dentro daqueles que não se sabe convém chamar de cidadãos, ou de súditos, afinal a confusão entre o clássico e o moderno se faz e se refaz a toda hora que chega a ser indiferente algumas formalidades (e *quase* ninguém se importa com isso)...

Esse trabalho, então, visa resgatar a discussão (*liguem seus fogões!!!*) sobre as possibilidades acerca da tutela penal *contraproducente* (Hassemer), sobretudo a que

---

<sup>1</sup> Cf. Hegel, 1997, p. XXV;

se inclui nesse contexto de inovações intersubjetivas, em que o Clássico e o Moderno Direito Penal se confundem ao tutelar bens jurídicos de um, com ferramentas do outro.

Tratar-se-á da liberdade em se escolher os regimes jurídicos próprios e afetos aos bens jurídicos os quais se visa tutelar - o que, ao mesmo tempo em que dá enorme relevo ao trabalho do Legislador, lhe incumbe de uma não menor difícil tarefa -, bem como propor-se-á um tempero plausível e inteligível quanto a esse caldo-teorético-clássico-moderno.

Faço dessa singela e *despretensiosa* introdução o *vernissage* das demais páginas.

## 2 CAPÍTULO I – O Direito Sancionador

“[...] o Minimalismo penal proporciona uma inversão na lógica intervencionista do sistema penal, que passa por uma conscientização de todos os seus operadores e de toda a sociedade, no sentido de ceder maior espaço para as diversidades e de procurar formas mais democráticas e criativas para a real solução dos conflitos e não somente para a sua repressão.” Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches

### 2.1 *Ius Puniendi estatal e o gênero punitivo*

Como é de quase todos sabido, há, em Direito Penal - e na Ciência Jurídica em geral -, matizes que lhe remontam à época do “primeiro Iluminismo”<sup>2</sup> e, por conseguinte, da própria criação do Estado de Direito<sup>3</sup>. O sentimento de secularização dado pela escolástica tardia do século XIV e pelo posterior jusracionalismo (Wieacker, 2004, p. 285) tiraram o foco de um Direito divino voltado ao interesse do monarca - e de seu papel divino perante seus súditos - e o colocaram sobre a razão<sup>4</sup>.

Giordano Bruno Soares Roberto<sup>5</sup> retoma conceitos básicos de história do Direito ao dizer que fora contra a tradição e a autoridade, representadas pelo *Ancien Régime* (aliado à já mencionada secularização dada pela escolástica tardia do século XIV<sup>6</sup>), que se insurgiu toda uma sociedade<sup>7</sup> (Roberto, 2003, p. 25). Caenagem (1999,

---

<sup>2</sup> Cf. Wieacker, 2004, p. 279;

<sup>3</sup> Falando sobre a crise do direito e da razão jurídica Ferrajoli nos deixa uma noção básica do conceito de Estado de Direito: “*Como se sabe, esta crisis ha sido con frecuencia asociada a una suerte de contradicción entre el paradigma clásico del Estado de derecho, que consiste en un conjunto de límites y prohibiciones impuestos a los poderes público de forma cierta, general, y abstracta, para la tutela de los derechos de libertad de los ciudadanos*” (Ferrajoli, 2004) (grifo meu);

<sup>4</sup> Como nos lembra Wieacker, op. cit. p. 298-299, a secularização dada com o jusracionalismo não buscou “alijar” qualquer resquício valorativo em relação à religião em detrimento da razão *tout court*. Escreve Wieacker que “*sabemos hoje que foi precisamente através da ideia de espontaneidade supra-racional da vontade de Deus que a orientação voluntarista do jusracionalismo (Hobbes, Thomasius) chegou a um irracionalismo histórico-positivista e que a variante idealística-naturalista (Leibniz, Chr. Wolff) remonta, através das verdades racionais eternas de São Tomás de Aquino, ao idealismo da antiguidade (Platão, Aristóteles). De fato, a maior parte dos pensadores jusracionalistas foram cristões que acreditavam na revelação*” (grifo meu);

<sup>5</sup> Cf. Roberto, G. B. (2003). *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil*. Belho Horizonte: Del Rey;

<sup>6</sup> O racionalismo cartesiano retoma a escolástica tardia, entretanto, substituindo as autoridades etéreas pelas mundanas;

*apud* ROBERTO, 2003) diz que esse virar de pensamento se embasava, primeiramente, na desigualdade perante a lei (previlégios da nobreza e do clero em detrimento do povo); segundo, nas limitações à propriedade (causando dificuldades comerciais); terceiro, na não participação popular na política e na arbitrariedade dos governantes; e por fim na ingerência da Igreja na política (junto da intolerância religiosa que havia à época na Europa)<sup>8</sup>. A substituição desse paradigma se daria em dois planos: um material, relacionado com a criação de um novo sistema de fontes; outro formal, relacionado com a aplicabilidade desse novo sistema de Direito.

O desenvolvimento da base axiológica do Direito (que era “natural”, sendo posteriormente “posto”) ora pendia para uma metafísica, ora para uma física (se é que há algo de físico na razão, talvez haja em relação a característica de “ser” no *cogito* cartesiano), sendo que a partir do jusracionalismo a razão se torna seu fundamento.

De Grócio até Wolf, passando por Pufendorf (desde sua fundação, elaboração da base metodológica por meio da criação de um sistema, até a pormenorização deste sistema), o jusracionalismo torna-se a base (frisa-se, metodológica<sup>9</sup>) e o fundamento de todo o direito (e do próprio Estado de Direito que surgia, primeiramente com os déspotas esclarecidos, posteriormente com as democracias e os *welfare states*). É importante ressaltar o íter lógico que as consequências da sistematização, feitas sobretudo por Pufendorf, tiveram na modernidade: “os jusnaturalistas começaram a pensar o Direito como um sistema fechado que, partindo de alguns axiomas, tornaria possível a dedução de todas as outras regras.” (Roberto, 2003, p. 26), sendo esse sistema fechado de Direito o fundamento de codificação e do próprio Estado Moderno.

Aliás, nas palavras de Wieacker:

“Como teoria que quer fundamentar a validade de todo o direito, o jusnaturalismo não se pode bastar com os protestos de uma

---

<sup>7</sup> “É claro que essa conexão [entre jusracionalismo e iluminismo] só teve consequências propriamente jurídico-políticas na Europa Central.” (Wieacker, 2004);

<sup>8</sup> Não que hoje em dia não haja intolerância de cunho religioso na Europa (<http://www.intoleranceagainstchristians.eu>, 2014);

<sup>9</sup> Para Wieacker, a principal contribuição do jusracionalismo nem fora tanto a secularização, mas a “emancipação metodológica em relação à teologia moral [...]; ao mesmo tempo, o direito natural libertou-se da teologia moral e desenvolveu, como ética social mundana e autônoma, os seus princípios a partir de premissas próprias (assim, em Hobbes, Pufendorf e Chr. Wolf)” (Wieacker, 2004, p. 299-300) (grifo meu);

consciência jurídica ferida ou com o acordo de uma outra já saturada; deve antes tornar inteligível, através de meios lógicos, a vigência do direito positivo ou a sua crítica [...]” (Wieacker, 2004, p. 300)

Quer dizer com isso, Wieacker, que após o jusracionalismo criticar a metafísica existente nos critérios jusnaturalistas medievais (cujos valores retomam o divino), ele mesmo, o “jusracionalismo iluminado”, se imbuí de carga valorativa também não física. O jusracionalismo acaba por fundamentar um novo Estado, *clean*, que, a partir de agora, apesar de “racional”, é ao mesmo tempo supra-positivo:

“Sempre que ele [o jusracionalismo] abandona a fase crítica permanente ou de recusa revolucionária do existente e se compreende como filosofia de uma ordem determinada, ele deve compatibilizar a validade da situação constitucional ou jurídica positiva com postulados supra-positivos. Foi esta tarefa que o pensamento ocidental tentou realizar através do modelo ou do símbolo de um *contrato social*.” (Wieacker, 2004, p. 300)

O Estado surgia, portanto, com um argumento metafísico que tinha como símbolo o contrato social<sup>10</sup>. Deste se concluiria que o indivíduo abdicaria de sua liberdade absoluta<sup>11</sup>, por meio de uma socialização<sup>12,13</sup>, que consistiria em uma limitação, pela sociedade, dessa liberdade hobbesiana de “fazer tudo quanto queira”.

Entretanto, esse contrato por si só não se bastaria:

---

<sup>10</sup> Claro que existem outras formas de se explicar o surgimento dos Estados. E.g., para Reinhold Zippelius (Zippelius, 1997, p. 139) há diversas outras teorias que poderiam explicar o surgimento do Estado, como a teoria patriarcal, a patrimonial, a do poder, além dessa que é utilizada aqui neste trabalho, teoria que se baseia nos autores contratualistas clássicos;

<sup>11</sup> Segundo Hobbes seria o “[...] direito de fazer tudo quanto queira” (Hobbes, 2004, p. 114);

<sup>12</sup> Cf. Wieacker, 2004, p. 300. O autor, aliás, adverte que, apesar dessa secularização com bases no jusracionalismo, o Direito (no sentido de direitos e deveres) que passou a vigor a partir dessa “socialização hobbesiana” era ainda entendido como direito natural (tendo mudado somente a base axiológica; já explicado em nota anterior), não histórico (no sentido de construção humana) (Wieacker, 2004, p. 302);

<sup>13</sup> “De modo que a consequência que redundava para um homem da desistência de outro [direito] é simplesmente uma diminuição equivalente dos impedimentos ao uso de seu próprio direito original [...]. Quando alguém transfere seu direito, ou a ele renuncia, fá-lo em consideração a outro direito que reciprocamente lhe foi transferido [...]. A transferência mútua de direitos é aquilo que se chama de *contrato*” (Hobbes, 2004, pp. 114-115);

“Não é, portanto, ainda através do contrato social, que a oposição entre direito natural e direito positivo fica resolvida. Para a fundamentação da soberania histórica e da criação do direito pelo soberano necessita-se, antes, da admissão de um segundo pacto, o pacto de submissão a quem rege.” (Wieacker, 2004, p. 302)

O sustentáculo do Estado residia nesse *pacto social de subserviência ao soberano*<sup>14</sup>, que, por sinal, segundo Hobbes, era irrevogável<sup>15</sup>. Para Rousseau<sup>16</sup>, o soberano era o povo, representado pela ideia da *volonté générale*<sup>17</sup>, que seria como “um *plébiscite de tous les jours*, como Renan, já no século XIX, descreve a comunidade das nações democráticas” (Wieacker, 2004, p. 302).

Em relação à passagem desse Estado Natural ao Estado Nação (ou Estado moderno), tendo por comparação a própria evolução da ciência jurídica (a passagem de um pluralismo jurídico a um monopólio legislativo e, conseqüentemente, ao monopólio punitivo), Bobbio<sup>18</sup> nos brinda com o seguinte excerto:

“Enquanto, de fato, num período primitivo, o Estado se limitava a nomear o juiz que dirimia as controvérsias entre os particulares, buscando a norma a aplicar ao caso sob exame tanto nos costumes quanto nos critérios de equidade, e a seguir, adicionando à função judiciária aquela coativa, providenciando a execução das decisões do juiz, com a formação do Estado moderno é subtraída ao juiz a faculdade de obter as normas a aplicar na resolução de controvérsias

---

<sup>14</sup> O soberano, no caso de Hobbes, seria o Leviatã, deus mortal que se achava na figura do monarca. Segundo Hobbes (*apud* Reinhold Zippelius, 1997, p. 163) “os representantes agiriam como ‘autoridade’ em lugar dos representados, quando estes últimos reconhecessem os atos dos representantes como os seus próprios”;

<sup>15</sup> Cf. Wieacker, 2004, p. 302;

<sup>16</sup> Para Rousseau (*apud* Reinhold Zippelius, 1997, p. 165-167) seria necessário “ ‘trouver une forme d’association ... par laquelle chacun s’unissant à tous n’obéisse pourtant qu’à lui-même et reste aussi libre qu’auparavant’ (Contrat social, I 6) – uma tarefa segundo a divisa: ‘lava-me a pele mas não me molhes’. A solução desta tarefa parece residir, na opinião de Rousseau, no fato de um povo constituído por indivíduos livres não transferir o poder estatal a um terceiro, a um soberano, tal como Hobbes o ensinou, mas assumir ele próprio o poder estatal.”;

<sup>17</sup> Quem leu um pouco de Rousseau sabe muito bem que o conceito de *vontade geral* é extremamente limitado, entretanto, dentro de uma análise historicista, Rousseau realiza a democracia hobbesiana com méritos. O erro de Rousseau reside na *liberdade conformista* que é sugerida pela ideia de *vontade geral* (Zippelius, 1997, p. 170). Alias, é interessante esse “discurso” de vontade geral, ao passo que ele é um discurso excludente, não permitindo nenhum tipo de composição, mas sim uma eliminação da minoria;

<sup>18</sup> Cf. Bobbio, N. (2006). *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. (E. B. Márcio Pugliesi, Trad.) São Paulo: Ícone;



por normas sociais e se lhe impõe a obrigação de aplicar apenas as normas postas pelo Estado, que se torna, assim, o único criador do direito.” (Bobbio, O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito, 2006, p. 29) (grifo meu)

“Falamos do juiz porque seguindo as modificações de sua posição e de sua função social é que colhemos a passagem do direito não-estatal ao estatal e a passagem, ligada a esta, da concepção dualista do direito (direito natural, direito positivo) à monista (apenas o direito positivo).” (Bobbio, O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito, 2006, p. 27)

Importante ressaltar que - como também o fazia Rousseau<sup>19</sup> (*mutatis mutandis* e resguardada a devida proporção) - aqui não se pretende explicar a origem do Estado (apesar de se achar necessária essa breve explanação que teve lugar até agora), mas sim a origem daquilo que dá validade aos atos (e omissões) desse Estado.

A melhor forma, talvez, de conceber a legitimidade dos atos desse ente reside em Locke quando este diz que “[...] ninguém poderia ter o poder de dar as leis a uma sociedade ‘a não ser pelo próprio consentimento dela e por uma autorização concedida por ela’ [...] ‘a comunidade retém perpetuamente o poder supremo’ [...]” (Locke *apud* Zippelius, 1997, p. 168). É claro, com um fundamento que diz que “se fui eu quem concebi, então é contraditório eu não cumprir as minhas determinações” fica fácil dar legitimidade às ordens (obrigações) que provém desse novo Estado e que se positiva por meio de representantes, através do processo legislativo precedido de um processo de sufrágio, afinal “o Estado é aquele que tanto distribui a esperança como também o terror” (Hassemer, 2007, p. 169).

O Estado moderno (liberal e, posteriormente, democrático) surge, então, dessa legitimidade dada por seus integrantes, nessa escalada historicista que culmina - por grande parte dos países continentais europeus - no movimento constitucionalista (no sentido positivista). Há, então, parafraseando Hassemer, uma passagem de um ‘Estado com terror’, para um ‘Estado com esperança’, onde as relações existentes entre os administrados (particulares, igreja, ordens, corporações) e a administração (o Estado) passam a se dar no plano da razão, não mais em uma relação divinizada. Importante ressaltar que esse jusnaturalismo, que apóia a *teoria constitucional jusracionalista*

---

<sup>19</sup> V. Rousseau (*apud* Zippelius, 1997, p. 168);

(Wieacker, 2004, p. 308) - a qual entendemos ser a base do Estado moderno - não apoiou somente movimentos tidos por liberais, muito menos somente os democráticos. Sendo um conceito teleológico, esse jusracionalismo pode ser entendido como um “conceito oco” (não uma concepção de mundo, mas sim um método de fundamentação do direito<sup>20</sup>), onde o *zeitgeist* preenche o conteúdo dessa forma-conceito. Assim, segundo Wieacker:

“[...] ele [o direito natural] pôde fundamentar, de um modo idêntico, não só a resistência das antigas ordens e corporações contra o principado absoluto, como também a luta dos Estado Gerais contra a coroa espanhola, dos huguenotes e dos católicos contra a francesa, dos *commoners* ingleses e dos treze estados americanos contra a inglesa. Porém, se o jusracionalismo patenteou nessas lutas todo o seu brilho e acabou por sair vitorioso, o certo é que ele legitimou em grau não menor o adversário comum, o absolutismo real, através da argumentação jusnaturalista de Maquiavel, de Bodin e de Hobbes. E, por fim, quer a soberania popular da revolução francesa, quer o federalismo americano (Jefferson) foram ainda fundados no direito natural: a *volonté générale*, a vontade espontânea e permanente da maioria, consome neste caso, como razão geral, os direitos dos indivíduos, dos corpos, das minorias. Mesmo nos dias de hoje, a força expansiva da legitimação jusnaturalista sobrevive implícita nas tensões inultrapassadas entre liberalismo e democracia material, entre estado de direito burguês e estado social, entre individualismo econômico e socialismo, entre federalismo e unitarismo.” (Wieacker, 2004, p. 308) (grifo meu)

Nasce um Estado liberal em um sentido garantidor, cujo cerne se dava pela abdicação de direitos naturais em favor da socialização<sup>21</sup>, limitação do poder do Estado e a consecução de deveres, tanto para o Estado de Direito - garantidor -, quanto para os cidadãos (não mais súditos). Em esclarecedora afirmação nos cita Zippelius a tônica pela qual se pautará esse novo ente social: “[...] a história da liberdade do cidadão é

---

<sup>20</sup> Cf. Wieacker, 2004, p. 308;

<sup>21</sup> V. NR números 12 e 13;

uma história da restrição e do controle do poder do Estado [...]”<sup>22</sup>. Ainda para Zippelius, o papel desse Estado constitucional e de Direito era o de:

“ [...] [procurar] um compromisso entre a necessidade de um poder do Estado homogêneo e suficientemente forte para garantir a paz jurídica e a necessidade de prevenir um abuso de poder estatal e de estabelecer limites a uma expansão totalitária do poder do Estado, assegurando na maior medida possível as liberdades individuais [...]”. (Zippelius, 1997, p. 384) (grifo meu)

Essa é, outrossim, a fundamentação do próprio Direito Penal, que nasce como garantia nas liberdades individuais conquistadas pelas sociedades modernas, não sendo uma conquista do coletivo como coletivo em si, mas do coletivo no âmbito do indivíduo<sup>23</sup> (para o indivíduo).

Ou seja, a partir desse momento o Estado deixa de ser um fim em si mesmo (um quase “*l’État c’est moi*”) e - agora moderno - passa a ter o papel de garantir a paz jurídica em assegurando as liberdades individuais. Mas como seria assegurada essa “garantia à paz jurídica” e, em consequência, aos direitos individuais? Para Zippelius essas garantias viriam com a separação e o controle dos poderes, ou seja, com a consecução de “princípios formais” do Estado de Direito:

“Para garantir as liberdades individuais e prevenir o arbítrio estatal, era necessário tomar precauções em especial para que a ação do Estado funcionasse mediante uma determinada distribuição de papéis e de acordo com regras de jogo garantidas. Através de um distribuição e coordenação organizada das funções de regulação do Estado era necessário instaurar um sistema de separação e de controle dos poderes. Tratava-se em especial de vincular o executivo à lei e ao direito. Também a ação do Estado devia ser controlada através de regras procedimentais (relativos aos procedimentos legislativos, administrativos e jurisdicionais) protegendo-a contra arbítrio. Deveriam também ser criados mecanismos de controle judicial e

---

<sup>22</sup> Cf. Zippelius, 1997, p. 384;

<sup>23</sup> Tema a ser explorado logo mais a frente ainda neste Trabalho quando se fundamentará a diferença entre ilícitos penais e administrativos, aqueles baseados em garantias individuais (decorrentes das garantias surgidos no próprio âmago da discussão posta até aqui: o Estado de Direito e as garantias contra o “Leviatã”), estes baseados em garantias coletivas (quase como um “poder geral de cautela” para a sociedade);

outros cuja função era fiscalizar a observância das regras de jogo do sistema de regulação jurídico.” (Zippelius, 1997, pp. 384-385) (grifo meu)

Mais a frente em seu texto<sup>24</sup>, Zippelius faz a ligação entre essas garantias formais (separação e controle dos poderes e procedimentalização das ações do Estado) - e também as materiais (o escopo das garantias formais em si, quer dizer as liberdades individuais e, de maneira geral, os direitos fundamentais) - e o Direito Penal ao constatar que “Uma primeira garantia das liberdades individuais residia, aqui [na evolução do sistema constitucional inglês<sup>25</sup> até o final do século XVII], na proteção contra detenções arbitrárias” (Zippelius, 1997, p. 385). Ainda em referência ao movimento jusracionalista na Inglaterra, o autor faz relação entre o fato de *aos poderes do rei* passar-se agora a se imporem limites jurídicos: “Aqui o princípio da ‘primazia da lei’ surge numa versão primitiva” (Zippelius, 1997, p. 386) e pontifica, ressaltando o momento de surgimento dos *direitos humanos universais* (SIC!), afirmando que, em meados do século XVII, “Um outro princípio que se irrompeu [...] foi a exigência de que por razões de Estado não se tutelasse o indivíduo em suas convicções religiosas. Esta pretensão constituiu um primeiro ponto de cristalização da ideia de *direitos humanos*” (Zippelius, 1997, p. 386).

Ainda em relação a princípios de Estado moderno surgidos do jusracionalismo - marcadamente princípios de caráter sancionatório<sup>26</sup> -, Bentham (*apud* Zippelius, 1997, p. 388) ressalta o da *segurança jurídica*<sup>27</sup>. Segundo o autor inglês seria a principal finalidade do direito gerar essa segurança para a sociedade (inclusive

---

<sup>24</sup> V. Zippelius, 1997, pp. 385-390;

<sup>25</sup> Fazemos aqui uma ressalva importante quanto à influencia dada pelo jusnaturalismo ao *direito comum* de matriz inglesa e norte americana (eminentemente religioso-moralizante) e ao jusnaturalismo continental (escolástico-racional) (Wieacker, 2004, p. 314), tendo essa diferenciação consequências diretas no fato de ter havido uma maior ruptura com o Ancien Régime nos países de *direito continental*;

<sup>26</sup> Aqui se fez questão de que não figurasse o adjetivo “penal” (apesar de ser por essa senda que se vai Zippelius e tantos outros que afirmam garantias individuais contra punições estatais) modificando o substantivo “princípio”, justamente pelo simples fato de gerar costume no leitor desse Trabalho, afinal, o foco deste é o Direito Sancionador como gênero, dentro do qual figuram o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador (DAS);

<sup>27</sup> Apesar de se mocar um pouco da segurança jurídica, o autor ressalta a necessidade de previsibilidade contra os atos estatais: “A exigência de normas claras e precisas, que previamente programam de modo exato as medidas concretas tomadas pelo poder do Estado e que tornam estas últimas previsíveis e calculáveis, encontra, no entanto, já um limite no fato de a maioria dos conceitos jurídicos não ser exatamente determinável em termos semânticos” (Zippelius, 1997, p. 388);

em relação a alguma insegurança que possa surgir vinda do legislativo, no sentido de controle de constitucionalidade no processo legislativo) e, especificamente a título de exemplo, nos relembra o *nulla poene sine lege praevia*, que, como os demais mandamentos jurídicos que se coadunam com o princípio da segurança jurídica, faz lembrar que se deve buscar a “maior continuidade possível do direito”, bem como esse princípio deve possuir “forma geral e vinculativa” visando resguardar uma previsibilidade ou uma prognose razoável:

“De acordo com o concepção liberal só se deve restringir a liberdade dos indivíduos na medida em que tal for necessário no sentido dos fins prevaletentes da comunidade. Cada um no Estado deveria ficar tão livre quanto possível. Nesse sentido, p. ex., Blackstone definiu a liberdade do cidadão como ‘*natural liberty so far restrained by humans laws and no farther as it is necessary and expedient for the general advantage of the public*’<sup>28</sup>.” (Zippelius, 1997, p. 389) (grifo meu)

Esses princípios garantidores surgem no desvelar da modernidade (no sentido menos vanguardista possível, claro) que os desvelam sem se importar com suas matizes específicas, como se disse anteriormente. A questão principal que se levanta é como toda essa incorporação de garantias deu-se.

Como já fora trazido por este Trabalho, não se retomará o *como a fragmentação da unidade religiosa e a secularização influenciaram no surgimento desse Estado moderno* - e, conseqüentemente, no aparecimento das garantias *contra* o Estado do antigo regime. Nem se terá por objeto o processo (suposto, processo, segundo Bobbio) de “fenecimento gradual do Estado” (Bobbio, *A Era dos Direitos*, 2004, p. 135), o que, segundo ele, acontece em duas frentes diversas de *desconcentração de poder*: a desmonopolização do poder ideológico-religioso (liberdade de pensamento) e a desmonopolização do poder econômico (liberdade de iniciativa econômica). Não se focará no que se foi, mas no que ficou: no monopólio do poder punitivo por parte do Estado (Bobbio, *A Era dos Direitos*, 2004, p. 135).

Através de um processo - que Bobbio resume como sendo um processo de constitucionalização - ocorreu, “[...] tanto no plano ideológico quanto no institucional,

---

<sup>28</sup> Em relação ao “*general advantage of the public*” v. NR 23;

[...] uma inversão de tendência com relação à concepção e à práxis política através das quais se foi formando o Estado liberal e democrático do século XIX.” (Bobbio, *A Era dos Direitos*, 2004, p. 137). Essa constitucionalização, segundo o autor, provém da institucionalização da separação dos poderes e da subordinação do poder estatal ao direito, as quais se deram visando-se evitar o que se evitaria tendo-se legalidade e legitimidade:

“Os institutos através dos quais se obteve esse resultado podem ser diferenciados com base nos dois modos tradicionais mediante os quais se supunha que ocorresse a degeneração do poder: o abuso no exercício do poder [...] e o déficit de legitimação [...]” (Bobbio, *A Era dos Direitos*, 2004, pp. 135-136)

O poder, portanto, passara a ser exercido (ou pelo menos essa era a ideia...) no âmbito de regras jurídicas que delimitam sua competência e orientam suas decisões. Sustenta ainda o autor que “[...] a constitucionalização [...] permite a formação de um poder alternativo, ainda que nos limites das chamadas regras do jogo, ou seja, a formação de um verdadeiro contrapoder, que pode ser considerado [...] como uma forma de usurpação legalizada.” (Bobbio, *A Era dos Direitos*, 2004, p. 137).

Antes de começar a relacionar mais detalhadamente os valores jusracionalistas (e toda essa já entoada canção constitucionalista e liberalista, não exaurida, claro, mas já explorada de modo suficiente aos propósitos deste Trabalho) com as garantias penais<sup>29</sup>, cabe falar do ponto de partida axiológico em relação ao conceito - e principalmente à função - de pena que se adotará daqui em diante: “A finalidade [da pena] não é senão impedir o réu de causar novos danos aos seus concidadãos e demover os demais de fazerem o mesmo” (Beccaria *apud* Bobbio, *A Era dos Direitos*, 2004, p. 148), lembrando que o que importa para esse Trabalho é a eficácia da medida sancionadora na vida social, ou seja, não nos importaremos com o caráter subjetivo da pena, mas sim com o alcance objetivo da sanção. Bobbio, aliás, faz

---

<sup>29</sup> “Penal” aqui talvez não fosse a melhor palavra. Quem sabe “sancionador” seria a mais apropriada delas. No entanto a doutrina dominante não é feita por esta expressão, sobretudo quando se fala em garantias, o que intrinsecamente se liga ao surgimento das Constituições nos Estados modernos. Quando se fala nisso tudo se está acostumado a falar em garantias penais positivadas nas Constituições dos Estados democráticos. Mais a frente se verá que, ontologicamente, as sanções administrativas e as sanções penais são indiferentes (ou seja, são ontologicamente iguais) e que, apesar de diferentes (possuem diferentes regimes...), topologicamente possuem um núcleo duro residente no mesmo lugar: na Constituição;

interessante questionamento quando se demanda sobre a eficácia da força intimidatória da pena em relação ao embate intensidade e extensão da pena (Bobbio, A Era dos Direitos, 2004, p. 148).

Ao contrário de Kant e Hegel, não pretendemos que com a pena se faça justiça retributiva (aquela, raivosa, embasada na “igualdade corretiva”), mas sim que se tenha uma meta em que se vislumbre a prevenção de novos delitos (Bobbio, A Era dos Direitos, 2004, p. 151), afinal a pena não é um fim em si mesma. Beccaria (*apud* Bobbio, A Era dos Direitos, 2004, p. 149) diz sobre o papel fundamental da intensidade da pena e eficácia preventiva em detrimento de sua extensão:

“Um dos maiores freios contra os delitos não é a crueldade das penas, mas a infalibilidade dessas, e, por conseguinte, a vigilância dos magistrados, e a severidade de um juiz inexorável, a qual, para ser útil à virtude, deve ser acompanhada de uma legislação doce.’ Suavidade das penas. Não é necessario que as penas sejam cruéis para serem dissuasórias [...] a intimidação nasce não da intensidade da pena, mas de sua extensão, como é o caso, por exemplo, da prisão perpétua.” (Bobbio, A Era dos Direitos, 2004)

Ainda sobre o tema segurança jurídica e Direito Penal, Bobbio partindo de Montesquieu (“Se os juízos fossem o veículo das opiniões particulares dos juizes viveríamos numa sociedade sem saber com precisão que obrigações assumir”) chega à Beccaria ao discorrer sobre a crítica às decisões não fundamentadas do corpo de magistrados à época. Nas palavras de Beccaria (*apud* Bobbio, O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito, 2006, p. 40):

“A primeira consequência destes princípios é que somente as leis podem decretar as penas sobre os delitos e esta autoridade só pode residir junto ao legislador, que representa a sociedade unida por um contrato social. Nenhum magistrado, que é parte da sociedade, pode com justiça infligir penas contra um outro membro da mesma sociedade. Mas uma pena acrescida além do limite fixado pelas leis é a pena justa, mais um outra pena; portanto, não pode um magistrado,

sob qualquer pretexto de zelo, ou bem público<sup>30,31</sup>, acrescer a pena estabelecida a um cidadão delinquente.”

Através dessa construção feita até aqui, torna-se evidente que a partir de todos esses princípios que decorreram da constituição do Estado moderno, do “fenecimento gradual do Estado” (Bobbio, A Era dos Direitos, 2004, p. 135), o que se torna importante para este estudo é - como já dito - o que ficou: o monopólio do poder punitivo por parte do Estado (Bobbio, A Era dos Direitos, 2004, p. 135).

Esse monopólio do poder punitivo do Estado (*jus puniendi*)<sup>32</sup>, ou simplesmente esse Direito Penal<sup>33</sup> Subjetivo, tem como corolário a não arbitrariedade no manejo do direito de punir estatal (como se viu até aqui, com a teoria que fora revisitada), que só pode ser exercido dentro dos contornos da lei. Essa não arbitrariedade e a conseqüente limitação imposta ao mesmo Estado que tem o monopólio do punir decorrem da construção histórica que culmina em nosso moderno Estado de Direito.

Como nem tudo são flores, Rusche e Kirchheimer (Rusche & Kirchheimer, 1999, p. 61) atentam para o fato de esse “Iluminismo” secularizante (e seu reflexo na área penal) não ser algo tão iluminado assim ao concluírem sobre o processo de “delinquentização” (aqui resumo Foucault, quando o autor francês fala da mudança do

---

<sup>30</sup> Esse “bem público”, ou seu sinônimo um tanto quanto mais utilizado, o “interesse público”, será objeto de discussão quando da fundamentação do Direito Administrativo Sancionador (DAS);

<sup>31</sup> Interessante ressaltar que no item 3.1 deste Trabalho se discutirá exatamente a possibilidade de, dentro de um regime-jurídico diferente do regime penal, se aplicar sanções administrativas em prol de uma coletividade, imbuído de critérios que se baseiem no interesse público. Por óbvio que tanto a sanção penal quanto a administrativa tendem a se preocupar com o interesse público. No item 2.2 se enfatizará, entretanto, que aquela tem um interesse público individualizante, enquanto esta possui interesse público coletivizante;

<sup>32</sup> *Jus Puniendi* o qual tem origens no próprio contrato social (segundo a teoria da qual nos beneficiamos aqui), de cujas palavras de Rousseau (*apud* Reinhold Zippelius, 1997, p. 165-167), já citadas neste Trabalho, nos utilizamos novamente para se ter ideia da clausula geral desse contrato: “ ‘trouver une forme d’association ... par laquelle chacun s’unissant à tous n’obéisse pourtant qu’à lui-même et reste aussi libre qu’auparavant’ (Contrat social, I 6)”;

<sup>33</sup> V. NR 29. Lembrando-se que, daqui em diante, não se fará mais essa ressalva, a não ser que se queria tratar somente de Direito Penal;



foco da pena: antes corporal; agora, delinquente, na alma<sup>34</sup>) ocorrido com a queda do antigo regime<sup>35</sup>:

“[...] a adoção, em fins do século XVII, de um método mais humano de repressão à vadiagem, a instituição da casa de correção, constituía também uma nova mudança nas condições econômicas gerais. A nova legislação para a mendicância expressava uma nova política econômica. Com a ajuda da máquina legislativa e administrativa, o Estado usou o contingente de trabalhadores que estava a seu dispor, com novos propósitos.” (Rusche & Kirchheimer, 1999, p. 61)

Citam, ainda os autores, - e agora os transcrevo a fim de deixar cristalizada a imagem que ambos nos querem passar - uma legislação francesa do século XVII que nos deixa claro o motivo da passagem foucauldiana da pena corporal para a alma: “Um decreto francês de 1724 justificava a punição à mendicância apta com base na ideia de que eles de fato privavam os pobres de pão, pois privavam as cidades e vilas de seu potencial de trabalho.” (Rusche & Kirchheimer, 1999, p. 61).

Em resumo, como se quis demonstrar até aqui (e feitas essas ressalvas, críticas à idealização iluminista), “As instituições do moderno Estado constitucional e de Direito nasceram, em grande parte, como resposta ao desafio a um absolutismo absoluto” (Zippelius, 1997, p. 384). Não se quer aqui discutir os fundamentos sobre os direitos: saber se há ou não um direito que seja absoluto, ou mesmo natural, ou se eles surgem da construção histórica de cada sociedade (até porque há convicção de que não exista natureza humana<sup>36</sup>); nem é mesmo foco a discussão da pena em si, nem seu estado evolutivo até os dias de hoje<sup>37</sup>. Isso não importa muito, pelo menos nessa

---

<sup>34</sup> “O homem de que nos falamos e que nos convidamos a liberar já é em si mesmo o efeito de uma sujeição bem mais profunda que ele. Uma ‘alma’ o habita e o leva a existência, que é ela mesma uma peça no domínio exercido pelo poder sobre o corpo. A alma, efeito e instrumento de uma anatomia política; a alma, prisão do corpo.” (Foucault, 2003, p. 29);

<sup>35</sup> Aliás, o delinquente foi causa ou efeito da queda do antigo regime?;

<sup>36</sup> Nas palavras de Miguel Reale Jr. : “O homem, no dizer de Ortega y Gasset, não tem natureza, tem história, sendo que o passado, a experiência anterior, deságua e forma o presente, pois somos hoje a consequência do que já havíamos sido.” (Jr., 2000);

<sup>37</sup> É clara a influência historicista no Direito, como se quis demonstrar nas linhas que se passaram. Claro, também, é que o foco deste Trabalho não é a pena em si, muito menos se quer um tratado sobre a evolução das penas, entretanto se concluirá - ao final deste Trabalho e dentro de uma proposta de unidade do punir estatal - que o Direito Administrativo Sancionador é opção em relação ao Direito Penal e que pode ser entendido, dentro dessa toada histórica, como evolução à pena e ao Direito Penal;

discussão que aqui se propõe. O que se pretende aqui, em verdade, é saber como se garantirão os direitos tidos por importantes em uma sociedade que os positiva (e se os positiva, é porque ao menos teleologicamente tem pretensões e cumpri-los) e como a evolução nessa maneira de o Estado interferir na vida dos cidadãos pode ajudar uma sociedade a efetivar direitos em tempos de crise de jurídica.

## ***2.2 Sanção penal e administrativa***

As sanções penais e administrativas, dentro de uma pretensão unitária do *jus puniendi*, são ontologicamente indiferentes já que *a priori* "não haveria possibilidade de distinções qualitativas, substanciais entre ilícitos criminais e administrativos." (Osório, 2011, p. 119).

O contexto dessa afirmação é o da elaboração de uma suposta unidade do poder punitivo do Estado entre ilícitos penais e administrativos. Entretanto, antes de se afirmar a pretensão punitiva em bases unas - encontrando denominadores comuns entre o penal e o administrativo - deve-se conceituar a sanção penal e a administrativa a fim de se analisar os pontos em comum e os diferentes, sugerindo-se (ou não) se a hipótese de unidade punitiva é válida e onde se encontra essa suposta união.

Em uma análise ampla, Bissoli Filho afirma ser a sanção penal "[...] um mal ilícito que se contrapõe a um mal ilícito" (Filho F. B., 2010, p. 51) sendo formada por três requisitos básicos, a saber a estatalidade, formalidades e propósito. Para Edmundo Mezger (*apud* Filho F. B., 2010, p. 101) a pena é definida como a "[...] imposição de um mal proporcionado ao fato, isto é, uma privação de bens jurídicos que alcança o autor com motivo e na medida do fato punível que cometeu."

Para Bissoli, cabe se fala em propósitos das sanções penais como sendo eles *retributivo*, *retributivo e preventivo* (conjuntamente) e conciliatórios, além, claro, das finalidades garantidoras do indivíduo perante o Estado (Filho F. B., 2010, p. 72). Nota-se, a partir dessa classificação, que as normas sancionadoras podem ter diversas funções específicas conforme suas destinações dadas pelo legislador, tornando-se especulativa e pretenciosa a tarefa de formular uma funcionalização específica para o gênero sancionatório.

Em relação à função da pena, interessante, aliás, a proposta de Roxin ao incorporar em algo retrospectivo uma prospecção teleológica, sobretudo quando pensa

esse “longe” em termos de política criminal, o que a primeira vista pode parecer contraditório, oportunizando-se, como nos cita Raquel Lima Scalcon, a concretização dos aspectos teleológicos da norma “[...] sob a forma de uma interpretação conforme os próprios fins da norma (interpretação teleológica dirigida a *ratio legis*) [...]” (Scalcon, 2013, p. 62). Scalcon ainda se refere a uma passagem do Roxin na qual ele critica a visão clássica sobre a pena, o (um “positivismo Jurídico acrítico”<sup>38</sup>) Sistema Jurídico-Penal de Liszt: “[...] de que serve [...] a solução de um problema jurídico, que apesar de sua linda clareza e uniformidade é político-criminalmente errada?” (Roxin *apud* Scalcon, 2013, p. 60).

Afirma-se que Roxin criou uma quase tautologia penal ao fundamentar a função da pena na própria função da pena (garantindo a justiça no caso concreto com a concretização dos fins prospectivos-teleológicos), ao aplicar a própria norma tendo por base a finalidade da norma: “[...] a *ratio legis* seria [...] aqueles mesmos fins cuja promoção, no caso concreto, se pretenderia.” (Scalcon, 2013, p. 62). Ou seja:

“Tais finalidades seriam, ao mesmo tempo, ‘ponto de partida’(fundamento) para a construção do sistema e ‘ponto de chegada’ da interpretação e realização do sistema (função), pois, consoante Roxin, ‘a missão interpretativa da dogmática requer já uma sistematização a partir de aspectos teleológicos-político-criminais’.” (Scalcon, 2013, p. 62)

Primeiramente deve-se ressaltar que será esse o conceito de pena que se usará daqui em diante: um conceito que previne, deixando de lado a função retributiva<sup>39</sup>. Posteriormente, no capítulo seguinte, será retomado esse conceito de pena (tecendo-se críticas tanto às funções de prevenção especial quanto geral e, quanto a este, de maneira especial, em seu aspecto positivo) e se relacionará este com o conceito de sanção administrativa. A intenção será fazer uma desconstrução desse conceito e a formulação de uma alternativa ao punir atual, buscando afirmar que o caráter da sanção penal deveria ser meramente retrospectivo, afinal, o Direito Penal não possui (ao menos em nossa proposta) função prospectivas, cabendo essa função ao Direito

---

<sup>38</sup> Cf. Scalcon, 2013, p. 63;

<sup>39</sup> Sendo que a principal característica da sanção, ao menos nesse Trabalho, será a de se referir a algum fato que tenha gerado dano;

Administrativo, a partir de políticas públicas postas em obra pelo Poder Executivo, e ao Direito Administrativo Sancionador.

Fica, portanto, de uma maneira simples, posta uma parte do que seria sanção. Passamos a expor daqui em diante como se concebeu o conceito de sanção em termos administrativos.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello a *sanção administrativa* “é a providência gravosa prevista em caso de incursão de alguém em uma infração administrativa cuja imposição é de alçada da própria administração<sup>40</sup>” (Mello, 2009, p. 841) (grifo meu). Decorre de uma *infração* a algum mandamento administrativo (e/ou legal), que é conceituada como o “descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção cuja imposição é decidida por uma autoridade no exercício de função administrativa - ainda que não necessariamente aplicada nessa esfera.” (grifo meu)

Apesar de aqui parecer que Bandeira de Mello dá azo a uma interpretação no sentido de que uma sanção administrativa poderia ser aplicada por aquele que detém uma função administrativa<sup>41</sup> (e função não pressupõe ser a autoridade parte da administração estrito senso, podendo-se imaginar um juiz no campo da jurisdição aplicando esse tipo de sanção, imbuído sim ele de uma prerrogativa administrativa<sup>42</sup>) e reforçada pela frase seguinte “ainda que não necessariamente aplicada nessa esfera”, *imagina-se* que o autor não forma o conceito de sanção administrativa em torna de um critério subjetivo. *Parece*<sup>43</sup>, ademais, que Bandeira de Mello formula um conceito de sanção levando-se em conta a natureza da sanção e o regime ao qual ela se submete. Perfeito, mas não muito.

Em frase posterior (ainda na toada do “*ma non troppo*”), o autor assevera: “reconhece-se a natureza administrativa de uma infração pela natureza da sanção que

---

<sup>40</sup> Lembre-se que a LIA (Lei 8.429/92) é aplicada por juizes, no âmbito da jurisdição, apesar de se tratar de sanção administrativa;

<sup>41</sup> E esse seria o sentido correto, s.m.j., pois, como dito na NR n° 40, juizes também aplicam sanções administrativas;

<sup>42</sup> Não o juiz aplicando uma sanção disciplinar (apesar de essa também ser considerada sanção administrativa lato senso, cuja caracterização se faz por uma “estrutura mais aberta, flexível, e [...] sujeitas a critérios punitivos vinculados às finalidades de preservação preponderante da ordem administrativa, do bom funcionamento da instituição lesada ” (Osório, 2011, p. 146)), mas sim aplicando uma sanção administrativa no próprio sentido lato do Direito Administrativo Sancionador;

<sup>43</sup> Cf. NR n° 2 e 3 do Cap. XV do “Curso de Direito Administrativo”, op. cit.;

lhe corresponde [...]”<sup>44</sup>, perfeito; entretanto continua “[...] e se reconhece a natureza da sanção pela autoridade competente para impô-la” (grifo meu), *ma non troppo*. Bandeira de Mello usa para definir sanção administrativa um elemento subjetivo, o que não se mostra tão acertado, conforme Medina Osório diz:

“Não obstante a presença inevitável de sanções administrativas nas mãos do Poder Executivo, a posição funcional da Administração Pública, como acusadora ou promotora do procedimento ou processo punitivo, dotada de poderes sancionatórios, não é imprescindível à caracterização da sanção administrativa, visto que nada indica, forçosamente, sua contraposição exclusiva a “sanções judiciais”, em termos conceituais. Trata-se, nesse passo, de um injustificado conceito que deixa de atentar às bases sancionadoras, delimitando toda a ideia de sanção administrativa, por um elemento puramente subjetivo, funcional, relativo à presença da Administração Pública como órgão sancionador em um dos pólos da relação.” (Osório, 2011, p. 86)

Diz Medina Osório ser essa visão subjetiva, em relação ao conceito de sanção, uma visão de matriz processual, comparando o Direito Administrativo a um Direito Adjetivo (utilizando-se das palavras de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello). Osório afirma que, apesar de ser válido olhar o Direito Administrativo pelo viés processual, é nítido o corpo (dimensão material) que esse ramo do Direito ganhou, seja pelo fato de ter havido uma expansão das sanções administrativas, seja, sobretudo, pela constitucionalização desse ramo do Direito (Osório, 2011, p. 87).

Medina Osório, aliás, utilizando-se do conceito de sanção<sup>45</sup> de José Suay Rincón, propõe “quatro elementos fundamentais na estruturação da sanção administrativa”, quais sejam o subjetivo, o objetivo (ou aflitivo), o teleológico

---

<sup>44</sup> Cf. Mello, 2009, p. 840;

<sup>45</sup> Sanção administrativa seria, segundo Rincón, “qualquier mal infligido por la Administración a um administrado como consecuencia de uma conducta ilegal a resultar de um procedimiento administrativo y con una finalidad puramente repressora” (Osório, 2011, p. 83). Medina Osório critica essa finalidade puramente repressora (Osório, 2011, p. 98) que Rincón trás ao tentar “escapar à necessidade do exame das chamadas sanções disciplinares” e por também não achar incompatível uma visão da sanção ao mesmo tempo repressora e pedagógica. Há de se ressaltar que este Trabalho também criticará qualquer conceituação que vise dar à sanção administrativa caráter puramente repressor, não achando incompatível o caráter retributivo da sanção administrativa ao mesmo tempo em que haja o repressor. Afinal, se até mesmo em Direito Penal, ao qual não cabe fazer papel de política criminal é dado o papel repressivo, por que não se daria esse mesmo papel a uma parte do direito de punir do Estado que é o Direito Administrativo Sancionador?;

(finalidade repressora) e o formal, os quais, a medida da necessidade, serão explorados no capítulo seguinte.

Em relação agora não propriamente aos elementos, mas à função das sanções administrativas, Celso Antônio (Mello, 2009, pp. 841-842) diz serem elas a de:

“[...] desestimular a prática daquelas condutas censuradas ou constranger ao cumprimento das obrigatórias. Assim, o objetivo da composição das figuras infracionais e da correlata penalização é intimidar eventuais infratores, para que não pratiquem os comportamentos proibidos ou para induzir os administrados a atuarem na conformidade de regra que lhes demanda comportamento positivo”

Dos conceitos expostos sobre o que seria a sanção administrativa (em especial da contraposição entre Celso Antônio e Medina Osório), cabe citar a doutrina mestra em relação ao surgimento do Direito Administrativo.

René Chapus, na mesma linha de Celso Antônio Bandeira de Mello (e talvez por isso tenha prevalecido no autor pátrio o caráter subjetivo como conceituação da sanção administrativa), recorre ao conceito de infração para partir ao conceito de sanção. Diz ser baseado no conceito de presunção de legitimidade dos atos da Administração que se surge o dever em o administrado se conformar ao que foi decidido pela Administração e adiciona que “L’administré n’est ce pas admis à se faire juge de la légalité des décisions qui s’imposent à lui” sendo que “En cas de refus ou d’abstention par une administré de se conformer aux obligations résultant pour lui d’une décision, l’autorité administrative dispose de divers moyens par lesquels elle peut s’attacher à obtenir le respect de la décision”<sup>46</sup> (Chapus, 1997, p. 1055). Um desses meios, diz René Chapus, seriam as sanções administrativas pelas quais o autor entende “La possibilité d’exercer des poursuites pénales est parfois suppléée ou doublée par celle d’infliger aux récalcitrants des sanctions administratives, prononcées par l’autorité administrative elle-même.”<sup>47</sup> (Chapus, 1997, p. 1055) (grifo meu).

---

<sup>46</sup> “Ao administrado não é admitido julgar a legalidade das decisões que se lhes impõem” [sendo que] “Em caso de recusa ou de abstenção por um administrado de se conformar às obrigações resultadas a ele por uma decisão, a autoridade administrativa dispõe de diversos meios pelos quais pode obrigá-lo a cumprir a decisão” (tradução livre);

<sup>47</sup> “A possibilidade de exercer inquéritos penais é, às vezes, suplantada ou mesmo dobrada por essa de infligir sanções administrativas aos reincidentes, pronunciadas pela própria autoridade administrativa” (tradução livre);

Interessante ressaltar o aspecto “dobrado” a que um fato, por meio da sanção, pode acabar por se submeter (ao mesmo tempo): há possibilidade de intervenção tanto penal-jurisdicional, quanto administrativo.

Talvez pela influência francesa até mesmo na construção do conceito de sanção (ao se descrever primeiro o que seria infração e depois sanção), tenha ficado Celso Antônio adepto a uma visão subjetiva da sanção administrativa.

Em resumo, se fosse certo escolher determinadas funções para a sanção penal e outras para a sanção administrativa se diria que caberiam (mais) àquelas funções de caráter retributivo e a essas, de caráter preventivo<sup>48</sup>. Entretanto, não seria certo (não por questão valorativa, mas por questão de uma quase impossibilidade metodológica) quando se prega uma unidade do poder punitivo do Estado dividir em retribuição as medidas penais e em prevenção as de administrativo. É, alias, impossível uma divisão assim tão bem posta - ao menos do ponto de vista ontológico -, pois mesmo dentro de cada um desses ramos do *jus puniendi* há matizes de Direito Penal e há matizes de Direito Administrativo Sancionador dentro de cada um desses ramos, restando extremamente difícil uma divisão clara de funções. Entretanto é no contexto de crise do Direito Penal e de administrativa dessa tutela penal que se discutirá a funcionalidade e os novos papéis dos ramos do *jus puniendi* estatal.

---

<sup>48</sup> Retrospecção e prospecção aqui são conceitos muito ligados às funções da pena no discurso oficial, aliás, se visa substituí-las por estas, visto se proporem *mais adequadas* quando se procura na sanção uma função. Essa similaridade e as peculiaridades entre prospecção/retrospecção e retribuição/prevenção serão abordadas mais a frente neste Trabalho;

## 3 CAPÍTULO II – Regime Jurídico-Administrativo e a tutela sancionatória

“[...] un homme qui n'aurait vécu qu'un seul jour pourrait sans peine vivre cent ans dans une prison. Il aurait assez de souvenir pour ne pas s'ennuyer.” Camus

### *3.1 Interesse público como elemento diferenciador das sanções administrativas em relação ao direito penal e a liberdade punitiva*

Não cabe aqui destrinchar conceitos de Direito Penal. O que, aqui, a nós nos interessa - sobre Direito Penal - já foi dito no primeiro capítulo quando mencionada a história do Estado moderno. Agora talvez caiba, e em algumas partes mais adiante deste Texto também, um lembrete do que até então fora dito em relação à sanção penal e sua relação com o Estado de Direito. Como feito por Bobbio (e demonstrado neste Trabalho<sup>49</sup>) quando utiliza do advento do juiz como metáfora do Estado de Direito, também, agora, se usa das palavras de Zaffaroni (a partir da mesma metáfora) a fim de resumir o papel fundamental das garantias e das liberdades individuais na influência da formação do Estado democrático de Direito e do próprio Direito Penal:

“[...] à agência judicial só é permitido intervir racionalmente para limitar essa violência seletiva e física, segundo certo critério objetivo próprio e diverso do que rege a ação seletiva do restante exercício de poder do sistema penal, pois, do contrário, não se justificaria a sua intervenção e nem sequer a sua existência [...] A decisão criminalizante da agência judicial é sempre ‘má’, mas menos ‘má’ que a decisão arbitrária do poder das outras agências, de modo que nos pouquíssimos casos a ela submetidos melhor é que os decida, porque poderia ser muito pior se não o fizesse. Reconhecer a legitimidade da intervenção decisória da agência judicial como “valo inclusivo” não implica introduzir nenhuma racionalidade no exercício de poder do sistema penal, e sim apenas limitar sua irracionalidade operativa em

---

<sup>49</sup> “Falamos do juiz porque segundo as modificações de sua posição e de sua função social é que colhemos a passagem do direito não-estatal ao estatal e a passagem, ligada a esta, da concepção dualista do direito (direito natural, direito positivo) à monista (apenas o direito positivo).” (Bobbio, 2006, p. 27) (grifo meu);



curso a tal ponto que a agência possa exercer o seu poder neste sentido.” (Zaffaroni, Em busca das penas perdidas, 2001, p. 246)  
(grifo meu)

Ou seja, o Estado de Direito é, de modo geral, sinônimo de limite. Esse significado que se dá ao Direito (limite) deve ser entendido dentro do contexto do direito subjetivo que o Estado possui em poder punir. Entretanto punir não deve ser visto como um fim em si mesmo: o *jus puniendi* surge no viés de se tutelarem direitos e de se proteger a segurança jurídica de uma sociedade<sup>50</sup>, quer-se dizer que há diversos direitos (de diversos sujeitos de direito) sob tutela, e não somente um único direito (de um só sujeito, que seria o direito de “o Estado punir”). Pauta-se, portanto, a atividade punitiva do Estado (e qualquer outra atividade desenvolvida no interior deste) em um interesse acima das ações que desempenha (punir não é algo “em-si-mesmo”, algo *tout court*).

Zaffaroni e Pierangeli reconhecem um interesse geral<sup>51</sup> (sobretudo quanto ao objetivo em se conservar a paz social e a segurança jurídica) na limitação<sup>52</sup> que sofre o *jus puniendi*, pois mostra até onde o Estado pode ir com a coerção penal. Há, na verdade, um duplo sentido nesse limite do poder de punição cujas expressões se dão quando se afirma que o Estado só pode punir se provar a culpa do autor da conduta ao mesmo tempo em que há limites a essa punição, ou seja, há dois interesses gerais em jogo: o de punir e o de limitar essa punição (ambos válidos e não excludentes).

Acontece que dentro dessa perspectiva de limitações, tem o Direito Administrativo papel mais amplo em relação ao Direito Penal<sup>53</sup>. Enquanto este se

---

<sup>50</sup> Cf. Zaffaroni & Pierangeli, Manual de Direito Penal Brasileiro, 2008, p. 82;

<sup>51</sup> E esse reconhecer de um interesse geral é extremamente importante, pois, como se verá posteriormente, há no diferenciar entre sanção penal e administrativa foco sobre esse interesse, fundamentando-se a própria unidade da pretensão punitiva do Estado nesse conceito. Abordar-se-á ainda como podem ser diferentes a sanção estatal dentro desse norte de interesse geral;

<sup>52</sup> Falar-se em “limitação sofrida pelo *jus puniendi*” é um grande absurdo que aqui se comete (e aqui se comete por mero efeito didático-pedagógico), não obstante, a fim de se deixar mais clara a luz meridiana, o *jus puniendi* como concebido já trás seu limite em si mesmo, ou seja, é aquilo que dá ao Estado direito de punir, e que ao mesmo tempo limita esse direito;

<sup>53</sup> Ao mesmo tempo em que as limitações são mais amplas (no sentido quantitativo), ou seja, em que o campo de atuação deste ramo possui um maior alcance, ele tem em termos de profundidade (ou qualitativamente) uma maior mitigação em garantias. Com essas considerações é possível perceber o Direito Administrativo incide sobre um maior número de relações, mas, em lógica quase reversa, possui limitações em termos de profundidade mais reduzidas que em relação às limitações impostas pelo Direito Penal. Da natureza dessa diferença ainda se tratará mais a frente;

preocupa em limitar as ações do Estado sobre o indivíduo, o Direito Administrativo serve de freio tanto estatal (em relação aos indivíduos) quanto não estatal (sejam eles em relação a outros indivíduos-particulares, seja em relação a particulares - diversos de indivíduos). Nas palavras de Marçal Justen Filho:

“[...] o direito administrativo disciplina um setor de atividades e um conjunto de organizações estatais e não estatais para produzir a limitação dos poderes que são gerados por sua existência. O direito administrativo visa a evitar que a concentração de poderes políticos e econômicos, relacionados com as atividades de satisfação de interesses coletivos, produza o sacrifício da liberdade e de outros valores fundamentais. Sob esse ângulo, o direito administrativo é um instrumento de limitação de poder (estatal e não estatal<sup>54</sup>).” (Filho M. J., 2009, p. 3) (grifo meu)

Apesar dessa diferenciação que se faz entre Penal e Administrativo, se pode, nas palavras de García de Enterría (*apud* Mello, 2009, p. 64), achar um ponto em comum<sup>55</sup> (que na verdade é uma grande interseção) entre os referidos ramos<sup>56</sup>:

“La legalidad de la Administración no es así una simple exigencia a ella misma, que pudiese derivar de su condición de organización burocrática y racionalizada: es también, antes que eso, una técnica de garantizar la libertad. Toda acción administrativa que fuerce un ciudadano a soportar lo que la ley no permite no sólo es una acción ilegal, es una agresión a la libertad de dicho ciudadano.” (Mello, 2009, p. 64) (Grifo meu).

Outrossim, toda prática estatal<sup>57</sup> (toda: desde uma simples emissão de ordem de serviço dentro da Administração até a prisão de um indivíduo) deve se escorar na

---

<sup>54</sup> Interessante notar que na definição de Justen Filho o Direito Administrativo não tem somente aplicação restritiva sobre o Estado (quando afirma ser esse ramo do Direito um instrumento de limitação estatal), mas também sobre o não estatal (o indivíduo as pessoas jurídicas);

<sup>55</sup> “É sabido e ressabido que o direito público em geral e que, pois, assim também o direito administrativo, se ocupa essencialmente da realização do interesse público.” (Mello, 2009, p. 59);

<sup>56</sup> A legalidade em favor de garantias de direitos;

<sup>57</sup> E por que não toda prática individual também? Já que reconhecendo no outro a porção de humanidade que é também atinente ao eu, esse eu deveria agir sempre de maneira a dignificar essa humanidade;

busca dos interesses gerais e de caráter coletivo, incluindo-se nessa busca os próprios interesses secundários da Administração que, segundo Renato Alessi (*apud* Mello, 2009, p. 67) “[...] ‘só podem ser por ele [Estado] buscados quando coincidentes com os interesses primários’, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos.”. Note-se que esses conceitos, para efeitos meramente didáticos, e a primeira vista, parecem ser excludentes, entretanto um congloba o outro. Essa didática separação teria razão até quanto se possa separar “um interesse público” de “um interesse do Estado”, contudo, como já aduzido, um pertence ao outro<sup>58</sup>. À título de dar relevo a essa diferenciação, se transcreve a seguinte passagem:

“[...] dito interesse, o público [...] só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que integram no presente e das que o integrarão no futuro. Logo, é destes que, em última instância, promanam os interesses chamados públicos”  
(Mello, 2009, p. 61)

Apartado desse conceito de interesse público em que Celso Antônio retoma Renato Alessi, o autor pátrio fala da complementariedade que existe entre interesse público e privado asseverando que “na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é do que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade” (Mello, 2009, pp. 60-61) (grifo meu). Dá como exemplo de interesse público (e inserto nele o conceito de interesse individual, o qual, como dito, inserto, faz dele, dentro de uma teoria sistêmica, o que ele é) uma amiúde situação:

“[...] um indivíduo pode ter, e provavelmente terá, pessoal - o máximo - interesse em não ser desapropriado, mas não pode, individualmente, ter interesse em que não haja o instituto da desapropriação, conquanto este, eventualmente, venha a ser utilizado em seu desfavor.

---

<sup>58</sup> “[...] independente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhes são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa.” (Mello, 2009, p. 66). Claro que, como já dito no corpo do Texto, esses interesses secundários só (deveriam) se concretizar quando coincidentes com os primários;

É obvio que cada indivíduo terá pessoal interesse em que exista dito instituto, já que, enquanto membro do corpo social, necessitará que sejam liberadas áreas para aberturas de ruas, estradas, ou espaços onde se instalarão aeródromos, escolas, hospitais etc., cuja disponibilidade não poderia ficar à mercê da vontade dos proprietários em comercializá-los.” (Mello, 2009, p. 61)

Aliás, e como uma luva cabendo a citação nesse Trabalho<sup>59</sup>, o qual tem como caminho uma incursão sobre o direito de punir do Estado, Celso Antônio diz que essas observações (da citação acima) [...]

“[...] podem também ser feitas em relação à existência de multas e de outras sanções por violações de regras que, também elas, visam a oferecer condições de vida organizadas e satisfatórias ao bem-estar de cada um, conquanto ninguém se considerasse individualmente interessado em sofrer tais limitações quando o tolhessem, ou sanções, quando nelas incurso” (Mello, 2009, p. 61) (grifo meu)

É a síntese prática e moderna do contrato social: o direito de punir é dado ao Estado, que o exerce como monopólio, visando manter a organização e o bem-estar, ou seja, de forma sucinta, visa ao interesse público.

É claro, se algo está na lei é por que o legislador teve *interesse* em tutelar algum bem (juridicamente tutelável) e o faz por meio de produção legislativa (por meio de um procedimento legislativo). Não menos claro também é que essa produção (tendo por base um “legislador deôntico”) sempre visará a um interesse amplo (tanto pelo caráter geral que uma norma deve ter, quanto por seu aspecto deontológico), sendo que cabe ao legislador positivar os anseios da sociedade (dentro - sempre - de limites constitucionais postos). Ou seja, é obvio que uma norma, sobretudo uma norma de direito público (e.g. as de Direito Penal, ou até mesmo as de Direito Administrativo), tem caráter de proteger o interesse de todos. Do contrário seriam inconstitucionais. Ademais, como menciona o já citado Celso Antônio: “É sabido e ressabido que o direito público em geral e que, pois, assim também o direito administrativo, se ocupa essencialmente da realização do interesse público.” (Mello, 2009, p. 59).

---

<sup>59</sup> Aqui se desenha um embrião de onde se dará o toque entre sanção penal e administrativa, onde haverá a interseção que fulmina na pretensa união do *jus puniendi*;

Não se excluindo o interesse individual do interesse público (“o interesse público [...] nada mais é do que a dimensão pública dos interesses individuais” (Mello, 2009, pp. 60-61)), Di Pietro quase se moca de uma pretensa divisão dos interesses privados e públicos em normas dos direitos “respectivos”, pois “existem normas de direito privado que objetivam defender o interesse público” (Pietro, 2014, p. 66) e vice-versa. Entretanto ressalta que apesar da fragilidade em se separar os interesses individuais e os públicos dentro do binário “direito privado *versus* direito público”...

“[...] as normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo. Além disso, pode-se dizer que o direito público somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do Direito Civil (que durou muitos séculos) e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive a do Direito, substituiu-se a ideia de homem como fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os *interesses públicos têm supremacia sobre os individuais*.” (Pietro, 2014, p. 66) (grifo meu)

É de se notar que o interesse público, segundo Di Pietro, vem ganhando corpo desde o final do século XIX, quando começam a surgir reações contra o individualismo ilustrado<sup>60</sup> (Pietro, 2014, p. 66). É evidente, aliás, a noção dos movimentos, de *constantes rupturas*, que a história da Ciência Jurídica (e a história do Estado, e das Ciências de uma maneira geral, e, em resumo, da Humanidade) nos dá: antes, no antigo regime, quando havia poucas liberdades individuais; hoje, no decorrer do século XX e atual século XXI, quando cada vez mais se busca aprimorar um Estado de Bem-Estar Social<sup>61</sup> (que dá sinais, desde há muito, de também ter fracassado).

Estas diferenças entre sanções penais e sanções administrativas ficam mais claras quando se faz comparar com o modo de ver a aquisição de direitos das sociedades

---

<sup>60</sup> Para Bobbio o individualismo nestes termos de iluminismos “significa que primeiro vem o indivíduo (o indivíduo singular, deve-se observar), que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado [...]” (Bobbio, A Era dos Direitos, 2004);

<sup>61</sup> “O Direito deixou de ser apenas instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio de consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo” (Pietro, 2014, p. 66);

ocidentais. O Estado, portanto, atua tendo por base o *interesse público*, que seria a parte pública dos interesses individuais. Esse interesse, como já dito, é indeterminado, i.e., não há bases ontológicas que o concebam: ele é teleológico, acompanha um *espírito dos tempos*, sendo função do administrador - e do legislador - captar esse espírito e o traduzir em políticas públicas (tendo em vista a realização de “um bem maior”, um bem-estar, pautado sempre no interesse público, possuindo sempre o ideal de Constituição como garantia).

O interesse público toma-se, às vezes, por finalidade (ou pelo princípio da finalidade), a qual, se elaborado um simples silogismo com a teoria dos atos administrativos, vê-se que todo ato praticado pela Administração (todo ato de império, por favor) terá como elemento formativo uma finalidade mediata (que é o interesse público em si) e outra imediata (sendo que parte da doutrina dá a essa finalidade imediata a sinonímia de objeto - do ato administrativo).

Pressupõe-se, ademais, que a lei seja a positivação desse interesse público. Caberia ao Estado, portanto, agir dentro dessa moldura normativa lhe sendo proibido dispor do interesse público. É o que prega o princípio da legalidade que surge “como decorrência natural da indisponibilidade do interesse público” (Mello, 2009, p. 75) sendo que “A eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei e do Direito.” (Meirelles *apud* Mello, 2009, p. 76), ou seja, “Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.” (Meirelles *apud* Mello, 2009, p. 76).

Se na Administração Pública somente é lícito se fazer o que a lei permite, pode-se dizer, portanto, que “*Administrar é aplicar a lei, de ofício*” (segundo o célebre vaticínio de Seabra Fagundes). A legalidade é o que ao mesmo tempo dá oportunidade de a Administração agir (orienta “sua” conduta), e de ter sua atividade limitada (dentro do historicismo ilustrado já devidamente analisado).

Em relação ao campo de incidência do Direito Administrativo Sancionador, a legalidade acontece tanto nas sanções aplicadas por autoridades judiciais quanto naquelas aplicadas por autoridades administrativas<sup>62</sup>. Não poderia ser diferente, aliás, pois, como já dito, há uma pretensa unidade do *jus puniendi* estatal (e como já se

---

<sup>62</sup> Posteriormente, ainda nesse sub-capítulo, tratar-se-á do conceito que aqui se terá de sanção administrativa e da diferença deste para com medidas que, apesar de guardar certa similaridade com sanções, não são sanções;

afirmara, ontologicamente as sanções penais e administrativas são indiferentes) a qual sugere, em algum ponto, uma convergência de valores que informam os dois lados do *jus puniendi*, ou seja, deve-se chegar a um denominador comum, a uma base deontológica, quando da aplicação desse direito de punir. Essa base seria a Constituição Federal de 1988, a qual dá garantias de punição seja para o Direito Penal, seja para o Direito Administrativo.

Ainda quanto ao conceito de *interesse público*, José dos Santos Carvalho Filho pugna por ser este mais um exemplo dos *conceitos jurídicos indeterminados*, os quais, por não terem exatidão em seu sentido, “permitem que o intérprete ou o aplicador possam atribuir certo significado, mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma.” (Filho J. d., 2014, pp. 55-56). O autor, aliás, afirma ser este interesse o fundamento da prerrogativa do *poder de polícia* exercido pelo Estado.

Apesar de afirmar a inexatidão do conceito apresentado, Carvalho Filho diz ser o interesse público consectário da atuação estatal (e às vezes se confunde com o *princípio da finalidade*<sup>63</sup>), ou seja, o interesse público está presente em toda atuação estatal, sendo seu instrumento, dentro do âmbito da Administração, o *poder de polícia*, afinal, a “intervenção do Estado no conteúdo dos direitos individuais somente se justifica ante a finalidade que deve sempre nortear a ação dos administradores públicos, qual seja, o interesse da coletividade.” (Filho J. d., 2014, pp. 83-84).

Cabem, portanto, dentro do contexto de *interesse público*, algumas considerações acerca do *poder de polícia*. Através da construção histórica aqui abordada do Estado moderno se percebeu que houve a intenção de se protegerem<sup>64</sup> direitos de liberdade e de propriedade quando do desvelar do antigo regime em direção ao hodierno. Das ideias de Caenagem (1999, apud ROBERTO, 2003) se depreende que esse virar de pensamento se embasava, primeiramente, na desigualdade perante a lei (previlégios da nobreza e do clero em detrimento do povo) e, segundo, nas limitações à propriedade. Alessi, nas palavras de Celso Antônio, diz que não se devem confundir os

---

<sup>63</sup> O Professor Hely Lopes afirma que “a finalidade terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o *interesse público*. Todo ato que se apartar desse objetivo sujeitar-se-á a invalidação por desvio de finalidade [...]. Desde que o *princípio da finalidade* exige que o ato seja praticado sempre com a finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros. Pode, entretanto, o interesse público coincidir com o de particulares, como ocorre normalmente nos atos administrativos negociais e nos contratos públicos [...]” (Meirelles, 2014, p. 95). No mesmo sentido v. Filho J. d., 2014, p. 120;

<sup>64</sup> Pelo menos em um discurso oficial;

bens tutelados com o direito em si: “não há limitações administrativas ao direito de liberdade e ao direito de propriedade [...] uma vez que estas [limitações] simplesmente integram o desenho do próprio perfil do direito. São elas, na verdade, a fisionomia normativa dele.” (Mello, 2009, p. 811).

Feita a diferenciação entre o bem a ser tutelado e o direito que o tutela, vê-se que alguns direitos se operam de plano, enquanto a outros incumbe à Administração dar concretude por meio de atos legais. Ou seja, quando se fala em poder de polícia não seria certo, ou melhor “descaberia falar em limitação a direitos, pois os atos restritivos, legais ou administrativos, nada mais significam senão a formulação jurídica do âmbito do Direito.” (Mello, 2009, p. 813). Assim se percebe que, dentro de uma linha de raciocínio publicista, decorrem dos direitos deveres e poderes tanto para a Administração quanto para o administrado.

Dentro dessa perspectiva de que “as limitações ao exercício da liberdade e da propriedade corespondem à configuração de sua área de manifestação legítima, isto é, da esfera jurídica da liberdade e da propriedade tuteladas pelo sistema.” (Mello, 2009, p. 813) é que se convencionou chamar a essas prerrogativas da Administração de *poder de polícia*<sup>65</sup>.

Analisado historicamente, deve-se situar o poder de polícia no cenário de transição entre o antigo regime e o do surgimento do Estado Democrático: no Estado de Polícia dos *déspotas esclarecidos*<sup>66</sup>. E aqui é mais do que necessário, é, sobretudo, interessante - e ao mesmo tempo zeloso - dizer que neste Trabalho não se busca um retorno ao despotismo de outrora. Apesar de no Brasil se gostar de ser saudosista de épocas não democráticas, deve ser lido este, e os demais parágrafos Desse, de maneira prospectiva dentro de um movimento construtivo (ou destrutivo, pois similares). Ademais, pretendemos não cair, ou melhor, nem passar perto das “lamentáveis e temíveis confusões” sobre as quais nos adverte Bandeira de Mello quanto a um empoderamento desmedido da Administração em detrimento dos direitos dos cidadãos (como se disse, temos um olhar prospectivo diante da sanção e, diferente de Celso

---

<sup>65</sup> Bandeira de Mello, citando Agustín Gordillo (Mello, 2009, p. 814), critica essa denominação dada ao poder de “delinear o âmbito da liberdade e da propriedade”. Apesar dessa crítica, é necessário que seja explicado esse conceito, sobretudo, como se disse, visando demonstrar o ponto de vista da construção do *jus puniendi* estatal do lado do Direito Administrativo, já que, do lado do Direito Penal, a própria história do Estado moderno já da conta dos pressupostos penais;

<sup>66</sup> O poder de polícia “Traz consigo a suposição de prerrogativas dantes existentes em prol do ‘príncipe’ e que faz comunicar inadvertidamente ao Poder Executivo.” (Mello, 2009, p. 814);



Antônio, não julgamos a sanção administrativa de maneira subjetiva, i.e., dentro de uma estrita função administrativa, já que aqui no Brasil, a jurisdição não é uma, como na França).

Falando-se em França, e tendo-se por assunto ainda esse mecanismo de ação estatal, René Chapus (Chapus, 1997, p. 621-622) define *polícia administrativa*<sup>67</sup> como sendo “l’activité de service public qui tend à assurer le maintien de l’ordre public [...] em prévenant les troubles qui pourraient l’atteindre, sinon, en y mettant fin”<sup>68</sup> sendo que essa ação de manter o serviço público se concretizaria “par l’édiction de normes juridiques, pénalement sanctionnées”<sup>69</sup>. Interessante ressaltar que a dogmática penal francesa trata genericamente por contravenção as infrações às regras administrativas (tenham elas caráter regulamentar ou individual) dando a essas infrações caráter amplo de anti-juridicidade penal (mesmo que não se lhes apliquem penas).

Claro que o Direito Administrativo Sancionador não é sinônimo de *poder de polícia*. O que se propõe aqui, e que é quase senso comum, é que a sanção administrativa decorre do poder de polícia, e que esse poder de a Administração sancionar e reprimir retoma tempos em que não havia uma exata separação de poderes. Mas dentro de um movimento repleto de rupturas, se vê que o conceito é tomado por não apartado da evolução do Estado democrático de Direito:

“Desde as origens da Revolução Francesa, com o fortalecimento de um Direito Penal legalizado e judicializado, inúmeros poderes sancionatórios foram transferidos aos juízes e tribunais. Sem embargo, muitas administrações mantiveram seus próprios poderes sancionadores, sendo que essa realidade avançou no século XX, de modo disperso, embora constante e, sem dúvida, permanece atual esse movimento normativo e organizacional. Note-se que é inevitável a existência de poderes sancionadores nas mãos das Administrações Públicas, seja pelas consequências práticas desastrosas que ocorreriam com um absurdo congestionamento do Poder Judiciário, seja porque

---

<sup>67</sup> Segundo Celso Antônio, a *polícia administrativa* seria o *poder de polícia* em sentido restrito (Mello, 2009, p. 815), ou seja, quando o Poder Executivo poderia intervir a “fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais” (op. cit.) (grifo meu). Em França, ademais, não se utiliza o termo poder de polícia para designar este intervir estatal;

<sup>68</sup> “[...] a atividade de serviço público que tende assegurar a manutenção da ordem pública [...] prevenindo problemas que possam lhe ocorrer, senão, pondo fim a esses problemas” (tradução livre);

<sup>69</sup> “[...] pela edição de normas jurídicas, penalmente sancionadas [...]” (tradução livre);

tais funções sancionatórias realmente são necessárias na dinâmica administrativa.” (Osório, 2011, p. 86)

Dentro dessa perspectiva de surgimento do Estado Moderno<sup>70</sup> e de separação de poderes pode ser traçado um interessante paralelo entre as sanções penais e administrativas. Sabe-se que ambos ramos sancionadores se interpenetram, se influenciam constantemente, seja pela liberdade punitiva que cabe ao legislador, seja pelas indiferenças ontológicas<sup>71</sup> entre o Penal e o Administrativo Sancionador.

Sabe-se ainda como aconteceu o surgimento de um Direito Penal na construção da sociedade moderna: visando dar garantias ao cidadão ante a ação do Estado. E como, dentro de um caminho não muito diferente<sup>72</sup> de limitações ao Estado, o Direito Administrativo veio para garantir a liberdade e a propriedade dos cidadãos. Entretanto ficou claro que o exercício da liberdade e da propriedade, e sua limitação administrativa, são diferentes dos direitos à liberdade e os à propriedade: é que em se tratando de direito à liberdade e à propriedade há implícito o limite dentro do próprio conceito “[...] uma vez que estas [limitações] simplesmente integram o desenho do próprio perfil do direito. São elas, na verdade, a fisionomia normativa dele.” (Mello, 2009, p. 811).

Se retomou aqui o que fora dito quando abordado o conceito de poder de polícia, mas deve-se ficar claro que a sanção administrativa com ele não se confunde. Deve-se buscar aqui identidade histórica no sentido o qual já fora mencionado: apesar de não se confundirem, o conceito de poder de polícia é tido como instrumentalização do interesse público na consecução das função da Administração. De uma maneira simples: enquanto o Direito Penal se preocupa em limitar as ações do Estado sobre o indivíduo, o Direito Administrativo serve de freio tanto estatal (em relação aos indivíduos) quanto não estatal (sejam eles em relação a outros indivíduos-particulares,

---

<sup>70</sup> Aliás, não se sabe muito bem se o fenômeno aqui estudado, a administratização da tutela penal, deve ser entendido a partir do surgimento do Estado Moderno, ou a partir do término do Ancien Régime, afinal, apesar de temporalmente terem o mesmo marco, um é de prospecção, outro, de molde academicamente saudosista;

<sup>71</sup> (Osório, 2011, p. 115);

<sup>72</sup> Não muito diferentes, mas diferentes, pois o Direito Penal pode ser visto como garantias contra o Estado, enquanto no Direito Administrativo Sancionador existem limites aos limites, dentro do já explorado conceito de interesse público, e que, logo mais, se fará comparação em termos de direitos geracionais;

seja em relação a particulares - diversos de indivíduos) e acaba sendo entendido como um limite ao limite<sup>73</sup>.

Definido o conceito de certa forma satisfatória, e dito em quais campos se utiliza deste *interesse público*, cabe agora analisá-lo mais detalhadamente, destacando-se o tipo de interesse público que dá à sanção penal e à sanção administrativa sua cor característica.

Como já dito, todo o Direito (seja público, seja privado) tem como base o interesse público, de maneira direta ou indireta, pois, como afirma Di Pietro, “existem normas de direito privado que objetivam defender o interesse público” (Pietro, 2014, p. 66) e vice-versa<sup>74</sup>. Contudo, já tido por suficientemente explorado o conceito em termos de se identificar - no sentido de perseguir semelhança - o Direito Penal com o Direito Administrativo Sancionador, agora buscar-se-á não ir atrás de uma pretensa unidade do *jus puniendi* pelo que de similar há no modo de punir do Estado, mas pelo que existe de diferente nessas manifestações de punição por parte do moderno Leviatã.

Afirmar rigidamente a unidade do poder de punir do Estado, ou ao menos fazê-la de olhos fechados, é advogar academicamente contra si mesmo. O *jus puniendi*, ao menos o que é objeto deste Trabalho<sup>75</sup>, tem diversos matizes dentro até mesmo de cada subsistema punitivo. Dizer isso é simplesmente reconhecer que, e.g., dentro do regime jurídico penal existem diversas nuances de penas que são aplicadas nas mais diversas situações<sup>76</sup>, ou seja, dentro de um próprio regime jurídico há diferenças no modo de se tutelar os diversos bens aos quais se propõe assegurar. É o que nos adverte Fabio Medina Osório:

---

<sup>73</sup> Ou seja, entendido de uma maneira coletivizante, não individualizante nos moldes do Direito Penal. Ressalta-se que a limitação no Direito Administrativo tem origem anterior àquela limitação do Direito Penal. Claro, pois quando se adota como marco histórico da sanção administrativa o Estado de Polícia se toma um ponto dentro de uma linha de raciocínio histórico pouco anterior ao advento do Estado moderno, que vem quebrar paradigmas

<sup>74</sup> Pressupondo-se uma *eficácia horizontal dos direitos fundamentais* (que seria a realização de valores positivados na Constituição também nas relações privadas dos cidadãos);

<sup>75</sup> O que aqui será objeto é o Direito Sancionador - ou Direito Público Punitivo, nas palavras de Medina Osório - não se tendo como objeto de estudo conceitos de penas e sanções de outros ramos do Direito que não o Penal e o Administrativo. Poder-se-ia dizer, ademais, que o foco seria Direito Sancionador de heterotutela (no sentido de se tutelar a ordem social geral), já que aqui não se abordarão as sanções disciplinares (autotutela) (Osório, 2011, p. 139);

<sup>76</sup> Fábio Medina Osório nos exemplifica dizendo que “[...] uma condenação por contravenção não produz os mesmos efeitos que uma condenação penal.” (Osório, 2011, p. 144);

“O discurso geral e generalizante da unidade do *ius puniendi* estatal esbarra em dificuldades de ordem prática e teórica, visto que os regimes jurídicos do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador são efetivamente distintos, não apenas entre si, mas dentro de suas próprias estruturas internas, onde há classes muito diferenciadas de ilícitos que recebem tratamentos normativos peculiares e substancialmente diferentes.” (Osório, 2011, p. 120)

É fácil de perceber a fraqueza do discurso da unidade - quando generalizante. Ainda mais uma unidade em termos *positivos*, quando não se pode negar as diferenças até mesmo internas dentro de cada ramo do direito sancionador. Não se deve, portanto, afirmar a unidade em termos do que existe de comum em características na sanção penal e administrativa (destacadamente seu elemento finalístico), mas sim do que não se pode olvidar (em termos *negativos*) quando se trata do tema punitivo: das garantias. É nessa seara que se situa o pretense poder de punir uno do Estado.

Certo é que, de uma maneira positiva, a unidade entre sanções penais e sanções administrativas poderia ser pretendida, ou pensada, em termos do interesse a ser tutelado pelos dois ramos. Ambos, aliás, buscam restaurar a paz no ordenamento, reprimindo o transgressor e tutelando determinados valores sociais. Isso é extremamente evidente, sobretudo quando se tem em vista o já abordado interesse público que é inerente aos dois tipos de sanções.

Na toada de *generalisticamente ambos defenderem interesses públicos* - restaurando a paz ao mesmo tempo em que se reprime o comportamento do transgressor - (e até se ressaltando uma pequena diferença, já *quase* posta em relevo em alguma nota de rodapé deste Trabalho) há de se ressaltar que “as sanções penais teriam uma funcionalidade [de] [...] assegurar a paz social e os valores sociais mais amplos” enquanto que “dentre as sanções administrativas seria possível detectar ambições e objetivos mais amplos, relacionados com valores gerais da coletividade [...]” (Osório, 2011, p. 142) (grifo meu).

Não obstante a enorme afinidade entre os ramos, o que nos chama atenção aqui, e até o que faz gerar essa dita unidade do poder de punir, não se encontra no similar entre os dois, mas sim em seus temperos peculiares, eminentemente dogmáticos<sup>77</sup>, como ainda será, além de afirmado, fundamentado. Ambos os ramos

---

<sup>77</sup> Dogmáticos, pois das diferenças entre os tipos de sanções, em termos históricos, já se foi explorado;

tendem a proteger esse interesse público de maneiras diferentes ao passo em que se fala em tutela penal e tutela administrativa.

O que aqui se quer cristalino é que se perceba que essa maneira de se tutelar o interesse público, no sentido do *jus puniendi*, é extremamente normal, seja na confrontação das sanções penais com as administrativas, seja dentro dos próprios ramos punitivos. Ou seja, o grão de sal que tempera ao mesmo tempo as sanções penais e as administrativas se encontra não - como já se disse - de maneira *positiva*, em termos ontológicos (já que afirmamos serem as sanções do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador iguais em termos ontológicos), mas positivada *negativamente*, em termos de garantias, daquilo que não pode existir dentro de uma sanção (uma infração a um direito de defesa, proporcionalidade, tipicidade...).

Sobre o que há de unidade, Medina Osório assevera:

“[...] o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, se bem que não se valham invariavelmente das mesmas técnicas, nem encontrem os mesmo regimes jurídicos, acabam adentrando núcleos estruturantes dos direitos fundamentais dos acusados em geral, na perspectiva de submissão às cláusulas de do devido processo legal e do Estado de Direito<sup>78</sup>. O Direito Punitivo, assim, encontra um núcleo básico na Constituição Federal, núcleo normativo do qual emanam direitos constitucionais de conteúdos variáveis, embora também com pontos mínimos em comum e aqui talvez resida a confusão conceitual em torno ao debate sobre Direito Público Punitivo. E é precisamente aqui que se deve compreender a unidade do Direito Sancionador: há cláusulas constitucionais que dominam tanto o Direito Penal, quanto o Direito Administrativo Punitivo. Tais cláusulas, se bem que veiclem conteúdos distintos, também veiculam conteúdos mínimos obrigatórios, onde repousa a ideia de unidade mínima a vincular garantias constitucionais básicas aos acusados em geral.” (Osório, 2011, p. 137) (grifo meu)

Ademais, é esclarecedor dizer que da mesma maneira que o *jus puniendi* se sustenta em termos negativos (de suas diferenças) ao reconhecer que dentro do punir

---

<sup>78</sup> É claro que ambos os Direitos, apesar de não terem como marco histórico, prospectivamente, o surgimento do Estado de Direito, tiveram, sim, a queda do Ancien Régime como pressuposto;

estatal existem diferenças ontológicas significativas<sup>79</sup>, se reconhece o mesmo fenômeno de maneira similar dentro de cada ramo punitivo (sob seu respectivo regime jurídico existem matizes das mais diversas cores) quando da aplicação de determinado princípio. Sobre a diferenciação de princípios constitucionais quando de sua aplicação nos diferentes ramos do *jus puniendi*, Medina Osório diz que “É normal [...] que um princípio constitucional apresente algumas diferenças quando incida sobre suportes fáticos e normativos distintos” sendo que “[...] a variação do conteúdo desses princípios não significa [...] o reconhecimento de princípios diversos [...]” (Osório, 2011, p. 140). Medina Osório (Osório, 2011, p. 135, N.R. 69) ainda ressalta que até mesmo autores mais radicais os quais advogam a *penalização*<sup>80</sup> do *Direito Administrativo Sancionador*, reconhecem que os princípios de Direito Penal se aplicam às sanções administrativas com a peculiaridade que cabe a esse ramo.

Antes de continuar com nossa análise linear do *Direito Administrativo Sancionador*, cabem mais algumas considerações sobre esta nota de rodapé citada. Fabio Medina, citando José Suay Rincón, tributa a este a ideia da penalização do *Direito Administrativo* da qual decorreriam super garantias<sup>81</sup> quando da sua aplicação. Medina assevera que apesar de haver identidade substancial entre ilícitos penais e administrativos essa *regra de penalização* se mostra fora de contexto, sendo que a verdadeira regra parece ser *a existência de matizes* nos diferentes ramos do direito punitivo<sup>82</sup>. Ou seja, quer dizer que um princípio, que por questões de demora no desenvolvimento de uma independência do ramo do *Direito Administrativo*, que topologicamente está na *Constituição* e que historicamente se construiu no cenário de liberdades e garantias perante o Estado, deve respeitar o *regime jurídico* ao qual fará referência quando da *aplicação de normas que constituem esse regime* (e dentro desse

---

<sup>79</sup> Em uma perspectiva constitucional;

<sup>80</sup> Penalização consistiria em se trazer as garantias dadas historicamente ao *Direito Penal* para o *Administrativo*;

<sup>81</sup> Super garantias no sentido de que, como já dito, nem mesmo dentro de um mesmo ramo do direito os princípios tem o mesmo alcance e significado, o que possibilitaria a outros ramos do *Direito* utilizar de princípios de modo a se mitigarem seus efeitos;

<sup>82</sup> Mostrando aí o embate contraditório a que Suay nos leva ao reconhecer a diferença quando da aplicação de um princípio penal (construído historicamente e positivado nas constituições tendo em vista uma garantia de cunho penal) na seara administrativa, embora pugne por uma penalização das garantias administrativas (que embora administrativas, foram construídas tendo foco o *Direito Penal* e as garantias individuais);

ramo de aplicação, respeitar o caráter dogmático de ampliação ou restrição do alcance desse princípio)<sup>83</sup>.

Nesse contexto binário-histórico de “reconhecimento e desconhecimento” entre sanção penal e administrativa, se resolve o impasse entre os ramos punitivos ao se reconhecer, dentro do *jus puniendi* estatal, os diferentes regimes jurídicos típicos de cada sanção. Usaremos aqui o reperto histórico como base dessa distinção<sup>84</sup>.

Quanto à questão histórica, embora já abordada aqui, em termos de Estado de Direito e de Estado de Polícia, cabem mais algumas considerações a fim de fundamentar as diferenças na amplitude em que esses princípios alcançam quando de suas aplicações nos diferentes tipos de sanções.

Não se separando agora o que viria a ser um Direito pautado em garantias dentro da construção de um Estado de Direito ou de um Estado de Polícia, utiliza-se de construção linear já conhecida para se referenciar às matizes no tratamento dogmático e principiológico, o qual oportuniza diferentes regimes para as diferentes sanções.

É evidente o aspecto linear-constutivo que se adota quando se abordam as sanções penais e administrativas em termos de direitos geracionais. Paulo Bonavides<sup>85</sup> adota tal desenvolvimento ao fazer paralelo entre as gerações de direitos surgidos a partir de um movimento de *universalização*<sup>86</sup> de supostos *direitos fundamentais*. Supostos, pois como já abordado, aqui neste Trabalho se pugna por conceitos historicistas dentro da perspectiva científica<sup>87</sup>, o que não é compatível com direitos de cunho natural, inerentes ao ser humano, ora baseados numa divindade, ora na razão...

Aliás, Bonavides começa o capítulo 16 de seu Curso de maneira muito interessante e no mesmo tom que aqui se dá aos direitos fundamentais. Depois de

---

<sup>83</sup> V. p. 126 da obra já citada aqui de Fábio Medina Osório;

<sup>84</sup> E quando se fala em distinção é bom estar preparado para se reconhecer não só uma distinção formal, dogmática, entre pena e sanção administrativa, entre regimes penal e administrativo. É importante ter em mente o conhecimento fático-histórico que proporciona essas diferenças. Essa, aliás, é a tônica deste Trabalho, o qual buscará ligar a diferenciação dos regimes a uma historicidade típica de cada tipo de sanção, reconhecendo a legitimidade de ambos, suas independências não só dogmáticas, mas, sobretudo, sancionatórias;

<sup>85</sup> Cf. Bonavides, 2010, p. 560;

<sup>86</sup> Cabe ressaltar que a universalização de que se trata aqui é extremamente diferente daquela que ganha corpo, até mesmo em termos internacionais, depois da Segunda Grande Guerra. Este indica que “os direitos humanos são direitos universais, cuja proteção não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional.” (Piovesan, 2003, p. 92). Neste Trabalho, quando se fala em universalização, contrapõe-se a um pressuposto, a um direito natural;

<sup>87</sup> Quase que como em uma *vernissage*;

noticiar sobre uma *poli-expressão* (o contrário de polissemia, objetivando mostrar que há um significado para diversas expressões que se dá, seja ela direitos humanos, seja direitos fundamentais...) em torno da origem geográfica do homem, o autor traz dois conceitos do termo, citando Konrad Hesse: o de “Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana [...]” e, outro significado, dizendo que “[...] direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais.”. Interessante este começo de capítulo é, pois traz dois conceitos, um aos moldes naturais, outro aos moldes positivos, do que seria um *direito fundamental*. Claro que ficamos com a segunda opção, afinal, se for para se dizer que o conceito base das sanções administrativas - o interesse público - é um *conceito jurídico indeterminado*<sup>88</sup>, aberto e por isso não pode fundamentar uma parte do direito de punir do Estado, não se vê menos aberto o conceito de direito fundamental aqui exposto (seja de maneira positiva, seja de maneira natural) e que fundamenta o Direito Penal<sup>89</sup>.

Sabe-se que o Estado de Direito surge quando da queda do Antigo Regime. A partir da ruptura dos valores que embasavam esse regime, surgiram novos valores, que acabaram por fundamentar um *Estado de Direito liberal* (moderno). Bonavides, ao citar Carl Schmitt, diz ser acertada a conclusão a que este chega (quando trata da posituação desses valores de liberdade no constitucionalismo moderno) ao passo que conclui serem os direitos fundamentais (direitos do homem livre isolado) direitos que se possuem em face do Estado: “[...] numa acepção estrita são unicamente os direitos da liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito do Estado burguês de Direito, referente a uma *liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção limitado* [...]” (Bonavides, 2010, p. 561). Seriam, segundo Schmitt, “direitos absolutos” (SIC!) que só perante a lei se relativizariam.

Esses direitos em face do Estado, esses direitos de liberdade, seriam os *direitos de primeira geração*, “primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.” (Bonavides, 2010, p. 563). De um ponto de vista histórico, aqui já mencionado (mas de

---

<sup>88</sup> Segundo Carvalho Filho os *conceitos jurídicos indeterminados* “permitem que o intérprete ou o aplicador possam atribuir certo significado, mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma.” (Filho J. d., 2014, pp. 55-56);

<sup>89</sup> Lembre-se que todo o Direito Público, ou melhor, todo o Direito, tem como finalidade o interesse público;



bom coração tomado novamente), seriam os *direitos provenientes com o surgimento do Estado Moderno*, decorrente da ruptura dos valores do Antigo Regime. São inerentes ao indivíduo - sendo eles seus titulares - não obstante sejam oponíveis ao Estado. Ostentam, portanto, subjetividade como atributo principal podendo ser encarados como “direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil [...]” (Bonavides, 2010, p. 464).

Dentro de uma linha de contraposição, visando balancear os valores instituídos ou talvez adequar aquilo que posto em termos deontológicos (mas preenchido com conteúdo diverso daquilo que se precisava) dentro de um primeiro esquema de direitos, no âmbito do Estado que garante, surgem os *direitos de segunda geração*.

“São direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal” (Bonavides, 2010, p. 564). Justo e perfeito. Vem para complementar o que fora dito sobre os direitos de primeira geração. Clara se torna a definição em termos históricos: surgem movimentos históricos novos (segunda geração), rupturas num feixe de história daquilo que já *não cabe mais*<sup>90</sup> (direitos de primeira geração).

*Não decorre especificamente dos direitos de segunda geração* o subsídio do Direito Administrativo Sancionador, mas a manifestação dessa geração de direitos pode ser interpretada como decorrência de um exacerbado, até mesmo cego, enaltecimento de valores contrapostos aos valores do regime anterior, i.e., de um exagero dado aos direitos individuais. Como se disse, o poder de punir, em termos de Direito Administrativo, decorre, dito superficialmente, do *poder de polícia* que temporalmente ocorre antes do advento do Estado moderno. O surgimento do Estado de Polícia é que dá azo, é o gérmen, do Direito Administrativo Sancionador e é esse o reperto histórico que lhe convém.

Claro que inserta dentro do *jus puniendi* estatal, e como já dito, pelo fato de o Direito Penal ter desenvolvido métodos de garantias dos indivíduos em relação ao Estado (esses citados direitos de primeira geração), a sanção administrativa, como

---

<sup>90</sup> Não se quer aqui nem se parecer radical. Claro que os direitos de primeira geração devem ser buscados, pois, afinal, nem mesmo eles temos concretizados em nosso Estado *Democrático e de Direito* brasileiro;

instrumento de controle social, é deixada de lado, pois, apesar de não se ter formado uma teoria sobre o que seria essa sanção e de se saber se, de fato, ela seria apta a incorporar o poder de punir estatal de forma independente (como nos dá notícia ser o Direito Penal e suas sanções).

É nessa senda de reconhecer e desconhecer (de conhecer)<sup>91</sup>, de construir e desconstruir, que se mostra apto o Direito Administrativo Sancionador em cumprir com as finalidades preventivas e de (uma suposta e pretensiosa) ressocialização, restando a finalidade alienativa (em termos de segregação) restrita ao Direito Penal (Osório, 2011, p. 144)<sup>92</sup>, tendo em vista o caráter limitador da dogmática constitucional.

De um modo geral a escolha em se tutelar esse ou aquele bem, e através de determinada maneira, depende de diversos fatores, aliás, essa “maior ou menor gravidade das infrações depende, em regra, de escolhas legislativas discricionárias, de valores sociais dominantes, da tipificação e sancionamento dos comportamentos proibidos.” (Osório, 2011, p. 145) (grifo meu). Medina Osório dá um exemplo claro dessa discricionariedade legislativa quando diz que “Uma corrupção não é o mesmo que um mau uso de verbas públicas. Um ilícito doloso não é idêntico a um culposo. As finalidades das sanções administrativas variam [...] conforme se trate de infrações mais graves [...] ou infrações mais restritas [...]” (Osório, 2011, p. 145).

Há em ambos os ramos da sanção pública variações em termos de tutela. Cabe ao legislador eleger a melhor maneira de se tutelarem os diversos bens jurídicos (Osório, 2011, p. 144). Essa valoração ocorre dentro do processo legislativo, o qual, mesmo se reconhecendo sua discricionariedade, é dotado de limites. Claro, os mesmos limites dogmáticos expostos na Constituição Federal, sobremaneira os referentes aos direitos fundamentais. Não só limites dogmáticos, mas a função jurisdicional no controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, tem botado limites a certa criatividade legislativa (que muitas vezes vai além dos limites que lhes são permitidos).

Quanto à diferenciação de incidência de uma pena ou de uma sanção já se deu notícia da discricionariedade do legislador, afinal, quando se trata de uma maneira

---

<sup>91</sup> Assim mesmo, quase que num sentido “Victor Huguiano”...;

<sup>92</sup> Aqui não reconheceremos, como o fez Fábio Medina Osório, o caráter ressocializante da sanção como apartado de seu mote preventivo, no caso, como nos ensina Juarez Cirino dos Santos (Santos, 2006, p. 457). Aqui se dará foco no discurso preventivo da pena, deixando de lado as questões referentes à retribuição e ressocialização, esta por ter caráter patético, aquela por, em termos normativos e de funcionalidade de norma, não ter-se nada importante sobre o que se discorrer neste Trabalho;

genérica do punir estatal, o que se deve ter em mente é sempre o interesse público e os limites dogmáticos constitucionais. Apesar de haver certa liberdade em se escolher o bem e a tutela referente a esse bem, cabe citar o norte que pode ser usado como referência na imposição do Direito Administrativo Sancionador.

Segundo Fábio Medina Osório, a incidência de uma sanção administrativa, apesar de haver essa liberdade punitiva do legislador, pode ter como norte<sup>93</sup> três critérios específicos, quais sejam *a presença formal, direta ou indireta da Administração Pública lato sensu, a presença de uma atividade administrativa, e a previsão de um regime jurídico publicista* (Osório, 2011, p. 77). Não existe, como falado, uma vinculação posta ao legislador (a não ser, claro, os limites constitucionais). Se reconhece (pois até mesmo do ponto de vista prático seria impossível afirmar essa hierarquia) que não deva existir uma relação de subordinação entre uma pena e uma sanção, “[...] a sanção administrativa não há de guardar rigorosa proporcionalidade com a sanção penal, ainda que seja um mesmo bem jurídico objeto da dupla proteção normativa.” (Osório, 2011, p. 143).

Essa maior ou menor gravidade atentatória à ordem pública e a eleição da forma com que irá se tutelar referido bem infringido é que dão o tom do grande desafio que hoje se revela perante o direito sancionador: como se “[...] aproximar e tornar mais harmônicas tais atividades - administrativa e judiciária -, na tutela de idênticos bens jurídicos, o que pode ocorrer desde distintas vertentes teóricas, institucionais e normativas.” (Osório, 2011, p. 147)<sup>94</sup>. Não só merece atenção a questão da *possibilidade da existência de um non bis in idem* (destacada na citação anterior) quando se trata da aplicação de normas de caráter sancionador dentro da Administração Pública em relação às normas penais, marcadamente, quando das sanções disciplinares, mas se ressalta aqui a dificuldade em se aproximar duas linhas de Direito Sancionador tendo como ponto de partida um legislativo tão limitado.

Reconhece-se ao Direito Sancionador - em suas variadas aparições dentro do objeto desse estudo - um *limite puramente dogmático* (Osório, 2011, p. 146) o qual, dentro de uma pretensão una da manifestação estatal em se punir, esbarra somente nos limites impostos pela Constituição. Claro que apesar desse limite dogmático ensejar

---

<sup>93</sup> E aqui não se sabe de Medina deu alguma dica aos nossos legisladores ou aos nossos juristas;

<sup>94</sup> Nesse sentido se pode já começar a pensar naquilo que se explorará no seguinte capítulo: a administratização da tutela penal;

“[...] a incidência de alguns princípios de direito público sobre esses dois instrumentos normativos [...] resulta claro que esses princípios possuem contornos próprios, distinções, regimes jurídicos diferentes [...]” (Osório, 2011, p. 147).

Ademais, como já dito antes, o Direito punitivo dá notícia de diferentes origens em relação as suas formas de punir, sendo que natural os princípios tidos por eminentemente penais<sup>95</sup> (dentro da construção do Estado de Direito moderno e da ruptura dos paradigmas do Antigo Regime) serem aplicados com matizes diferentes quando *sub color* distinta.

“A unidade (parcial) impõe traços em comum e umas mínimas garantias, mas as diferenças impõem tratamentos desiguais justificados, desenvolvimento de princípios próprios do Direito Administrativo Sancionador, que é, antes de tudo, direito administrativo por excelência, até porque já não se discute que ilícitos penais e administrativos se encontram debaixo de regimes jurídicos, em sua maior parte, distintos, conquanto balizados por princípios estruturalmente muito próximos e radicalmente comuns em suas origens constitucionais” (Osório, 2011, p. 147)

Cabe, aliás, reflexão de extrema importância que Medina Osório nos faz ter sobre o devido assunto. Diz ser - citando Alejandro Nieto - transitória a aplicação de princípios penais às sanções de Direito Administrativo, visto que o Direito Administrativo Sancionador vem cada vez mais recuperando sua identidade ontológica, ou seja, de Direito Administrativo. Adiciona Alejandro Nieto (*apud* Osório, 2011, p. 147) que o Direito Administrativo Sancionador “toma en préstamo los instrumentos que le proporciona el derecho penal sencillamente porque le son útiles por causa de su maduración más avanzada y de su superioridad teórica”, cabendo, apesar das similaridades, matizes que lhes são próprias.

Apesar de Medina Osório distinguir ambas sanções pelo aspecto da *discricionariedade legislativa*, não se deve olvidar o que já fora dito até agora sobre o desenvolvimento histórico dos dois tipos de sanções (Estado de Polícia e direitos geracionais, mormente).

---

<sup>95</sup> “[...] a aplicação, em seu campo, de princípios de direito penal, se dá por razões de mera oportunidade e conveniência, ligadas à superioridade teórica desse ramo jurídico (de desenvolvimento teórico) [...]” (Osório, 2011, p. 147);

Claro que não menos importante se mostra o aspecto legislativo. Sobre o assunto Osório diz que:

“Os alemães gastaram séculos debatendo a natureza jurídica dos ilícitos penais e administrativos, construindo teorias, mas os resultados de suas pesquisas desmoronavam-se como ‘un castillo de naipes cuando el Legislador ha tenido el capricho de convertir de golpe algunas infracciones en delitos, y en otros casos a la inversa. Así las cosas, ya nadie puede dudar que las cualificaciones no dependen del contenido material de los ilícitos (ni de sus funciones, ni de sus finés) sino que son meras etiquetas que el Legislador va colocando libremente por razones de una política punitiva global en la que se utiliza a las normas como meros instrumentos. En definitiva: después de haber estado analizando y discutiendo durante más de cien años la naturaleza y la identidad o desigualdad ontológica de los delitos e infracciones administrativas, se ha llegado a la conclusión de que todo este trabajo ha sido (casi) inútil por estar mal planteado, al haberlo centrado en el terreno metanormativo, que para nada vincula al Legislador, quien puede cambiar de la noche a la mañana por criterios propios conyunturales (...). La pretendida y harto magnificada identidad ontológica (entendida como una identidad de fenômenos reales no normativos o, más exactamente todavia, prenormativos): a) es jurídicamente casi irrelevante, dado que la hipotética identidad ontológica metanormativa no garantiza una correlativa identidad de regímenes legales [...]. desde el punto de vista pragmático, si lo que se pretende es la determinación en del régimen jurídico, esta cuestión puede abordar-se directamente - sin rodeos ontológicos confusionistas (...)” (Osório, 2011, pp. 147-148)

Ou seja, há sim uma identidade em termos ontológicos, mas não em termos metanormativos, como cita Alejandro Nieto. Aliás, para este autor, como se lê, a identidade ontológica da pena e da sanção em nada contribui para que haja uma identidade de regimes jurídicos, sendo isto, como se depreende, um empecilho para uma unidade do poder punitivo.

Claro, essa identidade ontológica não suplanta as origens de cada regime. Em um modo amplo, ambos remontam ao surgimento do Estado de Direito (em termos de garantias), mas, mais especificamente, o surgimento e o amadurecimento teórico de cada um é algo idiossincrático, ensejando tratamento extremamente diferenciado no campo prático:

“O Direito Penal, cujo regime pretendemos comparar [...] tem evolução histórica muito diversa, alicerçando-se em outros pressupostos culturais e normativos. Não se desconhece que, mais recentemente, em numerosas legislações, também o direito penal passou a alcançar as pessoas jurídicas, construindo-se, nesse terreno, novos paradigmas. Sem embargo, as discussões teóricas, nesse passo, são muitas e, ademais, complexas, envolvendo a redefinição de conceitos e institutos já consagrados em meio aos penalistas, como o são a culpabilidade, o dolo, e a responsabilidade subjetiva do agente. Ao contrário do Direito Administrativo Sancionador, que remonta ao poder de polícia do Estado, o Direito Penal guarda conexões profundas com o Iluminismo e com o ideário humanista da Revolução Francesa, buscando exercer funções de proteção dos direitos humanos individuais. O compromisso de todo o pensamento penalista humanitário foi o de defesa dos direitos individuais e controle do poder punitivo estatal. Daí que as normas penais se dirigiram aos homens, imputáveis, soberanos, livres, com capacidade de autodeterminação, como censura ética a comportamentos reprováveis e nocivos aos mais diversos valores abrigados nas leis. A diferença entre o direito penal e do direito administrativo, no campo do sancionamento das pessoas jurídicas, é que o último aceita tranquilamente tal situação, já possui técnicas adequadas a esse controle, ao passo que o primeiro possui larga e antiga tradição de repúdio a técnicas de responsabilização de ‘pessoas morais’, o que não deixa de evidenciar, de um ponto de vista histórico, importantes peculiaridades dos dois ramos jurídicos em exame. Porém, curiosamente, tais ramos jurídicos tendem a se aproximar no trato dessa matéria, assim como noutras hipóteses em que o Direito Administrativo Sancionador, com sua vocação mais acentuadamente funcionalista, vem influenciando o Direito Penal. E isto porque tais ramos jurídicos, a serviço dos interesses humanos, desempenham funções similares, enfrentando desafios não previstos nos séculos XVIII, XIX e em boa parte do próprio século XX.” (Osório, 2011, p. 128)

Tem-se, pois, que a estrutura uma do direito de punir do Estado em nada se contradiz com o fato de haver matizes dentro dessa pretensa unidade. Aliás, unidade aqui explorada faz menção não a uma irrefletida confluência de princípios e de dogmas.

Como visto a cor formativa do jus puniendi se dá não no que se tem de igual, mas naquilo que se vê de diferente, sendo a unicidade refletida não em termos positivos, mas sim negativos, naquilo que não pode acontecer, i.e., nas garantias.

O que se quis deixar claro aqui é que o Direito Administrativo possui uma igual aptidão em tutelar bens e situações de forma similar àquela dada ao Direito Penal. São, a sanção e a pena, maneiras de se tutelarem bens à maneira peculiar dos ramos citados, sendo essa “idiossincrasia punitiva” de fulcral importância na denominação de regimes jurídicos próprios que, apesar de serem regidos por princípios que levam o mesmo nome (no âmbito Penal e Administrativo) em cada qual possui uma inegável característica própria (sendo ambos ramos imersos no *interesse público*).

Ademais, Celso Antônio Bandeira de Mello, citando Geraldo Ataliba, quando ressalta as cores específicas que os regimes jurídicos em seus respectivos ramos produzem, formando os regimes jurídicos em si e enaltecendo certos critérios normativos e princípios “estruturantes”<sup>96</sup>, diz que:

“O caráter orgânico das realidades componentes do mundo que nos cerca e o caráter lógico do pensamento humano conduzem o homem a abordar as realidades que pretende estudar, sob critérios unitários, de alta utilidade científica e conveniência pedagógica, em tentativa de reconhecimento coerente e harmônico da composição de diversos elementos em um todo unitário, integrado em uma realidade maior.”  
(Mello, 2009, p. 54)

### ***3.2 Proporcionalidade, Razoabilidade e o devido processo legal na tutela penal administrativa***

Como já dito, não cabe aqui exaurir conceitos, muito menos ramos inteiros do Direito. A pretensão aqui é bem menor. Neste tópico, especificamente, se dará breve notícia sobre métodos hermenêuticos aplicados dentro da esfera administrativa, afinal, o Direito Administrativo Sancionador é, sim, nosso foco.

---

<sup>96</sup> “Estruturantes”, em contraposição ao conceito de princípio de Alexy e Dworkin (apesar de achar o conceito que eles trazem “bem mais científico”). Aliás, se não claro ainda, o princípio que dá a cor do Direito Administrativo é, sem dúvida, a cor do interesse público;

O trâmite sancionatório, independente do regime ao qual se filie a sanção, é informado pelos comandos constitucionais postos no artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” (Brasil, 1988).

Já ressabido que estes mandamentos constitucionais entoam o Princípio do Devido Processo Legal, não permitindo que haja sanção administrativa sem procedimento próprio, sob pena de nulidade<sup>97</sup>. Claro que se deve alertar, como faz Bandeira de Mello<sup>98</sup>, para o fato de serem extremamente diferentes os procedimentos cautelares (dentro do poder de polícia da Administração) e os procedimentos em contraditório requeridos em uma possível sanção, v. g. a diferença entre *multas de trânsito* e a *apreensão de alimentos comercializados em más condições de higiene*. Aliás, o conceito de sanção administrativa será abordado no capítulo final, onde se mostrarão diversas medidas outras que, apesar de aparência sancionatória, possuem caráter diverso de sanção.

Uma noção de processo legal nos é dada por Staffen, quando cita Fazzalari, dizendo que em uma estrutura dialética o “processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades.” (Staffen, 2012, p. 119).

Nesse sentido, interessante é a comparação que Staffen faz quanto ao desaparecimento da figura do “advogado do diabo” nos processo de canonização ou beatificação. Diz ele (Staffen, 2012, p. 124) que entre 1900 e 1982 foram canonizados apenas 98 indivíduos, sendo que entre 1983 (ano em que essa figura do *advocatus diaboli* desapareceu) e 2010 houve cerca de 500 canonizações e mil e trezentas canonizações. Conclui que se sem um procedimento em contraditório *todos passaram a serem santos*, dentro de uma perspectiva em que o Estado pune, *todos sempre passariam a serem culpados*.

---

<sup>97</sup> Cf. Mello, 2009, p. 850;

<sup>98</sup> Cf. Mello, 2009, p. 850;



Claro que, como princípio que é<sup>99</sup>, e com as características que lhes são inerentes, não se oportunizará ao Estado, de regra, que entre na esfera do particular *de per se* a fim de atingir a liberdade e propriedade sem o devido processo para tal. Entretanto, os “[...] princípios aludidos não devem ser tomados de maneira tão desatada que impeçam a adoção imediata de providências da mais extrema urgência requeridas insubstituivelmente para salvaguardar interesses públicos relevantes [...]” (Mello, 2009, p. 116), pois, como diz Carlos Maximiliano, “Deve o Direito ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis” (Mello, 2009, p. 116).

Interessante se notar que, a parte de uma medida assecuratória de um direito, o viés principiológico dota o devido processo de matizes que lhe mitigam a aplicação<sup>100</sup>. Claro que essa mitigação na proteção de direitos, ainda mais de um direito fundamental, deve ser vista dentro da perspectiva que até agora se comentou, a perspectiva construtiva que pode ser resumida pelo aspecto geracional, como explicado em se citando Bonavides. Não se quer, dentro desse aspecto, dizer que os direitos de primeira geração não tem mais importância e que devem ser tidos em detrimento de direitos de segunda geração. Não é isso. Busca-se essa mitigação dentro do próprio conceito que se tem de princípio (e de Direito em si mesmo...), não como algo norteador de um sistema, mas sim como balizador dentro do caso concreto.

Virgílio Afonso da Silva, em seu artigo explicando a diferença entre regras e princípios, diz terem os princípios singularidades, pois “No caso de colisão entre princípios, não há que se indagar sobre problemas de validade, mas somente de peso. Tem prevalência aquele princípio que for, para o caso concreto, mais importante, ou, em sentido figurado, aquele que tiver maior peso.” (Silva, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, 2003), diferentes das regras, as quais valem ou não para o caso concreto. Em resumo, princípios seriam “normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”; são, por conseguinte, *mandamentos de otimização* (Silva, O proporcional e o razoável, 2002)

---

<sup>99</sup> E pensamos que até para Alexy, dado o caráter mitigatório, seria mesmo este um princípio;

<sup>100</sup> Cf. Silva, O proporcional e o razoável, 2002 e Silva, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, 2003;

Como princípio que é, o devido processo pode sofrer mitigações quando da sua aplicação. Isso se torna mais evidente quando se toma o conceito de cognição judicial e se percebe as variações entre as tutelas e as cognições que os juízes fazem dentro do processo. Outro exemplo prática dessa mitigação é o “princípio do segundo grau de jurisdição” e a competência originária de Tribunais<sup>101</sup>. São todos “princípios” e como tais, merecem mitigações conforme caso concreto mediante sopesamento. Sobre o tema, Afonso da Silva, utilizando-se dos ensinamentos de Alexy, diz que:

“[...] a ideia de que a realização completa de um determinado princípio pode ser - e frequentemente é - obstada pela realização de outro princípio. Essa ideia é traduzida pela metáfora da colisão entre princípios, que deve ser resolvida por meio de um sopesamento, para que se possa chegar a um resultado ótimo. Esse resultado ótimo vai sempre depender das variáveis do caso concreto e é por isso que não se pode falar que um princípio P1 sempre prevalecerá sobre o princípio P2 - (P1 P P2) -, devendo-se sempre falar em prevalência do princípio P1 sobre o princípio P2 diante das condições C - (P1 P P2) C.” (Silva, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, 2003)

Superado o conceito, esclarecidas as suas limitações (visto que princípio), cabe arrolar certas palavras sobre os métodos hermenêuticos aplicados aos institutos administrativos e os *princípios* a eles atinentes.

Celso Antônio diz que *Princípio da Proporcionalidade* deve ser entendido como “a ideia de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na *extensão* e *intensidade* correspondente a que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas.” (Mello, 2009, p. 110). Sendo que o que de excedente houver na ação Estatal, macularia o ato em si como ilegal.

Emilio Betti, ao falar da interpretação dos atos relacionados a certas atividades estatais, *onde termina a interpretação e começa a discricionariedade*, diz que aquele que interpreta uma norma administrativa faz uma interpretação de segundo grau, relacionada à *busca da finalidade da lei*, ou seja, uma interpretação teleológica.

---

<sup>101</sup> “Prevalece o entendimento de que a Constituição não consagra expressamente o duplo grau de jurisdição, mas sim os casos em que haverá julgamento originário pelos tribunais, podendo haver, portanto, uma restrição à garantia que decorre da CADH.” (Jr. A. L., 2012, p. 1157);

Ocorrem basicamente duas interpretações, ou melhor, uma interpretação voltada para dois momentos diferentes: um para trás, quando o hermeneuta verifica os limites e as diretivas da norma; e outra, de segundo grau, para frente, relacionado à discricionariedade e a critérios de conveniência e oportunidade. Aliás: “No espaço de liberdade, ou seja, na margem das alternativas possíveis, a escolha entre elas deve ser feita segundo o critério de idoneidade dos meios para realizar a exigência superior do interesse público.” (Betti, 2007, pp. 75-76).

Virgílio Afonso da Silva diz que “O chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações.” (Silva, O proporcional e o razoável, 2002), sendo método de sua aplicação a subsunção.

Apesar de ter sido apontada a incongruência em chamar de princípio o que é regra, “Não há como querer [...] que expressões como ‘princípio da anterioridade’ ou ‘princípio da legalidade’ sejam abandonadas, pois, quando se trata de palavras de forte carga semântica [...] qualquer tentativa de uniformidade terminológica está fadada ao insucesso.” (Silva, O proporcional e o razoável, 2002). Não se quer isso. Se quer aqui alertar para a mitigação, somente isso.

Aliás, quando se fala em Princípio da Proporcionalidade (regra como aqui e em Silva se pugna), costuma-se decompô-lo em elementos quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Segundo Canotilho (*apud* Mello, 2009, p. 111), a adequação “impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes”; por necessidade Canotilho conclui que “o cidadão tem direito à menor desvantagem possível” em relação à intervenção estatal; e por proporcionalidade em sentido estrito o autor português toma por “justa medida. Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com objetivo de analisar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim”.

Quanto a essa técnica de subsunção (já que, pelo que visto, a proporcionalidade não é um princípio, mas sim, uma regra), Virgílio Afonso da Silva resume o exposto nas seguintes palavras:

“[...] a regra da proporcionalidade [se refere aos] exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito [...]” (Silva, O proporcional e o razoável, 2002)

“[...] o conceito de razoabilidade, na forma como exposto, corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação. A regra da proporcionalidade é, portanto, mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins [...]” (Silva, O proporcional e o razoável, 2002)

## 4 CAPÍTULO III – O regime jurídico-administrativo como alternativa às sanções penais

“[...] Direito Penal [...] não é [...] senão uma concepção de ação teórico-prática de controle formal da conduta desviante, que precisa ser aperfeiçoada teoricamente e referir-se a circunstâncias práticas jurídico-políticas e gerais socialmente transformadoras.” Winfried Hassemer

### 4.1 Crise do sistema punitivo e a administratização da tutela penal

Antes de propriamente abordar *os porquês de uma crise do modo estatal de punir*<sup>102</sup> - e como sucedâneo, também abordar a tendência que lhe vem em substituição -, cabe analisar, mesmo que *en passant* e de uma forma mais sintética (a fim de se ressaltarem suas peculiaridades e similitudes), os tipos de sanção e as funções que lhes são atribuídas dentro dessa atividade punitiva.

Claro que a construção de uma alternativa ocorre dentro de uma perspectiva dialética no sentido de desconstruir aquilo que já antes pensado. Aqui, apesar de essa dialeticidade desconstrutiva (quase destrutiva) parecer *política de terra arrasada*<sup>103</sup>, quer-se deixar bem claro que o movimento de desconstrução, tido por *método* preponderante deste Trabalho, pretende construir essa alternativa através de uma senda histórica - portanto de reconhecimento dos Direitos conquistados em nossa sociedade moderna ocidental. Pretende-se fazer Ciência de uma maneira crítica, construtiva ao mesmo tempo em que se destrói (se revê) aquilo que não é mais eficaz<sup>104</sup>. Pretende-se

---

<sup>102</sup> E aqui, claro, não se ressalta somente a crise do punir em si, mas a crise de todo o discurso das funções manifestas, ou declaradas, da pena criminal;

<sup>103</sup> I.e. de parecer querer se abandonar tudo o que antes já se havia construído;

<sup>104</sup> Poderia ter usado a palavra útil, daria na mesma: receberia críticas, pois o coro viria me corrigir dizendo que com direitos (ainda mais esses direitos relacionados à sanção, e as suas respectivas garantias) não se deve buscar ser utilitarista etc... Seja eficaz, seja útil, quer-se dizer que adotamos um, como já dito, *discurso histórico*, ou seja, analisamos o que já houve, os conceitos formados e, dentro do tempo atual, prospectamos. Tendo por mote a desconstrução das *funções declaradas e manifestas* do punir estatal (e aqui se adotará essa expressão “punir estatal”, pois como já abordado, pretendemos a unidade, não somente em termos dogmáticos, mas a pretendemos, prospectivamente, como solução à crise penal, deixando de lado o isolado Direito Penal e se trabalhando com o Direito Sancionador dentro de uma perspectiva mais ampla) se faz necessário uma nova forma de se aplicar. Hassemer utilizaria a palavra *contraproducente* (Hassemer, Características e crises do moderno direito penal, 2003, p. 54);

trabalhar-se com conceitos construídos, mas de uma maneira prospectiva, não saudosista. Em resumo (e utilizando-se de Georg Wilhelm Friedrich Hegel quando ele compara a Ciência Filosófica com o *tecer do manto grego de Ítaca*, em seu *Princípios*<sup>105</sup>), se pretende um Direito Sancionador dinâmico, atual, que se refaz conforme necessário<sup>106</sup>: “[...]de um esboço filosófico não se pode esperar esse caráter de definitivo, que mais não seja porque a filosofia, como obra, pode imaginar-se um manto de Penélope que à noite se desfia e todos os dias recomeça desde o princípio.”

Posta no segundo capítulo a diferenciação entre os regimes sancionatórios e sua implicação prática - i.e., apesar de se submeterem a diferentes regimes jurídicos à escolha dos legisladores, ontologicamente as sanções penais e administrativas são iguais, afinal, como já redito, fazem parte de um *jus puniendi* estatal uno<sup>107</sup>- cabe analisar criticamente, agora<sup>108</sup>, a função desses mecanismos de punição estatal, tanto os de Direito Penal, quanto os de Direito Administrativo Sancionador.

Exaustivamente neste Trabalho viu-se que em termos ontológicos uma sanção e uma pena não se diferem. Com efeito, a tutela sancionatória (de bases unas), seja ela penal, seja ela administrativa, busca “restaurar a paz no ordenamento jurídico, reprimindo o transgressor e tutelando determinados valores sociais” (Osório, 2011, p. 142). É claro que aqui, pelo o que já fora abordado até então, não se privilegia a visão funcional (não no sentido de Roxin, nem de Jakobs) da sanção administrativa, que entende a sanção como ligada ao desempenho de uma *função dentro da administração e pela Administração* (denotando o aqui tão criticado *caráter subjetivo da sanção* também já abordado quando trazido ao cotejo o conceito de sanção na visão de Bandeira de Mello). Deve-se ligar a sanção administrativa, sim, ao próprio Direito Administrativo em sua “vertente sancionadora do poder punitivo estatal” (Osório, 2011, p. 81). Dá-se,

---

<sup>105</sup> Cf. Hegel, 1997, p. XXIV;

<sup>106</sup> Mas sempre guardando sua base conceitual e principiológica, no caso os limites dogmáticos já trabalhados;

<sup>107</sup> Aliás, Zaffaroni e Pierangeli afirmam que “não se pode falar em autonomia do injusto penal no sentido de que há uma antijuridicidade penal. A antijuridicidade, ou seja, a contrariedade da conduta com o direito, não pode ser ‘penal’, posto que resulta de toda a ordem jurídica.” (Zaffaroni & Pierangeli, Manual de Direito Penal Brasileiro, 2008). Essa unidade se afirma em moldes negativos, ou seja, naquilo em que não se pode ocorrer dentro do processo de punição, seja penal, seja administrativo, a saber, os limites constitucionais;

<sup>108</sup> Os conceitos de retribuição e de prevenção foram abordados já no capítulo primeiro cabendo aqui lembrar no que seja necessário, apesar de o foco daqui em diante ser uma crítica e um entrelaçar com a função do Direito Administrativo;

portanto, à sanção administrativa independência dentro de um regime jurídico específico que, apesar de independente, forma a unidade do poder punitivo em bases negativas, nas interfaces com os pressupostos do Direito Penal, topologicamente postos na Constituição Federal.

Dentro da definição de sanção administrativa já posta nesse Trabalho, buscar-se-á agora retomar ao seu conceito a fim de dar breve notícia de seus elementos formadores, bem como fazer uma comparação com medidas outras com as quais muitas vezes estas se confundem.

A sanção administrativa, vista de uma perspectiva europeia, tem como estrutura típica quatro elementos, a saber, a *autoridade administrativa* (elemento subjetivo), o *efeito aflitivo* (sendo o elemento objetivo da sanção, materializado na privação de direitos preexistentes ou na imposição de novos deveres), a *finalidade repressora* (elemento teleológico) e a *natureza administrativa do procedimento* (elemento formal)<sup>109</sup>.

Visto que abordado durante o Trabalho de maneira satisfatória, não se tratará aqui do elemento subjetivo da sanção administrativa<sup>110</sup>. Tratar-se-á, agora, do efeito que dá à sanção sua roupagem negativa, no sentido depreciativo. Nas palavras de Fábio Medina Osório a “Sanção é um mal, um castigo, e, portanto, implica um juízo de privação de direitos, imposição de deveres, restrição de liberdades, condicionamentos, ligados em seu nascedouro e existência, ao cometimento (comprovado) de um ilícito administrativo”<sup>111</sup>.” (Osório, 2011, p. 94) (grifo meu), ou seja, há noção de um mal, algo de aflitivo na reação do Estado quando do cometimento de um ato ilícito por parte do indivíduo<sup>112</sup>. Interessante notar que, apesar de essa sanção recair sobre um sujeito, e de

---

<sup>109</sup> Cf. Osório, 2011, p. 83;

<sup>110</sup> Já tratado em diversos pontos do Texto, o elemento subjetivo foi objeto de crítica, sobretudo quando se falou do conceito de sanção administrativa dado por Bandeira de Mello, o qual aborda o caráter sancionador da Administração como algo funcional, sendo imprescindível a ela a autoridade administrativa estrito senso;

<sup>111</sup> Esse “cometimento comprovado de um ilícito” é o que a doutrina penal chama de princípio da ofensividade, de grande importância nesse Trabalho dentro de uma perspectiva até certo ponto funcionalista no criticar das bases do Direito Penal clássico (e por aí já para, pois a finalidade deste trabalho não é enaltecer a estrutura axiológica-valorativa-político-criminal de Roxin, mas pugnar por uma Administração da tutela penal, ou seja, o caminho inverso do funcionalismo, apesar de se passar, em certos pontos, por uma senda marginal a de Roxin);

<sup>112</sup> A palavra indivíduo, a essa altura do Trabalho de Conclusão, merece uma nota de rodapé, pois como se verá logo mais adiante, e dentro do que se vem falando até aqui, a sanção administrativa como

alguma maneira trazer algum mal a ele, o caráter aflitivo da sanção é tido por objetivo. Aliás, interessante e extremamente racional esse efeito ser classificado como objetivo, pois realmente “[...] não importa saber se o agente [...] sofreu o efeito aflitivo da sanção ou se teve algum subjetivo e insólito prazer com a medida punitiva.” (Osório, 2011, p. 95), indiferente a isso o Estado deve agir de maneira impessoal e dentro da legalidade, não cabendo a ele arbitrariedades quando da aplicação da sanção.

Quanto ao elemento teleológico, Osório afirma *não* ser a finalidade repressora a única embutida dentro do aspecto finalístico da norma sancionadora administrativa. Ressalta o autor que não haveria incompatibilidade entre as finalidades repressoras da sanção com as de cunho pedagógico sendo de extrema importância se reconhecer que o aspecto teleológico sirva muito mais para se efetivar o *reconhecimento negativo*<sup>113</sup> da sanção administrativa do que propriamente para caracterizá-la (Osório, 2011, p. 98). Reconhecesse também uma “falta de uniformidade de objetivos das diversas sanções previstas aos múltiplos ilícitos criminais” já que mesmo dentro das tutelas sancionadoras penais não se tem finalidades e objetivos idênticas em todos os casos (se admite, portanto, uma definição em aberto da sanção administrativa).

Agora que vencido este conceito, mister se faz ter os olhos sobre o que se assemelha demais com a sanção administrativa, mas não o é. Medina Osório elenca cinco medidas<sup>114</sup> que possuem essa característica: exercício do poder de polícia, medidas rescisórias, medidas de ressarcimento ao erário, medidas coativas e preventivas e medidas de responsabilidade de gestão. Não cabe aqui discorrer sobre todas. Por oportuno, se discorrerá somente sobre as medidas coativas e preventivas.

As medidas coativas, embora possam causar sofrimento e vir carregadas de efeitos aflitivos na esfera pessoal do agente atingido, não são tidas por sanções administrativas. Elas, aliás, não são privativas do “Direito Administrativo Sancionador, porquanto diz respeito ao Direito Punitivo como um todo, alcançando o Direito Penal,

---

alternativa à tutela penal clássica proporá que se possa sancionar também as “pessoas morais”, as empresas, e. g.;

<sup>113</sup> Reconhecimento negativo no sentido de o aspecto teleológico ser diferenciador de outras medidas que não se enquadram no conceito de sanção penal v. g. coações instrumentais, poder de polícia, medidas preventivas;

<sup>114</sup> Para maiores informações sobre as medidas que não se enquadram como sanção administrativa, v. Osório, 2011, p. 100 ss.;



onde até mesmo [...] as privações de liberdade podem ser antecipadas, por motivos ligados à proteção cautelar de direitos da coletividade.” (Osório, 2011, p. 109). Quanto às medidas preventivas, tomam elas lugar para evitar que algum perigo se concretize, o objetivo é “[...] evitar a ocorrência de determinados fatos, impedir que se consuma uma violação da ordem jurídica, considerando que há uma antecipação da ilicitude da conduta, a partir de presunções cautelares [...]” (Osório, 2011, p. 110). É que os caracteres teleológicos da sanção são diferentes dos das medidas coativas e preventivas, fazendo com que não estejam sob os mesmos princípios.

Aliás, oportuno é conceituar as sanções administrativas, por meio da passagem de Osório<sup>115</sup>, como sendo “[...] consequências do cometimento de uma infração administrativa, constituindo uma repressão, uma resposta cabal a um fato ilícito, não apesar cautelar ou provisório.” se pressupondo a realização de um comportamento proibido. Interessante notar que o conceito se faz a partir de uma ilicitude pontual, no passado, em relação a algum mandamento normativo, como também se vê a sanção na matiz penal (se referindo a algum ato contrário à lei).

Acabou-se de dar a notícia sobre o caráter teleológico da sanção administrativa. Aqui, agora, se tratará, nem que brevemente, da finalidade da pena (não por um caráter de justiça com a pena, mas sim por uma questão meramente didática). Entretanto, antes necessário advertir - chover no molhado, mas mesmo assim chover - que trataremos do *discurso oficial*, das funções *declaradas* ou *manifestas* da pena criminal (Santos, 2006, p. 452).

E já começamos com um desfalque: da mesma forma que Roxin não reconhece o caráter retributivo da pena<sup>116</sup>, por não o achar democrático, até mesmo dizer que lhe falta cientificidade (“*Têm eles Moisés e os profetas; ouçam-nos* (Lc 16, 29)” (Hegel, 1997, p. XXV)), rechaçaremos o caráter preventivo geral positivo, aqui *já se esvaindo* não somente seu caráter relativo como também o absoluto (respectivamente baseados em Roxin e em Jakobs)<sup>117</sup>, pelo simples fato de lhe *sobrar* cientificidade. Não que neste Trabalho se despreze a ciência, não é isso. É que aqui se visa descobrir o tema

---

<sup>115</sup> Cf. Osório, 2011, p. 110;

<sup>116</sup> Desprezando-o completamente, Cf. Santos, 2006, p. 455;

<sup>117</sup> Cf. Santos, 2006, pp. 460-461;

por meio de seu *cheiro*, de seu caráter ontológico, não por tautologias normativas<sup>118</sup>. Resta-nos, portanto, a função especial positiva e negativa, bem como se mencionará a função preventiva geral negativa da pena.

A função preventiva especial se liga aos sujeitos que aplicam a norma, bem como àqueles que a executam: a prevenção especial negativa (de segurança social) visa à neutralização do criminoso por meio do encarceramento; enquanto a função de prevenção especial positiva (de correção) visa à ressocializar, reeducar o criminoso. A primeira ocorreria quando da aplicação da norma, pelo juiz; a segunda, quando da execução da pena, pelos *ortopedistas da moral* (Foucault, *apud* Santos, 2006, p. 457).

Em relação ao caráter preventivo geral negativo já se dera notícia dele, mas de forma crítica, cabe construí-lo rapidamente para lembrar-se da crítica novamente. Refere-se, esta função, à intimidação penal, à coação psicológica de Feuerbach, a qual busca inibir comportamentos anti-sociais por meio de cominação de penas. Cabe o que já citado, agora nas palavras de Santos, 2006, p. 459: “[...] não seria a gravidade da pena [...] mas a certeza [...] da punição que desestimularia o autor de praticar crimes.”.

De uma maneira geral, aqui neste Trabalho, também poderíamos virar as costas para a função coativa da pena<sup>119</sup>, mas como se reafirmará mais a frente<sup>120</sup>, por estar o Direito Administrativo Sancionador mais próximo das pessoas, se tem mais contato, cotidianamente, com a Administração do que propriamente com o Direito Penal, talvez aqui seria interessante, e somente por esse motivo, dar uma atenção especial a essa função dentro da estrutura unitária do *jus puniendi* estatal (já que do ponto de vista do Direito Penal a coação psicológica se mostra muito pouco eficaz).

É importante notar que, das funções todas mencionadas (sem contar-se a não mencionadas, então!), deveria ao menos restar uma, aquela atribuída ao juiz, pois conceitualmente aqui é tida por base dogmática do nosso *jus puniendi uno*, tendo a

---

<sup>118</sup> “Hegel define o crime como *negação do direito* e pena como *negação da negação* e, portanto, como *reafirmação do direito* – uma antecipação de dois séculos da prevenção geral positiva de Jakobs, da *pena como afirmação da validade da norma* [...]” (Santos, 2006, p. 455);

<sup>119</sup> Visto a afirmação da crítica penal em relação a essa função, expressa na frase logo acima colacionada.

<sup>120</sup> “O Direito Administrativo, muito mais próximo à realidade social e à necessidade de tutela do interesse público [...]” (Osório, 2011, p. 386);

ameaça e o caráter ressocializante pequeno papel no Direito Penal, tendo funcionalidade ao menos durante a sanção administrativa.

Entretanto, tudo isso é Direito Penal Clássico. Hoje, visto os novos modos de se delinquir e tendo em vista que as relações humanas estão em ritmos cada vez mais globais, marcadas pela *imprevisibilidade e incontrolabilidade*, os modos pelos quais atualmente se reage a essa pós-modernidade passaram a ser questionados, pugnando, alguns, pelo merecimento de novos instrumentos mais drásticos de limitação às consequências dessa realidade indesejada.

Hassemer, quando da abordagem da derrocada do Direito Penal Clássico, caracteriza essa toada pós-moderna ao ressaltar os *elementos de Política Criminal do Direito Penal Material* que dão cor à decadência penal-iluminista e faz surgir o Direito Penal Moderno:

“a. As reformas no Direito Penal material não se concentram na Parte Geral, mas na Parte Especial e não conduzem à simplificação, ao abrandamento do Direito Penal ou à descriminalização, senão justamente ao contrário, elas **acentuam as determinações penais existentes e as penas cominadas**, elas **estendem o Direito Penal a novos setores** e ao mesmo tempo se expandem nas tradicionais e nas novas áreas (há exceções, como por exemplo os crimes de aborto, que estão sujeitas a condições constitutivas especiais; elas são residuais e não pertencem ao “moderno” Direito Penal; por isso delas não se pode colher nenhuma tendência).

b. Os novos setores são: o ambiente; as drogas; a economia; o processamento de dados eletrônicos; o terrorismo; a criminalidade organizada; a corrupção.

c. A moderna Política Criminal afasta-se da forma tradicional de cometimento (do crime de lesão ou fraude) e da determinação normal do bem jurídico do Direito Penal tradicional (bem jurídico individual como, por exemplo, a integridade física). Sua forma típica de delito é a do delito de perigo abstrato (por exemplo, a fraude à subvenção), sua determinação normal de bem jurídico é a do bem jurídico universal concebido de forma ampla (como a saúde popular no Direito Penal das Drogas). De acordo com isso, dissolve-se a determinação legal do injusto punível, aumentam e flexibilizam-se as possibilidades de aplicação da lei, diminuem as chances de defesa e também a crítica à

ultrapassagem dos limites instituídos pelo legislador<sup>121</sup>.” (Hassemer, Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do Direito, 2008, pp. 2-3) (grifo meu)

Ou seja, para Hassemer o Direito Penal Moderno, que vem em substituição ao Clássico, tem características expansionistas (a), dentro de um desenvolver estreitamente diferenciador (em relação a uma sociedade não global) do campo das relações humanas, onde acontecem diversas novas interações em um ambiente mais amplo, internacionalizado (b), requerendo-se, assim, flexibilização de garantias na aplicação de leis sancionatórias o que dá azo ao funcionalismo *roxiniano*<sup>122</sup> (c). Ressalta-se que a maioria dos autores<sup>123</sup> tendem a enxergar um *anacronismo* ou uma *contraproducência* no Direito Penal Clássico e nisso fundamentam, dentro de uma perspectiva não histórica, o Direito Penal Moderno em paradigmas funcionais.

Reconhecemos, da mesma forma que autores funcionalistas, o anacronismo do Direito Penal Clássico em tutelar as relações modernas - dá-se notícia de uma *crise do Direito Penal*<sup>124</sup> - mas não é por isso que se pugnará por sua total *contraproducência* ou até mesmo pelo funcionalismo do Direito Penal, o que seria contrário à perspectiva tomada por base deste Trabalho, a qual remete ao historicismo construtivo das gerações de direitos. É certo, pois, que não há como negar-se o *anacronismo* do sancionamento clássico, sobretudo quando se trata de tutelar novas inter-subjetividades. O que não se admite é a ruptura (falar total é quase um exagero) com o instituto da *sanção*<sup>125</sup>, o qual possui garantias específicas dentro de uma perspectiva de unidade do *jus puniendi* do

---

<sup>121</sup> Aqui se vê a clara substituição do *ser* iluminista pelo *dever ser* funcionalista. Seria a normatização da teoria do delito, fazendo com que se aproximem o Direito Penal da Política Criminal;

<sup>122</sup> Preventivo geral positivo, não aqui se fazendo diferença entre o funcionalismo de Roxin e de Jakobs;

<sup>123</sup> Para não se falar na totalidade, na pesquisa desse Trabalho se confrontou algum ou outro autor que destoasse desse coro funcionalista e da impossibilidade de se dar uma nova forma de tutela sem se ferir direitos fundamentais atinentes ao Direito Penal;

<sup>124</sup> O caráter de crise da tutela penal, apesar de não se resumir a isso, está intimamente ligado às novas relações que surgem em nossa sociedade global. Não pode o Direito Penal Clássico tutelá-las, visto que, entre outros fatores, os ilícitos atuais se ligam a tutelas ambientais, ou ao Direito Econômico, estão no campo da corrupção ou até mesmo no do crime organizado. Esses ramos do Direito (s. m. j.) que *não tem* pessoas físicas no pólo passivo: são em sua maioria pessoas morais que tem um papel fundamental nesse novo delinquir, impossibilitando-se a imputação de culpabilidade e a individualização da pena, entre outros;

<sup>125</sup> É essa ruptura da base ontológica da sanção que é trazida por adeptos do Direito Penal Moderno. Haveria uma objetivação da tutela penal que pretensamente tutelaria o coletivo, mas como tutelar o coletivo em detrimento do indivíduo?;

Estado, como acontece dentro o *Direito Penal Moderno*<sup>126</sup>. Deve-se, portanto, analisar o sancionamento estatal dentro dessa perspectiva institucional-historicista para que não se tome *aquilo que é suscetível a rupturas* por imutável. Aliás, faz-se das palavras do professor de Frankfurt uma advertência:

“Em face das exigências político-criminais de aumento da eficácia preventiva do Direito Penal e à custa de sua segurança jurídica-estatal, **os defensores de um Direito Penal de um Estado [de] Direito** na República Federal da Alemanha adotam uma tradicional atitude defensiva-negativa: eles rechaçam estas exigências com bons fundamentos, mas que quanto ao resultado são em regra *infrutíferos* (e, conseqüentemente, aguardam por outras propostas de efetivação, em relação as quais eles devem proceder da mesma forma).

Esta atitude é incorreta. Um Direito Penal de um Estado de Direito não é um castelo que deve ser defendido, senão uma concepção de ação teórico-prática de controle formal da conduta desviante, que precisa ser aperfeiçoada teoricamente e referir-se a circunstâncias práticas jurídico-políticas e gerais socialmente transformadoras. Não é a defesa que é questionada, mas o ataque. Isto pressupõe que, em face da pressão pela solução dos problemas que se exerce sobre o Direito Penal, sejam elaboradas e oferecidas alternativas que em um Estado de Direito sejam menos questionáveis do que o uso do Direito Penal como *prima* ou *sola ratio*.” (Hassemer, Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do Direito, 2008, pp. 10-11) (grifo meu)

É necessário que se veja o Direito por essa perspectiva dinâmico-transformadora. E isso é necessário não porque *estamos em tempos modernos quando se precisam de novas formas para lidar com a realidade que está prestes a nos consumir*. Não se trata da “Crônica de uma morte anunciada”, como diria García Márquez<sup>127</sup>. Esse dinamismo é a sua essência que, como Ciência, faz do seu objeto de estudo algo a ser buscado constantemente pelo intérprete da norma, há um diálogo constante entre objeto

---

<sup>126</sup> Fora anteriormente dada três características do Direito Penal Moderno, as quais podem ser resumidas no expansionismo da tutela penal (devido a um aumento nas relações tuteladas pelo Direito Penal) com a mitigação de garantias individuais, botando a sanção como foco de uma política pública de segurança de eficácia preventiva;

<sup>127</sup> Claro que se deve tomar cuidado ao se ter por base esse pensamento dinâmico, pois a própria personagem de García Márquez poderia bem ter pensado que não corria perigo de vida haja vista uma possível mudança de *pensiero* de seu algoz...;

e observador: o Direito não se constitui em *ser*, mas em um *dever ser* de aspectos *teleológicos*. Claro que esse *dever ser* não se basta, ele deve *ser* procurado em consonância da realidade, que se faz diferente e se transforma a cada instante. Ademais nos lembra Verdi que “*La donna è móbile [...] muta d’accento e di pensiero*”.

Não há de se falar aqui em *superação dos direitos contra o Estado e da busca (cega) pela tutela somente de valores coletivos* (aliás, como já depreendido do capítulo anterior, o interesse individual o coletivo tem enormes pontos de intersecção). Quer-se que haja a percepção da mudança nos valores da sociedade - e da respectiva eleição de bens a se tutelarem - dentro de uma perspectiva histórica, ou seja, dentro de sociedade que se constrói constantemente, sendo a coletividade encarada como avanço moral do respeito aos valores individuais.

Por esse olhar de uma sociedade dinâmica, que se *faz e refaz* feito o *manto de Penélope*, surgem novas formas de interação (*modernas*), novos nichos específicos da ação humana, sobretudo quanto ao “ambiente; as drogas; a economia; o processamento de dados eletrônicos; o terrorismo; a criminalidade organizada; a corrupção.”<sup>128</sup>, que vêm (essas novas formas de interação) dar azo à substituição do *bem jurídico* que o Direito Penal Clássico podia, antes dessa *modernização*, *ceteris paribus*, tutelar de maneira suficiente.

Relacionando-se essa mudança de paradigma no Direito Penal - do Clássico para o Moderno - quanto ao *bem jurídico* que cada um visa tutelar<sup>129</sup>, cabe paralelo com a afirmação de Luiz Regis Prado sobre o bem jurídico tutelável pelo Direito Penal (Clássico) e sua função:

“O pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos - essenciais ao indivíduo e à comunidade -, norteada pelos princípios fundamentais da dignidade humana, da personalidade e individualização da pena, da humanidade, da insignificância, da culpabilidade, da intervenção penal legalizada, da intervenção mínima e da fragmentariedade.” (Prado, 2003, pp. 65-66) (grifo meu).

---

<sup>128</sup> Cf. Hassemer, Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do Direito, 2008, pp. 2-3, (grifo meu);

<sup>129</sup> Já adiantando que o *bem jurídico* é uma das características do Direito Penal que informam tanto o Clássico quanto o Moderno dentro da análise da “dialética da modernidade” de Hassemer, sendo preenchido de sentido diverso em cada um dos matizes penais;

Para o mesmo autor o bem jurídico, de tradição neokantiana, era concebido como **valor cultural**<sup>130</sup>, ademais “Os bens jurídicos têm como fundamento valores culturais que se baseiam em necessidades individuais.” (Prado, 2003, p. 44). Essas definições de bem jurídico seriam importantes, pois, como diz Hassemer e Muñoz Conde (*apud* Prado, 2003, p. 45) “[...] a missão do Direito Penal vem a ser a tutela de bens jurídicos mediante a proteção dos valores ético-sociais da ação mais elementares.”.

Já no Direito Penal Moderno, aliás, o bem jurídico tutelável é outro: “[...] sua determinação normal de bem jurídico é a do *bem jurídico universal* concebido de forma ampla [...]. De acordo com isso, dissolve-se a determinação legal do injusto punível, aumentam e flexibilizam-se as possibilidades de aplicação da lei, diminuem as chances de defesa e também a crítica à ultrapassagem dos limites instituídos pelo legislador.” (Hassemer, Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do Direito, 2008, pp. 2-3) (grifo meu)

Há um deslocamento no centro de distribuição de responsabilidade quando se passa a tutelar modernamente condutas contrárias ao ordenamento. O bem jurídico muda conforme tempo e local, passando a não mais ter foco o indivíduo (o indivíduo sai realmente do centro da tutela penal, pois o Direito Penal Moderno despreza a construção feita até aqui), mas sim o universal, o coletivo, o social (como se pudessem ser dissociados o indivíduo e o coletivo). O fato de se repensar o Direito a cada instante é algo intrínseco à natureza da norma. É-lhe intrínseco, pois as relações humanas acontecem numa velocidade maior à capacidade de processamento legislativo<sup>131</sup>.

Aliás, Hassemer, ao fundamentar o punir estatal no contrato social<sup>132</sup> - nos termos de se renunciar parte de sua liberdade ao Estado em se exigindo liberdades para todos - afirma ser esse contrato a base do direito, sendo este, *susceptível ao cotidiano*. O Estado (e os poderes que lhes são inerentes) se justificaria à medida que cumprisse seu papel de garantidor, em todas as partes, desse contrato social. O Direito Penal, portanto,

---

<sup>130</sup> Ou seja, é uma construção, que muda constantemente conforme valores eleitos necessários a cada época;

<sup>131</sup> Não só por isso, mas, em termos de completude do ordenamento jurídico, se percebe melhor a dinâmica da norma, e a norma em si, quando se tenta *entender o fenômeno do direito* através do ordenamento;

<sup>132</sup> Cf. Hassemer, Características e crises do moderno direito penal, 2003, p. 56;

surgiria nesse contexto de se garantir o cumprimento do pacto das renúncias recíprocas de liberdade, seria “[...] o direito diante da lesão à liberdade [...]”<sup>133</sup>.

Como consequência, Hassemer afirma que somente poderia haver ato punível quando alguma daquelas liberdades asseguradas pelo contrato fosse lesionada<sup>134</sup>, ademais “O bem jurídico conserva um lugar sistemático como critério negativo de criminalização legítima: sem uma lesão palpável a um bem jurídico, não há ato punível.”<sup>135</sup>.

Outras duas consequências expostas pelo autor são a *impossibilidade de revisão dos limites à intervenção*, ou seja, dentro de uma base positivista-legalista seria impossível a regressão de direitos; e a *subsidiariedade* (Direito Penal como *ultima ratio*), que se deriva da própria renúncia dos direitos dos indivíduos no pacto social.

“O moderno Direito Penal rompe com essa tradição [do Direito Penal Clássico], ao mesmo tempo que a ‘consoma’. As tendências que já caracterizavam o Direito Penal clássico caracterizam também a forma moderna”<sup>136</sup>. Há similaridade, a forma é a mesma, entretanto o conteúdo muda.

A fim de analisar essa mudança de conteúdos e inspirado na “dialética da ilustração” de Horkheimer e Adorno, Hassemer, com sua “dialética da modernidade”, analisa as três principais características do Direito Penal Clássico (uma delas já referenciada quando tratamos da óbvia mudança da tutela que se faz ao bem jurídico clássico e ao moderno) que passam a também caracterizar o moderno, pelo menos em forma, já que o conteúdo se difere drasticamente. São elas a *proteção de bens jurídicos*, a *prevenção* e a *orientação pelas consequências*<sup>137</sup>. Em resumo:

---

<sup>133</sup>Cf. Hassemer, Características e crises do moderno direito penal, 2003, p. 56;

<sup>134</sup> Nosso foco, dentro da diferenciação do clássico e do moderno, é o de que a sanção penal é eminentemente retrospectiva e deve se referir a uma lesão ocorrida, não a possibilidades de lesões, não a um delito de perigo abstrato (ao passo que a sanção administrativa pode ter aspectos tanto prospectivos quanto retrospectivos);

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 57;

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 57;

<sup>137</sup> Seria uma modernização do Direito Penal Clássico, utilizando-se das mesmas formas características da sanção clássica, mas mudando seu conteúdo, ao sabor das necessidades que os tempos modernos lhe impõem. Quanto à *proteção de bens jurídicos* critica-se o fato de que a proibição limitada de punição se transformaria em uma ordem de proibição. No segundo item, a *prevenção*, há crítica quanto ao recrudescimento das penas visando expandir o caráter preventivo geral negativo (Feuerbach), o que já discutido, não faz diminuir a criminalidade. Em relação à *orientação pelas consequências*, vê-se que esse é o que mais “contribui” para a modernização do Direito Penal, pois aqui o Direito Penal passa a ser visto não como instrumento garantidor de direitos fundamentais, mas sim como vetor de política pública, a fim de “sensibilizar” as pessoas (“[...] de modo algum se destaca se o emprego do meio jurídico é ‘adequado’



“[...] a ‘dialética da modernidade’ leva a que o Direito Penal se desenvolva como um instrumento de solução dos conflitos sociais, o qual, de acordo com a percepção pública, não se distingue mais, por um lado, pela sua utilidade e, por outro lado, pela sua gravidade dos outros instrumentos de solução de conflitos; o Direito Penal, apesar dos seus instrumentos rigorosos, torna-se um *soft law*, um meio de manobra (*Steuerung*) social. As expectativas de solução de problemas, que se dirigem ao Direito Penal, explodem; e visto deste modo, o **Direito Penal torna-se algo novo**, quanto às expectativas, algo ‘novo.’” (Hassemer, Características e crises do moderno direito penal, 2003, p. 59)

A dinamização das relações humanas, como visto, é o mote da sociedade de risco, a qual se utilizaria da flexibilização das garantias individuais dentro de um movimento expansionista de sancionamento penal a fim de tutelar-se as novas relações surgidas nesse ambiente global (“[...] dissolve-se a determinação legal do injusto punível, aumentam e flexibilizam-se as possibilidades de aplicação da lei, diminuem as chances de defesa e também a crítica à ultrapassagem dos limites instituídos pelo legislador[...]”)<sup>138</sup>. Surge, então, para se resolver os problemas de uma sociedade pós-moderna, um *pretense moderno Direito Penal*, cícuta funcionalista travestida de elixir, o qual em uma senda diferente da que aqui fora trilhada, flexibiliza direitos individuais em detrimento de uma suposta - melhor - tutela coletiva e universal relacionada aos direitos de segunda geração. Alerta-se, novamente, que não se pode tomar o Direito Penal Moderno como uma panacéia. Aliás, Hassemer ironiza ao chamar o *moderno* do “novo”, já que visa *resolver conflitos* dentro de uma mesma perspectiva de *política criminal* expansiva e mitigadora de direitos fundamentais (e aqui se admite a confusão entre o Moderno e o Clássico, que se separa somente em termos didáticos).

“Sem um ‘clima’ de proteção e de apoio o moderno Direito Penal não pode se manifestar de forma tão poderosa, equilibrada e tranquila. Este clima favorece o Direito Penal como instrumento efetivo na

---

ou inteiramente ‘justo’ - quando somente se pode alcançar o objetivo de chamar a atenção da população para o fato de que se deve reparar na beleza do meio ambiente ou na violência contra as mulheres.” (Hassemer, Características e crises do moderno direito penal, 2003, p. 58) (grifo meu), fazendo com o a sanção penal seja vista como *prima* ou *sola ratio*;

<sup>138</sup> Passagem já citada de Hassemer em “Desenvolv...”;

assimilação dos modernos problemas, desde a destruição do meio ambiente e o abuso do sistema social até à dependência de drogas. Em face dos grandes e tormentosos problemas sociais, no atual discurso político o Direito Penal vige não mais como ultima, senão como prima ou até mesmo sola ratio.” (Hassemer, Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do Direito, 2008, p. 5) (grifo meu).

Claro que, nesse contexto, é importante alertar sobre a “mediocre eficácia”<sup>139</sup> que também o Direito Penal Clássico possui, pois através da imputação de responsabilidades a esse ramo do Direito (expostas em suas funções *declaradas e reais* de prevenção geral e especial) vê-se que a solução dos problemas que lhes foram atribuídas não teve tutela jurídico-penal satisfatória<sup>140</sup>. Quando se trata de *função* da pena, o Direito Penal de hoje (Clássico, mas com *tons* de Moderno) parece ser mais eficiente como *instrumento simbólico* (algo parecido com a prevenção geral negativa - onde se ressalta o papel *ameaçador* da pena na *coação psicológica* de Feuerbach (Santos, 2006, p. 459)) já que “simplesmente transmite a aparência de efetividade e proteção social e demonstra à opinião pública que o legislador satisfaz uma ‘necessidade de ação’ rápida e eficaz” (e.g. nos casos de corrupção ou de violência doméstica) (Hassemer, Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do Direito, 2008, p. 6).

Como vários respingos dessa crítica recaem sobre o Direito Penal Moderno - que se amalgama ao Clássico e lhe vem dando, homeopaticamente, corpo funcionalista - se faz necessário, e de forma consciente, ao mesmo tempo em que se destrói, *pela crítica*, buscar construir, *pela dialética*, alternativas “não contraproducentes” em relação tanto aos aspectos **prospectivos** quanto aos **retrospectivos** da sanção. Aqui, entretanto, não se faz uma *crítica pela crítica*, mas se busca construir alternativas ao disfuncional (não no sentido utilizado por Roxin) Direito Penal (seja Clássico, seja Moderno) ao reconhecer sua grande debilidade, sem desmerecer, claro, a sua *função (declarada) de prevenção especial negativa* (talvez a única que se bem cumpre no âmbito penal).

Prestigia-se o que se disse - incansavelmente - até agora quando tratamos dos limites dogmáticos que unem as sanções penais e administrativas e se aproveita para

---

<sup>139</sup> Mediocre ao menos dentro de uma análise das funções do Direito Penal no discurso oficial das funções declaradas ou manifestas dada à pena, cf. Santos, 2006, p. 452;

<sup>140</sup> Cf. Hassemer, Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do Direito, 2008;

lembrar o contexto no qual se insurge este Trabalho: a busca efetiva pelo Direito Penal como *ultima ratio* tendo por limite a dogmática constitucional. Como dito, o ataque aqui feito não se configura uma *crítica pela crítica*, afinal...

... “Não se pode esperar que em um futuro previsível se reduza a pressão de solução dos problemas sobre o Direito Penal – ao contrário; tanto a percepção social dos grandes problemas como também as esperanças no Direito Penal se manifestam de forma extraordinariamente estáveis e vigorosas. Não é pragmaticamente, nem teoricamente sensata a atitude de considerar ambas como “irracionais” ou “exageradas” e de dar-se por satisfeito com esta decisão. Uma Política Criminal Racional consiste não em estigmatizar a irracionalidade social como tal e desprezá-la como irracional, senão em manejá-la de forma racional.” (Hassemer, Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do Direito, 2008, p. 11).

Nessa senda “*manejadora de irracionalidades*”, reconhece Hassemer a necessidade de mudança da operacionalidade do Direito Penal, sem, contudo, abrir mão (do), e até visando (ao), seu *centro ideal* (Hassemer, Características e crises do moderno direito penal, 2003) ou *núcleo* (Hassemer, Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do Direito, 2008)<sup>141</sup>:

“Este desenvolvimento da moderna doutrina do Direito Penal e da política criminal era atual e necessário em face de um pensamento e de uma atuação jurídico-penal que se mostravam ao mesmo tempo alheios à realidade da certeza jusnaturalística e da dogmática abstrata. A crítica à práxis jurídico-penal desde as suas consequências para cá, a limitação aos fins da pena, os quais podiam ser perseguidos e não encontrados, a obrigação do legislador penal de se concentrar nos bens jurídicos, se fizeram em direção a uma humanização e a um controle aprimorado da atuação jurídico-penal. Este desenvolvimento me parece ter chegado ao seu fim, a modernização ameaça mudar. Por isso, eu acho que é uma época em que os modernos desenvolvimentos no Direito Penal devem ser sintetizados novamente com as tradições jurídico-penais.”

---

<sup>141</sup> Centro ideal do Direito Penal, Direito Penal nuclear... acha-se que aqui houve um mal-entendido, ou, simplesmente, uma tradução desconstruída das expressões nos artigos citados;

(Hassemer, Características e crises do moderno direito penal, 2003)  
(grifo meu).

De modo mais simples, Hassemer pugna por uma releitura da sanção tendo que é inegável a *crise do sistema atual* e a *funcionalização independente de vontade*, ou seja, melhor que *não se estigmatize a irracionalidade, um manejo racional e propositivo seria mais adequado*.

“A questão primacial, fonte de profundas divisões na doutrina, é a de saber qual o papel que cabe ao direito, e, em particular, ao direito penal e aos seus instrumentos, na defesa social dos novos riscos. Uma resposta no sentido de exigir a intervenção do direito penal ancorar-se-á ainda no direito penal clássico e na categoria de bem jurídico, ou implicará um novo modelo, mais veloz, em que se acentua, por exemplo, o direito penal do comportamento? Pode o direito penal responder às exigências que esta sociedade do risco lhe dirige sem que dolosa ou negligentemente ‘mate’ a categoria de bem jurídico?”  
(Sousa, 2010, p. 233) (grifo meu)

Essa perspectiva de *sociedade de risco* e Direito Penal pode ser vista através da *crítica Negativa/Agnóstica da pena criminal*, a qual ressalta o embate entre Estado de Polícia e Estado de Direito dentro da matriz punitiva do estado (Santos, 2006, p. 466). Ou seja, há uma constante disputa entre um e outro pela tutela sancionatória do Estado. Entretanto não se deve confundir a origem da sanção administrativa, o *estado de polícia*, com a sanção administrativa em si. A questão que aqui deve ser ressaltada é que na verdade - como já abordado quando explicado sobre a diferença histórica entre o punir estatal originado da quebra de valores com o *antigo regime* (a saber os valores que nutriram o Direito Penal) e o punir surgido com os valores do *despotismo esclarecido* (dando origem de certa forma ao Direito Administrativo Sancionador do qual se dá notícia neste Trabalho) - tem-se a pretensão de que o Direito Administrativo Sancionador seja mais protagonista que o Penal na tutela sancionatória estatal atual, essa da *sociedade de riscos*. Nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias (*apud* Sousa, 2010, p. 237) a tutela de novos riscos implicaria “alterações dogmáticas radicais no sentido da atenuação ou mesmo do abandono de princípios básicos que presidem à individualização da responsabilidade penal, à imputação objetiva e subjetiva, à autoria

etc.". Não é isso que se pretende aqui. Como já falado, quer se chegar a soluções para problemas atuais reconhecendo as garantias construídas historicamente<sup>142</sup>.

Da senda exposta até aqui<sup>143</sup>, trazemos uma proposta resolutiva de Hassemer - e a pretendemos alocar dentro da perspectiva brasileira do Direito Administrativo tendo em vista os moldes de garantias construídas historicamente que visamos construir. Um instrumento que pode “*responder - melhor que o Direito Penal - à pressão de solução dos problemas atuais e futuros com o conceito genérico de ‘Direito de Intervenção’. Estes instrumentos existem apenas em suas bases, eles ainda devem ser amplamente desenvolvidos [...]*” (Hassemer, Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do Direito, 2008, p. 12) (grifo meu).

Esse *Direito de Intervenção* proposto por Hassemer tem as características que se seguem (Hassemer, Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do Direito, 2008, p. 13):

- aptidão para a solução de problemas antes de ocorrerem danos (capacidade preventiva);
- dispor de atuar com meios de controle e fiscalização, e não somente com meios de intervenção;
- cooperar ao máximo com diferentes âmbitos de competência;
- um ordenamento processual cujas garantias sejam empírica e normativamente adequadas às possibilidades operacionais do Direito de Intervenção.

Apesar de propositivo, o *Direito de intervenção* pode ser olhado como substituto à alternativa Clássica (a que, atualmente, o Direito Penal Moderno se propõe), já que perfaz *um conceito genérico* que pode ser bem preenchido pela associação do **Direito Administrativo Sancionador** com o **Direito Administrativo propriamente dito**. Tendo as características de ambos (nos aspectos que aqui importam) cotejadas aos elementos da proposta de Hassemer, vemos grande possibilidade de uma **Administrativação da tutela penal** em duas frentes.

<sup>142</sup> Que fique bem claro que se visa a tutelar efetivamente os direitos de segunda geração, sem, com isso, passar-se por cima dos direitos de primeira geração;

<sup>143</sup> Crise do Direito Penal, historicismo garantista...;

A primeira diz respeito ao **Direito Administrativo Sancionador** o qual, numa linha de *expansão de tutela sancionatória contrária à modernização da tutela Clássica* (que funcionalmente tende a *ampliar a capacidade do Direito Penal com a positivação dos crimes de perigo abstrato*<sup>144</sup>), visaria sancionar condutas *de perigo concreto* quando as *novas relações sociais* demandassem uma tutela sancionadora diferenciada<sup>145</sup> (e. g. quanto “o ambiente; as drogas; a economia; o processamento de dados eletrônicos; o terrorismo; a criminalidade organizada; a corrupção”).

A segunda se relaciona com o **Direito Administrativo** em si, visto que este possui enorme “aptidão para a solução de problemas *antes de ocorrerem danos*”, ao mesmo tempo em que seus mecanismos também podem atuar como “meios de controle e fiscalização, e não somente com *meios de intervenção*”, dentro de uma perspectiva operacional e de *State-centered policy-making*<sup>146</sup>.

Quanto ao campo de aplicação dessas duas frentes, ambos os Direitos (Direito Administrativo e o Direito Administrativo Sancionador - DA e DAS) podem surtir efeitos nas mesmas novas relações que surgiram com a modernidade (“o ambiente; as drogas; a economia; o processamento de dados eletrônicos; o terrorismo; a criminalidade organizada; a corrupção”), intercalando-se os dois com o Direito Penal (DP), imputando, a cada um dos três, *funções específicas dentro de cada tutela sancionadora* (DP e DAS), *e da tutela preventiva/fiscalizadora* (DA). Como dentro de cada um destes mecanismos de atuação estatal há diversas peculiaridades - dentro de cada um haveria uma escala de conduta a se tutelar com diferentes diretivas (e. g. a tutela penal com seus regimes diferenciados de cumprimento de pena, podendo-se fazer analogia dentro de cada sistema de tutela estatal com matizes diferentes que se lhes sujeitariam) - se faz necessário também reconhecer o papel de cada um deles dentro da tutela específica (o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador dentro da

---

<sup>144</sup> Cf. Hassemer, Características e crises do moderno direito penal, 2003, p. 60;

<sup>145</sup> Já que não se tira razão de haver “um novo tipo de tutela para um novo tipo de ilícito”. A questão que resta é saber dosar essa nova tutela e seus novos pressupostos a um limite dogmático da pena, ou seja, os novos delitos demandam novas formas de punir que demandam sanções mais leves;

<sup>146</sup> Segundo Secchi “[...] uma política pública é uma orientação à atividade ou à passividade de alguém [...] a razão para o estabelecimento de uma política pública é o tratamento ou a resolução de um problema entendido como coletivamente relevante.” (Secchi, 2010, p. 2). O autor define *state-centered policy-making* como as políticas públicas realizadas pelo Estado, sendo o único protagonista destas políticas. Na opinião que aqui se defende, o Direito Administrativo como Direito de Intervenção, dentro de um caráter prospectivo, pode ser entendido *sub color* de Políticas Públicas. A prospecção do Direito Administrativo, entendido como Política Pública, passa, sobretudo, por uma reforma de pensamento dos gestores em querer realmente resolver problemas que afetam a sociedade, não de remediá-los de maneira simbólica;

*unidade do jus puniendi estatal*, e o Direito Administrativo em termos meramente prospectivos de se tutelar a possibilidade do ilícito).

Essa Administrativação ensejaria reformas significativas na percepção do papel do Estado como agente da tutela sancionatória e preventiva. Primeiramente visarse-ia o reconhecimento de um “Direito Penal Nuclear” a fim de tornar o Direito Penal produtor dentro de um papel delimitado eminentemente de tutela das *lesões aos bens jurídicos individuais clássicos*<sup>147</sup> (Hassemer, Características e crises do moderno direito penal, 2003, p. 65), havendo aí um movimento de “desmodernização” do Direito Penal atual (aquele Clássico, com matizes moderno-universalizantes).

O reconhecimento de um “**Direito Penal Nuclear**” leva a medidas que fariam esvaziar o atual Direito Penal, ensejando um maior protagonismo da tutela sancionatória, dada ao Direito Administrativo Sancionador, e da tutela preventiva, dada ao Direito Administrativo. Como proceder ao reconhecimento de um “Direito Penal Nuclear” e ao conseqüente esvaziamento do atual Direito Penal?

Administrativação seria *colocada em obra* a partir de movimentos de **descriminalização** (postura contrária ao expansionismo do Direito Penal Moderno). Dessa descriminalização de condutas se veria efetivar o princípio da *ultima ratio* do Direito Penal: seria a tutela sancionatória (Direito Administrativo Sancionador) e a preventiva (Direito Administrativo) tomando seus espaços dentro da subsidiariedade que lhes cabe, a partir do reconhecimento de um “Direito Penal Nuclear”. Não haveria, portanto, um simples esvaziar do Direito Penal sem a devida tutela das relações que se colocam na Modernidade. Haveria, sim, essa tutela, mas dentro de uma perspectiva historicista (onde reconhecemos a necessidade de tutelar-se as novas relações humanas dentro da visão que trouxemos de direitos geracionais), não funcionalista, como ocorre pugna o Direito Penal Moderno.

Hassemer pensa diferente quanto ao caráter de um Direito de Intervenção dado por este Trabalho:

“Também um Direito de Intervenção dispõe de possibilidades de *sancionamento*, e inclusive empregará meios jurídico-penais – mas na verdade para a realização de fins preventivos e não repressivos como resposta ao injusto e à culpabilidade. Assim, o fabricante de produtos

---

<sup>147</sup> Deveria se preocupar o Direito Penal com a “reação às lesões mais graves ao interesse da liberdade dos cidadãos [...]” (Hassemer, Características e crises do moderno direito penal, 2003, p. 61);

perigosos poderá ser compelido, inclusive pelo uso da força, por exemplo, a respeitar seu dever de comunicar e de preservar.” (Hassemer, Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do Direito, 2008, p. 13)

Pugna-se pelo papel tanto preventivo, como repressivo da Intervenção. Este último, importante ressaltar, seria realizado em termos **retrospectivos** pelo Direito Administrativo Sancionador, o qual se utilizaria de sancionamento buscando se reprimir uma conduta que deu lugar a um ilícito concreto, que tenha originado dano. Já o efeito preventivo (função única do Direito de Intervenção para Hassemer) seria concretizado por meio de políticas públicas de caráter tanto pedagógico quanto operacional, tendo em vista seu caráter **prospectivos**.

A partir da análise da **Administrativação da tutela penal**, nas suas duas frentes, vê-se que surge uma ligação entre as tutelas a se efetivarem e os direitos a se tutelarem, por óbvio. Diante disso percebe-se que pelas sanções penais (DP), e por parte das sanções ditas administrativas (DAS), se atingiriam *direitos individuais tradicionais* (chamados por Bobbio<sup>148</sup> de *liberdades*), enquanto por outra parcela das sanções administrativas junto da tutela administrativa em si (diante da proposta operacional e de políticas públicas), se tutelariam *direitos sociais* (os quais Bobbio chama *poderes*). Para o autor italiano, o desenvolver de ambos, concomitantemente, é algo *antinômico*, e dentro do aspecto de **Administrativação da tutela penal**, percebe-se que “a realização integral de uns impede a realização integral dos outros.”. Nada mais acertado, afinal a realização de valores diferentes pressupõe meios diferentes de realização, além de uma diversidade própria nas medidas dentro de cada tipo de direito a se tutelar.

Diante dessa realidade construída, pugna-se, dentro ainda da **Administrativação**, que a realização desse instituto se dê por ampliação da tutela por mecanismos relacionados aos *direitos sociais* e pela parcela do Direito Administrativo Sancionador que atinge *direitos individuais tradicionais*, em detrimento da diminuição da tutela através dos mecanismos **penais** de consecução dos *direitos individuais tradicionais*. Tudo com *sub color* do devido processo específico.

Visando sanar a antinomia apontada por Bobbio, propõe-se estender os mecanismos de tutela coletiva (DA e parte do DAS), aumentando o campo de incidência dentro de uma perspectiva horizontal (tutelando mais relações), ao mesmo tempo em

---

<sup>148</sup> Cf. Bobbio, A Era dos Direitos, 2004, p. 21;



que se restringiriam a acentuação da sanção específica dentro de uma perspectiva vertical (adentrando na esfera de direitos pessoais daquele que sofre o efeito). Ou seja, há uma expansão horizontal da tutela pelo Direito Administrativo Sancionador e Direito Administrativo, em detrimento de uma menor incidência vertical da atuação estatal no caso concreto.

Como já dito, alocamos a sanção penal dentro desse caráter retrospectivo da tutela sancionatória (aqui especificamente, na função de prevenção especial negativa)<sup>149</sup>, visto que não se pretende fomentar o uso prospectivo da sanção penal seja porque já se sabe que a prevenção geral negativa pouco tem de efeitos cogentes (ao menos no Direito Penal), seja por ter a certeza de que como prospectivo o caráter da pena poderia ser encarado como política pública, o que não cabe ao Direito Penal realizar.

#### ***4.2 Objetivação da tutela penal, suas consequências processuais e a necessidade de modelos de tutela de ilícitos mais eficientes***

Depreende-se do exposto até aqui que mesmo havendo novos bens jurídicos que mereçam tutela sancionatória diversa da tutela penal clássica, não se pode deixar de garantir os direitos de primeira geração, a saber, *direitos contra o Estado*. São, como visto, direitos de cunho tanto material, quanto processual, que visam, dentro da perspectiva de garantias, dar guarida aos direitos dos cidadãos.

Viu-se, também, que há uma tendência moderna em o Direito Penal afastar-se da proteção aos bens jurídicos individuais dentro do cenário a se reconhecer de renovação das relações intersubjetivas. Quanto mais relações, e relações novas, maior a tendência em se criarem novos tipos penais para que haja tutela das condutas ilícitas adotadas dentro desses novos modos de interação. *Amplia-se a capacidade do Direito Penal a partir de uma objetivação da tutela penal*, quando os ilícitos passam a existir

---

<sup>149</sup> Dentro desse papel sancionador (DP ou DAS) se afirma o papel eminentemente retrospectivo da sanção, sendo que caberia à sanção penal neutralizar o agente da conduta, enquanto, também retrospectivamente, cabe à sanção administrativa neutralizar a conduta, respeitando-se o limite dogmático constitucional (tendo-se nesse tipo de sanção um maior efeito do aspecto geral negativo da função preventiva);

não mais se referindo a danos (é um Direito Penal sem vítimas<sup>150</sup>), mas ao tipo penal abstratamente, algo *em-si-mesmo*, onde a pena não era mais vista como consequência do ilícito, mas sim como afirmação da norma.

Essa moderna tutela penal, referente a crimes de perigo abstrato, acaba por facilitar sobremaneira a “tutela” de bens jurídicos, pois “Se se renuncia à prova de um dano, não se pode mais encontrar a prova de causalidade. Por consequência, se insiste na prova da conduta incriminada, cuja gravidade não depende da apreciação do juiz [...] a tarefa do juiz é facilitada de um modo extraordinário.”<sup>151</sup>.

Não se prega, aqui, que não exista objetivação de tutela em que seja cominada algum tipo de sanção, ao menos quando esse sancionamento ocorrer em termos de Direito Administrativo por meio de um processo dialético de Administrativação da tutela penal, o que se dá com a partir de descriminalização de condutas.

“Os bens jurídicos universais e os crimes de perigo abstrato [...] levam consigo um problema [...]. Se se trabalha nos âmbitos mencionados com os referidos instrumentos penais, então se reduz, a longo prazo, a clareza e a percepção do injusto. As descrições dos delitos do moderno Direito Penal são orientadas pela criminalidade absolutamente sem vítimas ou com vítimas rarefeitas. Não se exige mais um dano. O injusto não é mais do que o resultado de um pura avaliação técnica. Deve-se refletir se a visibilidade do injusto [...] é e deve continuar sendo um critério do Direito Penal, do que de um âmbito especial do Direito.” (Hassemer, Características e crises do moderno direito penal, 2003, p. 61)

Fábio Medina Osório<sup>152</sup>, sobre a objetivação da tutela sancionatória quando em relação a pessoas jurídicas, afirma que nesse campo de tutela o Direito Administrativo Sancionador tende a dispor de instrumentos mais eficazes contra ilícitos praticados por empresas, já que, como abordado, o Direito Penal trabalha com instrumentos de imputação de responsabilidade que recaem sobre atitudes com atributos

---

<sup>150</sup> Na verdade a vítima é quem sofre o processo penal na busca de um punir simbólico;

<sup>151</sup> Cf. Hassemer, Características e crises do moderno direito penal, 2003, p. 60;

<sup>152</sup> Cf. Osório, 2011, p. 385;

especificamente humanos (*apesar de a responsabilidade objetiva ser excepcional, mesmo fora do campo punitivo*).

Nessa senda, se percebe que o Direito Penal não consegue suprir toda a tutela de maneira satisfatória, sendo que, se não houvesse em certos casos uma responsabilidade objetiva, não haveria punição ou medidas de cunho ressarcitório (o que não é campo do Direito Sancionador), sobretudo em tutela ambiental.

Medina Osório<sup>153</sup> colaciona julgados da Corte Constitucional espanhola reconhecendo a “capacidade infratora” a pessoas jurídicas: “Disse o órgão julgador que o princípio da culpabilidade, ou o princípio da pessoalidade da pena ou sanção, não impedem a responsabilidade direta das pessoas jurídicas.” Afirma que aquela Corte reconheceu que a Pessoa Jurídica<sup>154</sup> deveria agir ao menos de forma *culposa* para ser responsabilizada por meio do Direito Administrativo Sancionador, sendo que o único voto vencido desse julgamento chega a admitir mera *culpa in vigilando* para que haja responsabilidade.

Quanto à responsabilização nessa seara, Osório afirma que:

“A culpabilidade do Direito Administrativo Sancionador não é, por certo, idêntica àquela vigente no Direito Penal. Mesmo nesse ramo jurídico (penal), aliás, se discute a respeito de modernas tendências de responsabilização da empresa jurídica, o que suscita uma outra série de reflexões e de debates, a começar pela eficácia e pela exequibilidade de sanções genuinamente penais. Em nossa ótica, o Direito Penal deve direcionar suas ‘armas legais’ ao âmbito das penas privativas de liberdade, muito mais do que às chamadas ‘penas alternativas’, embora essas últimas possam ostentar grande relevância quando acompanhadas da implícita ou expressa possibilidade de conversão em penas privativas de liberdade. Quero dizer que a vocação do Direito Penal é a punição através da privação da liberdade, eis a nota peculiar a esse ramo jurídico.” (Osório, 2011, p. 391)

Como dito anteriormente, cada ramo do Direito tem suas peculiaridades e, em vista delas, se buscará - por meio de escolhas tomadas pelo legislador - dotar cada

---

<sup>153</sup> Cf. Osório, 2011, p. 391;

<sup>154</sup> Cf. NR nº 49, p. 391 da citada obra de Osório;

movimento de responsabilização sancionatória dentro dos níveis adequados de liberdade punitiva em seus respectivos limites dogmáticos.

*“O Direito Administrativo, muito mais próximo à realidade social e à necessidade de tutela do interesse público [...]”<sup>155</sup> fez com que “[...] substituiu-se a ideia de homem como fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais.”<sup>156</sup>*

---

<sup>155</sup> Cf. Osório, 2011, p. 386;

<sup>156</sup> Cf. Pietro, 2014, p. 66;

## 5 CONCLUSÃO

O Trabalho buscou o constante cotejo histórico das matizes internas do *jus puniendi* estatal a fim de lhes analisar as *características peculiares*, mesmo se concluindo por uma união do punir estatal em critérios dogmáticos, topologicamente inscritos na Constituição Federal.

Claro se torna essa unidade quando se analisa o contexto histórico em que surgem as sanções, em primeiro momento com a queda do Antigo Regime. Posteriormente, quando da ruptura do Estado de Polícia e a efetivação do Estado Moderno. Essas rupturas trouxeram garantias específicas na formação do Estado Moderno: garantias contra o Estado e garantias no Estado, respectivamente em relação às rupturas trazidas acima.

São direitos ditos fundamentais, sendo que a ordem de ruptura privilegiou primeiramente os direitos individuais, após, os direitos sociais.

Surgem novas demandas em termos de tutela. Há mudança na demanda por solução de problemas, visto as novas relações jurídicas surgidas na sociedade moderna. São direitos que merecem tutelas específicas, não podendo ser efetivados, dentro de uma tutela penal clássica, com mecanismos diferentes.

Despretensiosamente, e tendo por base o autor alemão Winfried Hassemer, cogitamos a possibilidade de tutelar de maneira supostamente efetiva, ou pelo menos não contraproducente, essas novas relações através do Direito de Intervenção, modelo teórico, o qual fora preenchido com toques de Direito Administrativo e Direito Administrativo Sancionador recaindo num movimento chamado de Administrativação da tutela penal.

## 6 Obras Citadas

- Betti, E. (2007). *Interpretação Jurídica dos Atos Jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes.
- Bobbio, N. (2004). *A Era dos Direitos*. (C. N. Coutinho, Trad.) Rio de Janeiro: Elsevier.
- Bobbio, N. (2006). *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. (E. B. Márcio Pugliesi, Trad.) São Paulo: Ícone.
- Bonavides, P. (2010). *Curso de Direito Constitucional* (25a ed.). São Paulo: Malheiros.
- Brasil. (5 de outubro de 1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Congresso Nacional.
- Chapus, R. (1997). *Droit Administratif Général* (11 ed., Vol. I). Paris: Montchrestien.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías*. (P. A. Greppi, Trad.) Madrid: Editorial Trotta.
- Filho, F. B. (2010). *Sanção Penal e Suas Espécies*. Curitiba: Juruá.
- Filho, J. d. (2014). *Manual de Direito Administrativo* (27 ed.). São Paulo: Atlas.
- Filho, M. J. (2009). *Curso de Direito Administrativo* (4 ed.). São Paulo: Saraiva.
- Foucault, M. (2003). *Vigiar e Punir*. (R. Ramallete, Trad.) Petrópolis: Vozes.
- Hassemer, W. (2003). Características e crises do moderno direito penal. (N. PUC/RS, Ed.) *Revista de Estudos Criminais* 8 , 54-66.
- Hassemer, W. (abril de 2008). Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do Direito. *REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITOS HUMANOS E POLÍTICA CRIMINAL - REDHPC* , 16.
- Hassemer, W. (2007). *Direito Penal Libertário*. (R. Greve, Trad.) Belo Horizonte: Del Rey.
- Hegel, G. W. (1997). *Princípios da Filosofia do Direito*. (O. Vitorino, Trad.) São Paulo: Martins Fontes.
- Hobbes, T. (2004). *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. (J. P. Silva, Trad.) São Paulo, SP: Nova Cultural.
- <http://www.intoleranceagainstchristians.eu>. (10 de Janeiro de 2014). Acesso em 15 de Outubro de 2014, disponível em Intolerance Against Christians: <http://www.intoleranceagainstchristians.eu/publications/report-2013.html>
- Jr., A. L. (2012). *Direito Procesual Penal* (9a ed.). São Paulo: Saraiva.
- Jr., M. R. (2000). *Teoria do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Masi, C. V. (2013). *O crime de evasão de divisas na era da globalização*. Porto Alegre: Pradense.

- Meirelles, H. L. (2014). *Direito Administrativo Brasileiro* (40 ed.). São Paulo: Malheiros.
- Mello, C. A. (2009). *Curso de Direito Administrativo* (26 ed.). São Paulo: Malheiros.
- Mirabete, J. F., & Fabbrini, R. N. (2010). *Manual de Direito Penal, parte geral*. São Paulo: Atlas.
- Osório, F. M. (2011). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo : Revista dos Tribunais.
- Pietro, M. S. (2014). *Direito Administrativo* (27 ed.). São Paulo: Atlas.
- Piovesan, F. (2003). *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad.
- Prado, L. R. (2003). *Bem jurídico-penal e constitucional* (3ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Roberto, G. B. (2003). *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey.
- Rusche, G., & Kirchheimer, O. (1999). *Punição e Estrutura Social*. (G. Neder, Trad.) Rio de Janeiro: Freitas Bastos.
- Santos, J. C. (2006). *Direito Penal Parte Geral*. Curitiba: Lumen Juris.
- Scalcon, R. L. (2013). *Ilícito e pena: Modelos Opostos de Fundamentação do Direito Penal Contemporâneo*. Rio de Janeiro: GZ.
- Secchi, L. (2010). *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning.
- Silva, V. A. (2002). O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais* 798 , 23-50.
- Silva, V. A. (2003). Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais I* , 607-630.
- Sousa, S. A. (2010). Sociedade de risco: requiem pelo bem jurídico? (IBCCRIM, Ed.) *Revista Brasileira de Ciências Criminais* , 86, 231-246.
- Staffen, M. R. (2012). *Processo Administrativo Disciplinar Como Procedimento Em Contraditório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Wieacker, F. (2004). *História do Direito Privado Moderno*. (A. M. Espanha, Trad.) Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Zaffaroni, E. R. (2001). *Em busca das penas perdidas* (5 ed.). (V. R. Pedrosa, & A. L. Conceição, Trads.) Rio de Janeiro: Ravan.
- Zaffaroni, E. R., & Pierangeli, J. H. (2008). *Manual de Direito Penal Brasileiro* (7 ed., Vol. 1). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Zippelius, R. (1997). *Teoria Geral do Estado*. (K. P.-A. Coutinho, Trad.) Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.