

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO**

**Guilherme Yadoya de Souza**

**ASPECTOS DE INDIVIDUALIZAÇÃO E DE DOSIMETRIA  
DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS**

**Porto Alegre  
2014**

**GUILHERME YADOYA DE SOUZA**

**ASPECTOS DE INDIVIDUALIZAÇÃO E DE DOSIMETRIA  
DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS**

**Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel.**

**Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Maria Isabel de Azevedo Souza**

**Porto Alegre  
2014**

GUILHERME YADOYA DE SOUZA

**ASPECTOS DE INDIVIDUALIZAÇÃO E DE DOSIMETRIA  
DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS**

Monografia apresentada ao Departamento de  
Direito Público e Filosofia do Direito da  
Faculdade de Direito da Universidade Federal  
do Rio Grande do Sul como requisito parcial  
para obtenção do grau de Bacharel.

Aprovada em 11 de julho de 2014.

BANCA EXAMINADORA:

---

Professora Maria Isabel de Azevedo Souza  
Orientadora

---

Professora Doutora Vivian Josete Pantaleão Caminha

---

Professor Doutor Bruno Nubens Barbosa Miragem

## RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar os preceitos jurídicos e os critérios que orientam a aplicação das sanções administrativas, em um cenário no qual o legislador concede grande liberdade para que a Administração Pública defina a sanção no caso concreto. Inicia-se pela análise dos fundamentos do poder administrativo sancionador. Aborda-se a discussão acerca da unidade do poder punitivo estatal, e a influência do Direito Penal no Direito Administrativo Sancionador. Examinam-se, em seguida, os princípios que norteiam a aplicação das sanções administrativas, destacando-se a legalidade, a tipicidade, a discricionariedade administrativa, a finalidade e a motivação. Defende-se que a aplicação das sanções administrativas não pode prescindir de sua adequada individualização, devendo ser consideradas as circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto, de modo que a sanção seja proporcional à infração. Nesse sentido, examina-se a culpabilidade do agente como fundamento e como limite para o exercício do poder sancionador pela Administração Pública. Analisam-se, por fim, critérios dosimétricos gerais que podem ser utilizados pela Administração Pública na individualização e na dosagem das sanções administrativas.

Palavras-chave: Direito Administrativo Sancionador; Sanção administrativa; Aplicação; Individualização; Dosimetria.

## **ABSTRACT**

The objective of the present work is to analyze the principles and criteria that should orient the application of administrative sanctions by public administration; in a scenario where the legislature concedes a significant margin of autonomy to the administrative authority in the measurement of sanctions in concrete cases. Beginning with the analysis of the fundamentals of administrative punishment power, followed by the discussion about the unit of public punishment power and the influence of criminal law on sanctioning administrative law. It will be examined the principles that should lead the application of varying administrative sanctions, highlighting legality, administrative discretion, aim and motivation. Sustaining that the application of administrative sanctions must be individualized, it should be considered the objective and subjective circumstances of concrete cases, in order to ensure that the sanction is proportional to the infraction. Furthermore, the culpability of the agent is examined as both reasoning and limit in order to exercise the sanctioning power of public administration. Lastly, it is analyzed the general criteria that could be applied by public administration in the individualization and measurement of administrative sanctions.

**Keywords:** Sanctioning Administrative Law; Administrative Sanction; Application; Individualization; Measurement.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>1 INDIVIDUALIZAÇÃO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA.....</b>	<b>10</b>
1.1 DIREITO PUNITIVO ESTATAL.....	10
1.1.1 Ilícitos penais e infrações administrativas .....	10
1.1.2 Unidade (ou núcleo) do poder punitivo estatal.....	13
1.2 PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA TIPICIDADE.....	17
1.2.1 Princípio da legalidade .....	17
1.2.2 Princípio da tipicidade .....	18
1.2.3 Controvérsias relacionadas aos princípios da legalidade e da tipicidade .....	20
1.3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA .....	23
1.4 MOTIVAÇÃO .....	27
1.5 FINALIDADE .....	30
1.6 INDIVIDUALIZAÇÃO .....	33
1.6.1 Princípio da individualização no Direito Administrativo .....	33
1.6.2 Princípio da individualização no Direito Penal .....	35
<b>2 DOSIMETRIA DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA .....</b>	<b>37</b>
2.1 PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE .....	37
2.2 CULPABILIDADE .....	40
2.2.1 Culpabilidade como fundamento .....	40
2.2.2 Culpabilidade como limite.....	45
2.2.3 Juízo quantitativo de culpabilidade .....	47
2.2.4 Dolo e culpa.....	49
2.2.5 Causas de exclusão, erro de tipo e de proibição .....	50
2.3 CRITÉRIOS DOSIMÉTRICOS .....	52
2.3.1 Concurso entre critérios dosimétricos .....	55
2.3.2 Limite inferior como ponto de partida.....	56
2.3.3 Condição pessoal .....	57
2.3.4 Relação com a Administração Pública .....	58
2.3.5 Reincidência geral e específica.....	60
2.3.6 Antecedentes.....	62
2.3.7 Capacidade econômica .....	64
2.3.8 Motivos da infração .....	65
2.3.9 Gravidade e conseqüências da infração .....	67
2.3.10 Boa-fé .....	69
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>71</b>

## INTRODUÇÃO

O Estado possui o dever de executar serviços públicos e recebe, por esse motivo, a competência para interferir na esfera jurídica dos particulares, impondo-lhes deveres e obrigações. Os indivíduos, em determinadas situações, em suas atividades ou no uso de seus bens, podem colocar em risco interesses coletivos, surgindo a necessidade da Administração Pública, na busca de assegurar o bem-estar geral, aplicar-lhes sanções.

Verifica-se, na atualidade, uma expansão da atividade sancionadora da Administração Pública, decorrente do crescente intervencionismo estatal nos mais diversos setores. Apenas nos últimos cinco anos, as entidades e os órgãos federais aplicaram um total de 61 bilhões de reais em multas a pessoas físicas e jurídicas.<sup>1</sup>

No entanto, mesmo diante da freqüência com que são aplicadas e da gravidade de suas conseqüências, as sanções administrativas e seus critérios de aplicação ainda não possuem no ordenamento jurídico brasileiro uma disciplina jurídica satisfatória.

É comum que a lei defina diversas espécies de sanções administrativas e delegue à Administração Pública a escolha da medida a ser aplicada no caso concreto. É igualmente comum que a legislação estipule sanções variáveis, com limites mínimos e máximos, dentro dos quais, a autoridade administrativa deverá definir a sanção cabível.

Parte da doutrina critica o fato de que as leis estabelecem sanções que conferem à Administração Pública uma esfera de liberdade demasiadamente elevada para definir a graduação da sanção no caso concreto.<sup>2</sup> A Lei de Crimes Ambientais<sup>3</sup>, por exemplo, ao fixar

---

<sup>1</sup> Notícia veiculada em 4 de junho de 2014. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/06/em-cinco-anos-governo-federal-arrecada-so-5-8-do-valor-aplicado-em-multas-4517852.html>>. Acesso em: 4 jun. 2014

<sup>2</sup> “Assim também não se poderá considerar válida lei administrativa que preveja multa variável de um valor muito modesto para um extremamente alto, dependendo da gravidade da infração, porque isto significaria,

as sanções penais e administrativas decorrentes de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, concedeu à Administração a prerrogativa de aplicar a sanção de multa entre o valor mínimo de cinquenta reais até o valor máximo de cinquenta milhões de reais.

Nesse contexto insere-se a presente pesquisa, cujo objetivo é o de examinar os preceitos jurídicos e os critérios que devem nortear a definição e a dosagem da sanção no caso concreto pela autoridade administrativa.

Na primeira parte, apresentamos os fundamentos do Direito Administrativo Sancionador. Iniciamos destacando a relação existente entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, bem como a controvérsia relacionada à unidade do poder punitivo estatal.

Analisamos os princípios da legalidade, da tipicidade e da finalidade, bem como a discricionariedade administrativa envolvida na aplicação das sanções e a importância da motivação do ato sancionador.

Defendemos, ainda, que o princípio da individualização incide igualmente no Direito Administrativo Sancionador, determinando que sejam consideradas na aplicação da sanção as circunstâncias subjetivas e objetivas do caso concreto, um direito público subjetivo do cidadão afetado.

---

na real verdade, a outorga de uma ‘discricionariedade’ tão desatada, que a sanção seria determinável pelo administrador e não pela lei, incorrendo esta em manifesto vício de falta de ‘razoabilidade’.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. rev. e atual. até a emenda constitucional 68 de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 871)

“Por isso, a lei não poderá estipular patamares de multa ‘mínimo e máximo’ com enorme disparidade, porque não atende aos reclamos do regime democrático de Direito, baseado no princípio da segurança jurídica.” (VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 92)

<sup>3</sup> “Art. 75. O valor da multa de que trata este Capítulo será fixado no regulamento desta Lei e corrigido periodicamente, com base nos índices estabelecidos na legislação pertinente, sendo o mínimo de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e o máximo de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).”

BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2014.

Na segunda parte analisamos os preceitos que orientam a definição e a dosagem da sanção pela autoridade administrativa. Examinamos a incidência dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo que seja preservada a adequação entre a sanção e a infração.

Avançamos para o estudo do elemento central na delimitação da responsabilidade do agente, o exame da culpabilidade, que funciona como fundamento e como limite para a sanção estatal.

Apresentamos, por fim, critérios dosimétricos gerais que podem ser considerados pela autoridade administrativa na graduação da sanção.

## 1 INDIVIDUALIZAÇÃO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA

O Direito Administrativo Sancionador regula a imposição de sanções pela Administração Pública, visando conferir maior segurança jurídica às relações travadas com os cidadãos. Nesta primeira parte da pesquisa apresentamos alguns de seus fundamentos, encerrando com o princípio da individualização da sanção administrativa.

### 1.1 DIREITO PUNITIVO ESTATAL

#### 1.1.1 Ilícitos penais e infrações administrativas<sup>4</sup>

A doutrina brasileira, ainda que de modo não unânime, consagra o critério meramente formal de distinção entre o ilícito penal e o ilícito administrativo.

No entendimento de Régis Fernandes de Oliveira<sup>5</sup>, os conceitos de ilícito civil, criminal e administrativo não se distinguem em sua essência, sendo uma e mesma coisa. Para sua diferenciação deve-se analisar o regime jurídico do ato praticado, bem como o meio posto à disposição do Estado para aplicar as punições. Assim, quando a restauração da ordem jurídica for incumbida ao órgão de poder encarregado de dizer o direito, teremos a pena criminal. De modo diverso, quando o ordenamento jurídico atribuir a aplicação da sanção a um órgão administrativo, ou judicial ou legislativo no exercício de funções administrativas atípicas, teremos a sanção administrativa. Em resumo, crime e contravenção seriam julgados por órgão jurisdicional e a infração por órgão administrativo. O fundamento, portanto, para a diferenciação seria o regime jurídico aplicável e a eficácia jurídica do ato produzido: decisão judicial ou decisão administrativa.

---

<sup>4</sup> Ainda que inexista distinção precisa entre os conceitos de ilícito ou de infração, e entre os conceitos de pena ou de sanção, sendo comum aos administrativistas e penalistas a utilização desses conceitos como sinônimos uns dos outros, utilizaremos, preferencialmente e sempre que possível, os conceitos de ilícito e de pena para indicar as categorias do Direito Penal, e os conceitos de infração e de sanção para indicar as categorias do Direito Administrativo.

<sup>5</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Infrações e sanções administrativas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 33

Não há que se cogitar qualquer distinção substancial entre infrações e sanções administrativas e entre infrações e sanções penais, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>6</sup>.

Opinião semelhante é compartilhada por Heraldo Garcia Vitta, ao indicar que se o ordenamento jurídico conferir à autoridade judiciária, no exercício da função jurisdicional típica, impor sanção diante da não observância de determinado dever jurídico por parte do indivíduo, estaremos diante de um ilícito penal. De outra parte, se a ordem normativa estabelecer competência para a autoridade administrativa impor a sanção, estaremos diante de um ilícito ou infração administrativa<sup>7</sup>. Para o doutrinador, as sanções penais e administrativas são iguais, homogêneas, e eventuais divergências de gravidade não significam distinção de fundo, de substância. As sanções são ontologicamente iguais, o critério para distingui-las é o da autoridade competente para impô-las, segundo o ordenamento jurídico, consagrando o critério formal de distinção<sup>8</sup>.

Na mesma linha de raciocínio, a delimitação entre ilícito penal e ilícito administrativo, na opinião da doutrinadora espanhola Ángeles de Palma del Teso<sup>9</sup>, deve ser colocada a partir de uma concepção valorativa-normativa, cabendo ao legislador considerar se a conduta ilícita merecerá a pena criminal ou a sanção administrativa.

O critério formal, também para Daniel Ferreira<sup>10</sup>, é o mais adequado para distinguir os ilícitos penais e administrativos, porque somente com base no regime jurídico, por meio da identificação da autoridade competente e do rito adequado para investigação dos fatos, é que será possível concluir pelo cometimento de um ou de outro. O autor ressalta, contudo, a

---

<sup>6</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. rev. e atual. até a emenda constitucional 68 de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 863.

<sup>7</sup> VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no Direito Administrativo**. São Paulo, Malheiros: 2003, p. 33

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 67

<sup>9</sup> DEL TESO, Ángeles de Palma. **El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador**. Madrid: Tecnos, 1996. p. 32

<sup>10</sup> FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009. p. 181.

inexistência de um conceito de validade universal, pois, em sua opinião, os conceitos, assim com as classificações, não são válidos ou inválidos, apenas úteis ou inúteis.

O limite entre as duas esferas, segundo o penalista Luiz Regis Prado<sup>11</sup>, é em geral bastante tênue e volátil, tanto que determinados delitos são transformados em infrações administrativas e vice-versa, dependendo das diretrizes político-criminais empregadas. Nesses termos, é de se constatar a impossibilidade de serem identificados critérios sólidos que permitam apreciar uma diferença de ordem qualitativa relevante entre ilícito penal e ilícito administrativo. O delito e a infração administrativa têm um conteúdo material similar e idêntica estrutura lógica. Tanto as penas quanto as sanções administrativas encontram justificativa na magnitude da lesão a um bem jurídico determinado, bem como na necessidade de sua imposição. Entre crime e infração administrativa, portanto, existem apenas diferenças quantitativas ou de grau, nunca de essência. As infrações administrativas, portanto, não se esgotam em simples mandamentos e proibições de Direito, desprovidos de qualquer sentido. Referem-se igualmente à gravidade da lesão, ou do perigo de lesão, a um bem jurídico, pois, se o injusto administrativo fosse puramente formal, seria impossível a graduação das diferentes sanções administrativas.

A distinção entre pena criminal e sanção administrativa, destaca Regis Fernandes de Oliveira<sup>12</sup>, não deve pautar-se pelo grau de agressão ou intensidade de afronta à ordem jurídica, pois essa distinção seria de pouca utilidade, na medida em que o legislador qualifica os comportamentos humanos através de critérios políticos, sociais, valorativos, religiosos e econômicos, etc., selecionando-os pela hipótese normativa e atribuindo-lhes a consequência jurídica que entenda mais adequada.

---

<sup>11</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120**. 12 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 76-77

<sup>12</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 66

Contra-pondo-se parcialmente à corrente majoritária, Fábio Medina Osório<sup>13</sup> entende que a aplicação da sanção por agente administrativo não configura um elemento indissociável da infração administrativa, na medida em que podem as autoridades judiciárias, de igual modo, aplicar essa espécie de medida punitiva, desde que a competência repressiva específica da tutela de valores protegidos pelo Direito Administrativo seja outorgada por lei, a exemplo do que ocorre atualmente no julgamento das ações de improbidade administrativa pelo Poder Judiciário, no exercício de suas funções típicas.

### 1.1.2 Unidade (ou núcleo) do poder punitivo estatal

Hely Lopes Meirelles, ao discorrer sobre o processo administrativo punitivo, afirma que “são adotáveis, subsidiariamente, os preceitos do processo penal comum, quando não conflitantes com as normas administrativas”.<sup>14</sup>

A opinião de Ángeles Del Teso é a de que a potestade penal do Judiciário e a potestade sancionadora da Administração formam parte do mesmo e genérico poder punitivo estatal, pois, ao serem, um e outro, ilícito penal e ilícito administrativo, instrumentos punitivos que perseguem a mesma finalidade, seu regime de exercício e as garantias a eles contrapostas devem ser substancialmente iguais. A tese do poder punitivo estatal único oferece um substrato de princípios punitivos sobre o qual se deve construir uma teoria da infração administrativa que assegure adequadamente o equilíbrio entre o interesse público e as garantias individuais dos cidadãos, cabendo o legislador, ao criar, qualificar e estabelecer o regime jurídico do ilícito administrativo, observar que ele compartilha um substrato comum com o Direito Penal, ambos manifestações do *ius puniendi* estatal.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 85.

<sup>14</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 653

<sup>15</sup> DEL TESO, *op. cit.*, p. 30-35

Nessa mesma linha a opinião de Edilson Pereira Nobre Júnior<sup>16</sup> que, apesar de reconhecer a distinção entre crimes e infrações administrativas, afirma que em ambos situa-se a manifestação punitiva do Estado, sendo recomendável a aplicação dos postulados informadores da aplicação de punições criminais à ordenação das sanções administrativas, na medida em que possuem sistematização doutrinária e legislativa mais antiga e desenvolvida, respeitando-se as peculiaridades atinentes às sanções administrativas. Para o doutrinador, deve ser possível que o administrador, com as adaptações exigidas pelo Direito Administrativo, valer-se dos postulados do Direito Penal.

Na opinião de Ángeles del Teso<sup>17</sup>, ainda que não exista relação de hierarquia ou de subordinação entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal, isso não significa que não seja preciso recorrer ao Direito Penal, em razão do seu grande desenvolvimento dogmático, em razão da ausência de positivação no ordenamento jurídico das regras gerais do Direito Administrativo Sancionador. Torna-se obrigatório, nesse cenário, recorrer ao Direito Penal na busca dos instrumentos necessários para tornar efetivo o reconhecimento das garantias individuais de aplicação geral no âmbito punitivo estatal.

Daniel Ferreira afirma que o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador atuam em parceria, ora apresentando-se juntos, ora de modo isolado, sendo necessário perceber e assimilar “esses dois ramos didaticamente autônomos quase sem autonomia, fazendo de um o especial companheiro do outro.”<sup>18</sup>

Na visão dos penalistas, destaca-se a opinião de Luiz Regis Prado, no sentido de que as relações entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador “são estreitas e

---

<sup>16</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 274-275

<sup>17</sup> DEL TESO, *op. cit.*, p. 39. A autora refere-se à ausência de positivação no ordenamento jurídico espanhol, no entanto, a crítica também pode ser transportada para a realidade brasileira, uma vez que também no ordenamento jurídico nacional a positivação das regras gerais do Direito Administrativo Sancionador ainda é incipiente. Nesse sentido a observação de Rafael Munhoz de Mello de que “No ordenamento jurídico brasileiro não há diploma legal que disponha sobre os princípios que devam ser observados pela Administração Pública no exercício do *ius puniendi* estatal [...]” (*op. cit.*, p. 189)

<sup>18</sup> FERREIRA, *op. cit.*, p. 187

complexas, especialmente no contexto de proteção a bens jurídicos metaindividuais, onde a inter-relação penal/administrativa fica ainda mais evidenciada.”<sup>19</sup> Para o doutrinador, se por um lado as sanções administrativas não têm natureza de pena, elas decorrem igualmente do exercício do direito de punir estatal em relação aos ilícitos praticados no âmbito de atuação da Administração Pública, restando demonstrada a existência de uma potestade administrativa diferente da potestade penal, ainda que muito próxima a ela. Assim, o poder punitivo genérico estatal manifesta-se tanto como potestade penal, quanto como potestade administrativa sancionadora<sup>20</sup>

Por outro lado, para o professor Ruy Cirne Lima<sup>21</sup> não subsistem no Direito Administrativo Sancionador os princípios mais característicos do Direito Penal, ainda que persistam as noções fundamentais de violação da regra jurídica e da necessidade de reparação do mal causado. Para o administrativista, os princípios de restauração da ordem jurídica variam profundamente entre os dois ramos, devendo ser enunciados sob inspiração própria do Direito Administrativo, e não do Direito Penal, as bases práticas do Direito Administrativo sancionador. As distinções entre os ilícitos penais e os ilícitos administrativos situariam-se, dentro outros, na comunicabilidade das sanções administrativas, nas distintas regras atinentes ao ônus da prova, na possibilidade de revisão prejudicial ao réu, bem como na possível cumulação em uma mesma sanção administrativa, das funções de punição e reparação, como ocorre no caso da multa.

Fábio Medina Osório reconhece que a mais importante e fundamental consequência da suposta unidade do *ius puniendi* estatal seria a aplicação de princípios comuns ao Direito Penal e ao Direito Administrativo Sancionador, reforçando-se as garantias individuais<sup>22</sup>. O autor, no entanto, refuta uma suposta unidade absoluta do poder punitivo estatal<sup>23</sup>,

---

<sup>19</sup> PRADO, *op. cit.*, p. 77

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 75

<sup>21</sup> LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7. ed. rev. e reelab. por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 585

<sup>22</sup> OSÓRIO, *op. cit.*, p. 120

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 119 “Para que houvesse um unitário poder sancionador do Estado, em moldes rígidos e inflexíveis, seria necessário constatar que toda e qualquer manifestação punitiva estatal estaria submetida a um

reconhecendo, por outro lado, a existência de um núcleo comum, com distintos contornos para o Direito Penal e para o Direito Administrativo Sancionador:

“A regra, enfim, é a existência de diferenças, não de identidades entre os direitos penal e administrativo sancionador, como também no interior desses modelos se reproduz a mesma lógica das diferenciações intensas. Nesse ponto, cabe lembrar que a existência de diferenças, e grau acentuado, justifica a invocação de regimes jurídicos distintos para realidades distintas, mas não se pode ignorar a possibilidade dos chamados ‘núcleos duros’ aos quais determinadas realidades normativas devem reportar-se, aí residindo eventual sentido de uma perspectiva unitária ou hierarquizada. [...] tal circunstância justifica a tese de que inexiste um unitário *ius puniendi* estatal em bases rígidas, mas não impede que se reconheça um tipo distinto de unidade, baseada no reconhecimento de diferenças e do núcleo básico de fundamentação das regras e princípios com conteúdos comuns ao Direito Punitivo.”<sup>24</sup>

E conclui, afirmando que esse núcleo duro, ou conteúdo mínimo, encontra fundamento imediato nos direitos e garantias constitucionais:

“Do exposto, o que se percebe é que o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, se bem que não se valham invariavelmente das mesmas técnicas, nem encontrem os mesmos regimes jurídicos, acabam adentrando núcleos estruturantes dos direitos fundamentais dos acusados em geral, na perspectiva de submissão às cláusulas do devido processo legal e do Estado de Direito. O Direito Punitivo, assim, encontra um núcleo básico na Constituição Federal, núcleo normativo do qual emanam direitos constitucionais de conteúdo variáveis, embora 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 que dominam tanto o Direito Penal, quanto o Direito Administrativo. Tais cláusulas, se bem que veiculem conteúdos distintos, também veiculam conteúdos mínimos obrigatórios, onde repousa a idéia de unidade mínima a vincular garantias constitucionais básicas aos acusados em geral.”<sup>25</sup>

O administrativista espanhol Alejandro Nieto, nessa mesma linha de raciocínio, dirige críticas à utilização indiscriminada, naquele país, de princípios e de critérios do Direito Penal no Direito Administrativo Sancionador, prática que reputa absolutamente incorreta, ainda que se possa aceitá-la de maneira transitória enquanto estão sendo desenvolvidos os princípios

---

idêntico regime jurídico, subordinando-se a princípios gerais de um superior direito público punitivo. Sem embargo, consta que o poder punitivo do Estado estaria dividido, quando de sua concretização, através de dois grandes ramos jurídicos, a saber, Direito Penal e Administrativo, ambos submetidos a princípios de direito público estatal, com diferenças, nuances, reservas, peculiaridade históricas e culturais.”

<sup>24</sup> OSÓRIO, *op. cit.*, p. 126-127

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 131-132

constitucionais punitivos.<sup>26</sup> Para o estudioso espanhol, o grande objetivo do Direito Administrativo Sancionador consiste em explicar a existência de uma potestade sancionadora da Administração, distinta da penal, ainda que próxima a ela, e dotá-la de meios de exercício técnicos jurídicos suficientes, potencializando as garantias dos particulares.<sup>27</sup>

## 1.2 PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA TIPICIDADE

### 1.2.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade, ou seja, a garantia de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo a não ser em virtude de lei, encontra fundamento constitucional específico no ordenamento jurídico brasileiro<sup>28</sup>.

Esse princípio, e também o seu corolário, o princípio da tipicidade, comuns no Direito Penal, possuem também aplicação no tema das sanções administrativas, na medida em que visam assegurar direitos e garantias fundamentais em face do poder punitivo estatal.

Celso Antônio Bandeira de Mello é categórico ao afirmar que “tanto infrações administrativas como suas correspondentes sanções, têm que ser instituídas em lei – não em regulamento, instruções, portarias e quejandos”.<sup>29</sup>

Opinião compartilhada por outros autores, como Egon Bockmann Moreira<sup>30</sup>, para quem o objetivo do enaltecimento ao princípio da legalidade é definir previamente os limites

---

<sup>26</sup> NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. Madrid: Tecnos, 2005. p. 191

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 177

<sup>28</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso: em 21 jun. 2014.

<sup>29</sup> MELLO, C. A. B., *op. cit.*, p. 867

<sup>30</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 4. ed., atual., rev. e aument. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 90

da atuação administrativa e assegurar garantias aos particulares, pois a conduta do agente público deve ser dar em conformidade com a lei, imune a deliberações oriundas exclusivamente de sua vontade pessoal.

Também para Heraldo Vitta<sup>31</sup>, os princípios da segurança jurídica e da boa-fé obrigam o Estado a atuar sem surpresas, determinando, de modo taxativo, por meio de lei, os comportamentos contrários ao Direito.

Nessa mesma linha posiciona-se Hely Lopes Meirelles<sup>32</sup>, que indica não ser possível à Administração aplicar penalidades não estabelecidas em lei, decreto, ou contrato, assim como não é possível aplicar penalidades sem o devido processo legal, que se erige em garantia individual de nível constitucional.

No entanto, conforme observação de Regis Fernandes de Oliveira<sup>33</sup>, a lei não pode ser exaustiva, pela impossibilidade material de serem previstos todos os comportamentos possíveis por parte dos administrados.

### 1.2.2 Princípio da tipicidade

Também o princípio da tipicidade, isto é, a impossibilidade de existência de crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, encontra fundamento na Constituição da República (art. 5º, inciso XXXIX).<sup>34</sup>

No dizer de Heraldo Garcia Vitta:

---

<sup>31</sup> VITTA, *op. cit.*, p. 90

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 90

<sup>33</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 78

<sup>34</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso: em 21 jun. 2014.

“tipicidade é a qualidade da norma de estabelecer, previamente, a conduta a respeito da qual se atribuirá uma determinada sanção a quem realizá-la. Trata-se de corolário do princípio da legalidade; além de a lei, formal, estabelecer as infrações e as sanções, deverá, taxativamente, determinar a conduta que corresponderá à sanção imposta.”<sup>35</sup>

A tipicidade determina a especificação do que é reprovável e do que é aceito pelo ordenamento jurídico, e também a reprimenda cabível no caso de não observância do mandamento estipulado. Ocorrendo o fato descrito na hipótese da norma, opera-se a subsunção do fato à norma, ou seja, a realização concreta do fato adequado à norma, na qual está prevista a sanção, configurando-se a tipicidade.

Inegável, portanto, que a tipificação da infração e da consequente sanção administrativa esteja vinculada à existência de previsão legal. É possível, no entanto, como afirma Regis Fernandes de Oliveira<sup>36</sup>, que a hipótese legal seja bastante ampla e abrangente, competindo à autoridade administrativa limitar quais as hipóteses de infrações possíveis e suas correspondentes sanções, de acordo com a gravidade de cada uma delas, dentro das molduras legalmente previstas. Não se admite, no entanto, fuga ao princípio da legalidade, considerando-se ilegal qualquer tipo infracional previsto em norma regulamentar sem a devida autorização da lei, o mesmo ocorrendo com a respectiva sanção.

A configuração da infração administrativa, para ser válida, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>37</sup>, há de ser feita de maneira suficientemente clara, para não deixar dúvida sobre a identidade do comportamento reprovável, pois o pressuposto inafastável das sanções implicadas nas infrações administrativas é o de que exista a possibilidade de os cidadãos conhecerem previamente qual a conduta que devem ou não adotar para não incidirem na figura infracional. Cumpre, assim, que a lei informe de maneira suficientemente clara aos administrados as consequências a que estarão sujeitos aqueles que descumprirem as normas

---

<sup>35</sup> VITTA, *op. cit.*, p. 88

<sup>36</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 78

<sup>37</sup> MELLO, C. A. B., *op. cit.*, p. 869-870

pertinentes, pois o Estado deve assegurar aos cidadãos prévia ciência dos gravames que lhes serão inflingidos caso desatendam às leis administrativas.

### 1.2.3 Controvérsias relacionadas aos princípios da legalidade e da tipicidade

No entendimento de Fábio Medina Osório<sup>38</sup> é pacífico que os tipos administrativos são mais “elásticos” que os tipos penais, em razão da dinâmica da atividade administrativa e a da celeridade exigida em sua atuação. Assim, a legalidade das infrações e das sanções administrativas é construída a partir de conceitos ou de termos jurídicos altamente indeterminados, bem como de cláusulas gerais, de princípios e de descrição de valores superiores que conferem amplos espaços à autoridade julgadora.

Por isso, para Celso Antônio Bandeira de Mello não há desrespeito ao princípio da legalidade nas hipóteses em que o enunciado legal pressupõe a elaboração de normas integralmente dependentes de conclusões baseadas em averiguações ou em procedimentos técnicos que só poderiam ser efetuados na esfera administrativa.<sup>39</sup> Entretanto, ressalta o doutrinador, não se poderá considerar válida lei administrativa que preveja multa variável de um valor muito baixo para valor um extremamente alto dependendo da gravidade da infração, na medida em que isto significaria a concessão de uma discricionariedade tão livre que a sanção seria determinável pelo administrador e não pela lei.<sup>40</sup>

Heraldo Garcia Vitta, nessa mesma linha, taxa de inconstitucional, por ofensa à segurança jurídica, a concessão de poder excessivo à autoridade administrativa para estabelecer as condutas e os patamares dos valores de multa, quando a lei disponha sobre o tema de forma muito ampla. Pois, “se o legislador estabelece liberdade amplíssima à autoridade administrativa para impor a penalidade administrativa, nos limites de mínimo e máximo estipulados, o particular não tem como saber, antecipadamente, qual seria a provável

---

<sup>38</sup> OSÓRIO, *op. cit.*, p. 208.

<sup>39</sup> MELLO, C. A. B., *op. cit.*, p. 867.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 871

e específica consequência de sua conduta, pressuposto da pena.”<sup>41</sup> Considerando que apenas a lei poderá estipular infrações e penalidades administrativas, observada a impossibilidade de ampla disparidade de graduação de mínimo e máximo da pena, torna-se inadmissível que o “legislador estipule patamares de multa ‘mínimo e máximo’ com enorme disparidade, porque não atende aos reclamos do regime democrático de Direito, baseado no princípio da segurança jurídica”.<sup>42</sup>

Também é essa a opinião de Marçal Justen Filho<sup>43</sup> ao afirmar que é perfeitamente possível que a lei administrativa remeta à avaliação do administrador a aplicação da sanção em vista da gravidade dos elementos subjetivos apresentados, podendo haver agravantes ou atenuantes previstos em lei e que demandem uma avaliação subjetiva do aplicador. Não se admite, no entanto, o silêncio legislativo ou uma cláusula legislativa geral, delegando à Administração a competência discricionária para determinar os ilícitos e escolher as sanções a eles correspondentes.

A tipificação, no entender do espanhol Alejandro Nieto<sup>44</sup>, pode ser bastante flexível de modo a permitir ao operador jurídico uma margem de atuação no momento de determinar a infração e a sanção no caso concreto, mas não tanto a ponto de permitir que sejam criadas novas infrações quando da aplicação da norma.

Fábio Medina Osório<sup>45</sup> não vislumbra óbices para que detalhes das sanções sejam estipulados pelos administradores públicos, desde que as leis fixem seu conteúdo básico e fundamental. Assim, os limites mínimos e máximos das sanções deveriam ser descritos em normas legais. Os critérios para a aplicação, todavia, poderiam valer-se de conceitos indeterminados a serem regulamentados por norma administrativa.

---

<sup>41</sup> VITTA, *op. cit.*, p. 91

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 92

<sup>43</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 573

<sup>44</sup> NIETO, *op. cit.*, p. 308

<sup>45</sup> OSÓRIO, *op. cit.*, p. 257

Uma diferente consideração do princípio da legalidade, prestigiando a tipicidade material das infrações e das sanções, é defendida por Carlos Ari Sundfeld<sup>46</sup>, que afirma ser possível, conforme o caso, que infrações e sanções não tenham fundamento imediato, mas apenas mediato, em ato normativo de nível legal (lei em sentido formal). Em qualquer caso, não seria admissível a atividade sancionadora exercida diretamente por atos individuais e concretos, produzidos caso a caso pelas autoridades, sem parâmetros abstratos prévios, de índole normativa (lei em sentido material). Haveria, portanto, para as autoridades administrativas o dever de normatizar previamente, por regulamentos, as suas ações concretas que reflitam na esfera jurídica de terceiros sempre que a disciplina completa dos atos administrativos já não se encontre na própria lei. Afirma o doutrinador que não podem existir infrações nem sanções administrativas sem norma legal ou regulamentar suficiente que as tipifique. Não basta haver, em lei ou resolução, um texto principiológico, com um conteúdo embrionário. Para a aplicação de sanções é preciso que a norma não só seja prévia, mas também completa, compreendida como aquela que cumpre o dever de especificação, isto é, que é capaz de antecipar, em abstrato, para os sujeitos envolvidos, tanto a qualificação jurídica dos fatos futuros quanto o conteúdo dos atos administrativos possíveis. Em suma, a regulamentação prévia tem de atender aos requisitos da abrangência, profundidade e consistência.

Assim, para o doutrinador, quando a Administração recebe da lei ampla competência, a ser exercida no plano administrativo com fundamento em balizas legais de natureza aberta, sujeita-se ao ônus de normatizar, como condição prévia do exercício concreto de seus poderes. Nessa linha de raciocínio, não haveria motivos para negar que a Administração possa receber da lei a função de regular extensivamente, por regulamento, matérias e setores, tomando decisões relevantes e significativas e inclusive fazendo inovações jurídicas, “o que não é viável é ela ser autorizada a fazê-lo sem parâmetros suficientes e controles fixados pela

---

<sup>46</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 164

lei, ou fazê-los naqueles casos em que a Constituição tenha instituído uma reserva específica de lei”.<sup>47</sup>

Entendimento semelhante é partilhado por Bruno Miragem, que afirma:

“Desse modo, assim como se tem claro que qualquer exercício de competência normativa infralegal subordina-se ao limite de não contrariedade à lei, também é verdadeiro, no sistema jurídico brasileiro contemporâneo, a existência de espaços de competência normativa regulamentar, seja diretamente pelo Chefe do Poder Executivo, seja pelos órgãos reguladores dotados de competência específica, para criar norma jurídica. Estes não apenas visam ao detalhamento imediato do conteúdo da lei, senão no estabelecimento de normas infralegais que permitam a aplicação *in concreto* dos comandos normativos estabelecidos na legislação.”<sup>48</sup>

Para concluir que:

“Nestas circunstâncias, a rigidez do princípio da legalidade enquanto reserva de lei para disciplina de direito e deveres em sociedade, é substituído por uma compreensão mais ampla do próprio fenômeno da regulação jurídica em direito público, a partir do reconhecimento de um campo à atuação administrativa na conformação de normas jurídicas, orientada pela não contradição da lei, mas que ao mesmo tempo cede espaço para a ampliação do exercício da competência normativa da Administração.”<sup>49</sup>

### 1.3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Por discricionariedade entende-se o poder de que dispõe a autoridade administrativa de decidir, dentro das balizas legais, segundo juízo próprio de oportunidade e conveniência, entre diversas opções que atendam igualmente ao interesse público. Discricionariedade administrativa compreende tanto a faculdade de praticar ou de deixar de praticar certo ato, quanto a possibilidade de o agente público escolher a decisão que considere a mais adequada dentre as legalmente possíveis.

---

<sup>47</sup> SUNDFELD, *op. cit.*, p. 179

<sup>48</sup> MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 225

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 241

Hely Lopes Meirelles, no entanto, esclarece que:

“o poder discricionário não se confunde com poder arbitrário. Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei”, concluindo que “ato discricionário, quanto autorizado pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido”.<sup>50</sup>

Distinguindo os atos discricionários dos atos vinculados, Heraldo Vitta<sup>51</sup> afirma que atos administrativos baseados no exercício da competência discricionária são aqueles nos quais a autoridade administrativa, em face da lei, escolhe a melhor providência para atendimento do interesse público com base em juízo de conveniência e oportunidade. Por sua vez, os atos administrativos baseados no exercício de competência vinculada não outorgam à autoridade administrativa uma possibilidade de escolha para o atendimento do interesse da coletividade, pois a lei já indica o caminho a ser trilhado, inexistindo margem de subjetividade.

É sempre interessante examinar a lição do professor Almiro do Couto e Silva acerca da discricionariedade administrativa:

“No Estado de Direito há necessariamente a submissão de toda atividade pública a uma rede ou malha legal, cujo tecido não é, entretanto, homogêneo. Por vezes ela é composta por fios tão estreitos, que não deixa qualquer espaço aos órgãos e agentes públicos que lhes estão submetidos. Outras vezes, porém, os fios dessa rede são mais abertos, de modo a permitir, que entre eles exista liberdade de deliberação e ação”.<sup>52</sup>

“A faculdade discricionária distingui-se da vinculada pela maior liberdade de ação que é conferida ao administrador”, afirma Hely Lopes Meirelles, e conclui “se para a prática de um ato vinculado a autoridade pública está adstrita à lei em todos os seus elementos formadores, para praticar um ato discricionário é livre, no âmbito em que a lei lhe concede essa faculdade.”<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> MEIRELLES, *op. cit.*, p. 110

<sup>51</sup> VITTA, *op. cit.*, p. 92

<sup>52</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no Direito Administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 179/8:51-92, jan./jun. 1990.

<sup>53</sup> MEIRELLES, *op. cit.*, p.111

A discricionariedade é absolutamente indispensável para o alcance da finalidade administrativa, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Deveras, a regra de Direito, como é óbvio, pretende sempre e sempre a medida capaz de atender excelentemente ao interesse público. Ora, dadas a multiplicidade e variedade de situações fáticas passíveis de ocorrerem – as quais serão sempre distintas entre si pelas circunstâncias que as envolvem e pela coloração que tenham-, é preciso que o agente possa, em consideração à fisionomia própria de cada qual, proceder à eleição da medida idônea para atingir de modo perfeito o objetivo da regra aplicanda. Se a lei todas as vezes regulasse vinculadamente a conduta do administrador, padronizando sempre a solução, tornando-a invariável mesmo perante situações que precisariam ser distinguidas e que não se poderia antecipadamente catalogar com segurança, justamente porque a realidade do mundo empírico é polifacética e comporta inúmeras variantes. Donde, em muitos casos, uma predefinição normativa estanque levaria a que a providência por ela imposta conduzisse a resultados indesejáveis.”<sup>54</sup>

No entanto, no caso das sanções administrativas, o poder discricionário, conforme classificação proposta por Hartmut Maurer<sup>55</sup>, não é o de resolução, entendido como o poder concerne à questão, se a autoridade, no fundo, deve intervir e tornar-se ativa, mas sim o poder de seleção, relacionado à questão sobre quais das medidas possíveis e admissíveis devem ser tomadas no caso concreto.

Para Heraldo Vitta<sup>56</sup>, se o sujeito infringir o mandamento normativo, a autoridade administrativa encarregada de apurar a infração terá o dever de iniciar o procedimento administrativo, e uma vez provada a conduta ilícita, deverá impor-lhe a penalidade respectiva, sendo, portanto, obrigatória a imposição da penalidade administrativa pelo agente público. No caso concreto, porém, de acordo com os limites legais, remanesce a possibilidade do exercício de faculdades discricionárias do agente público na escolha da pena e na sua quantificação.

Isto porque a Administração, considerando as possibilidades oferecidas pelo ordenamento jurídico vigente, poderá, no caso concreto, orientada sempre pelo princípio da

---

<sup>54</sup> MELLO, C. A. B., *op. cit.*, p.926

<sup>55</sup> MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo alemão**. Tradução de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 48.

<sup>56</sup> VITTA, *op. cit.*, p. 65

proporcionalidade, escolher tanto entre quais sanções aplicar, de maneira isolada ou cumulativa, quanto decidir em que medida a sanção será aplicada.

Daniel Ferreira<sup>57</sup> distingue as sanções objetivas das sanções subjetivas. As sanções objetivas seriam aquelas para as quais o legislador fixa uma determinada consequência jurídica, sempre idêntica para todos os destinatários da norma, sem levar em conta a pessoa do infrator, mas apenas a violação da norma jurídica. As sanções subjetivas, ao contrário, seriam as que permitem graduação, quando juridicamente permitido, de acordo com os parâmetros estabelecidos no ordenamento, mas sempre levando em conta as condições do infrator, da infração, e eventualmente, dos danos decorrentes.

Nessa mesma linha, afirma Heraldo Vitta<sup>58</sup> que o legislador poderá utilizar critérios subjetivos ou objetivos na imposição das sanções. No primeiro caso, o ordenamento estabelece critérios, como a condição pessoal do agente infrator, a intensidade do dolo ou da culpa, a reincidência, além de circunstâncias agravantes e atenuantes objetivas, permitindo à autoridade sancionadora, escolher, entre outras hipóteses, o mínimo e do máximo da sanção (por exemplo, a graduação da multa), e a escolha da espécie da penalidade administrativa (por exemplo, multa ou interdição de estabelecimento). No caso do critério objetivo, ocorre uma consequência fixa, vinculada, isto é, o administrador deverá impor determinada sanção, uma vez ocorrida a conduta ilícita, sem qualquer consideração de ordem subjetiva, ou, ainda, a lei poderá determinar algum parâmetro, mas de natureza objetiva, estanque, que deverá ser considerada pelo administrador, ao impor a penalidade (por exemplo, o cálculo da multa em função do tempo de atraso na adoção de determinada providência administrativa).

A autoridade administrativa poderá optar pelo grau quando a lei estabelecer parâmetros variáveis, mínimos e máximos, configurando a discricionariedade do ato administrativo de dosagem da sanção. Verifica-se certa restrição à discricionariedade quando

---

<sup>57</sup> FERREIRA, *op. cit.*, p. 47

<sup>58</sup> VITTA, *op. cit.*, p. 123

a lei estabelece os limites de mínimo e de máximo nas sanções administrativas, em face dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e, também, da segurança jurídica.

Rafael Munhoz de Mello<sup>59</sup> observa que o legislador, no entanto, não define de modo absoluto e vinculado a intensidade da sanção justamente por considerar que as peculiaridades de cada caso concreto têm relevância na definição da punição administrativa justa. Essas peculiaridades devem ser analisadas, no caso concreto, pelo agente competente para impor a sanção, e utilizadas como parâmetro para a definição da intensidade da medida sancionadora, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade.

#### 1.4 MOTIVAÇÃO

O imperativo de fundamentação expressa dos atos administrativos, no entender de José Carlos Vieira de Andrade, deverá ser encarado em sua essência ou núcleo como norma de direito objetivo que concretiza os princípios do Estado Democrático de Direito e impõe uma conduta racional e transparente à Administração estatal.<sup>60</sup> O dever de motivação, assim, “obriga a que o órgão administrativo indique as razões de fato e de direito que o determinaram a praticar aquele ato, exteriorizando, nos seus traços decisivos, o procedimento interno de formação da vontade decisória.”<sup>61</sup>

O professor Juarez Freitas destaca que a discricionariedade dos atos administrativos, e também dos atos judiciais, está sempre vinculada aos princípios fundamentais, “sob pena de se traduzir em arbitrariedade e de minar os limites indispensáveis à liberdade de conformação como racional característica fundante do sistema administrativo.”<sup>62</sup> Nesse sentido, aplica-se igualmente ao administrador público o dever de motivação expressamente atribuído aos juízes

---

<sup>59</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 174

<sup>60</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O dever de fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1992. p. 215

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 13

<sup>62</sup> FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 236

no exercício da tutela jurisdicional, sob pena de nulidade dos atos de discricionariedade, sempre que afetarem direitos.<sup>63</sup>

A motivação assume especial relevância quanto aos atos discricionários, destaca Egon Bockmann Moreira<sup>64</sup>. Nesses casos, em que o agente administrativo deve adotar a melhor solução para o caso concreto, nos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, acentua-se a necessidade de motivação explícita, pois somente através do exame da motivação do ato poder-se-á cogitar do cumprimento da legalidade, moralidade, publicidade, etc., o que revela seu caráter de garantia instrumental em relação a outros direitos e garantias constitucionais, na medida em que decisões imotivadas são vazias de conteúdo e efeitos jurídicos.

O dever de motivação do ato administrativo sancionador nos processos administrativos federais está expressamente previsto na Lei n. 9.784/1999, indicando a necessidade de obediência ao princípio da motivação nos atos que imponham ou que agravem sanções, por meio da indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinaram a decisão, o que deve ser feito de maneira clara, explícita e congruente.<sup>65</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>66</sup> afirma que a Administração é obrigada a expor os fundamentos em que se baseia para aplicar a sanção, devendo apontar não só o dispositivo normativo no qual considera ter incidido o infrator, mas também indicar o comportamento comissivo ou omissivo imputado, cuja ocorrência se aplica à figura infracional prevista na norma. Destaca o administrativista que, além disso, sempre que a norma sancionadora houver

---

<sup>63</sup> FREITAS, *op. cit.*, p. 222

<sup>64</sup> MOREIRA, *op. cit.*, p. 373-374

<sup>65</sup> “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, **motivação**, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. [...] Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão; [...]

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: [...] II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; [...] §1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.”

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2014.

<sup>66</sup> MELLO, C. A. B., *op. cit.*, p. 875

previsto uma gradação nas sanções cabíveis, deve ser justificada a opção feita pela autoridade administrativa, constituindo-se a omissão de qualquer desses requisitos em causa para a nulidade do sancionamento.

Heraldo Vitta avança no tema, afirmando que “nas sanções administrativas há necessidade de ser motivado o ato administrativo-punitivo, ainda quando a lei seja omissa a respeito, pela natureza do ato (punitivo).”<sup>67</sup>

A motivação assume especial e transcendental relevância no Direito Administrativo Sancionador, indica Fábio Medina Osório, na medida em que o ato que impõe a sanção priva alguém de seus direitos, restringe liberdades, limita movimentos, sendo fundamental sua motivação, “sob pena de configurar-se a intolerável arbitrariedade.”<sup>68</sup> Há, ainda, além da necessária motivação, o dever de congruência das decisões administrativas, que “devem aquilatar, colhendo ou rejeitando, as teses fundamentais das partes [...]”<sup>69</sup>.

A importância da motivação do ato administrativo que impõe medida sancionadora, afirma Rafael Munhoz de Mello<sup>70</sup>, aumenta na mesma proporção em que aumenta a discricionariedade atribuída ao agente na escolha da medida sancionadora. Se a lei atribui a uma infração administrativa diversas sanções possíveis, umas mais graves que as outras, a escolha por uma delas deve ser devidamente motivada pela autoridade administrativa. Em tais casos o legislador não conferiu uma livre opção ao administrador entre um tipo e outro de sanção, mas sim, permitiu que, à luz das circunstâncias fáticas do caso concreto, fosse escolhida a sanção mais adequada ao atendimento da sua finalidade preventiva. A motivação tem, ainda, a importante função de esclarecer os critérios que orientaram a autoridade administrativa na dosagem da sanção administrativa imposta. As razões que orientaram a escolha e a gradação da sanção devem constar da motivação do ato que impõe a sanção administrativa, sob pena de invalidade.

---

<sup>67</sup> VITTA, *op. cit.*, p.100

<sup>68</sup> OSÓRIO, *op. cit.*, p. 420

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 422

<sup>70</sup> MELLO, R. M., *op. cit.*, p. 236

A motivação do ato administrativo, conforme ensina José Carlos Vieira de Andrade<sup>71</sup>, deverá ser clara, no sentido de afastar formulações confusas, dúbias, ambíguas ou obscuras. Deverá ser também deverá ser congruente, contemplar um discurso racional, e estar baseada em um processo lógico, coerente e sensato. Deverá, ainda, ser suficiente, contemplando todos os elementos bastantes, capazes ou aptos a basear a decisão.

Mais uma vez, e especialmente no que diz respeito ao Direito Administrativo Sancionador, a motivação funciona, e deve ser entendida, à semelhança do que ocorre no Direito Penal, “como uma das garantias do cidadão inerentes ao próprio conceito de Estado Democrático de Direito”.<sup>72</sup>

## 1.5 FINALIDADE

A Administração Pública, por meio de seus agentes, afirma Egon Bockmann Moreira, “não pode pretender impor às pessoas privadas qualquer gravame ou ônus para além do imprescindível ao interesse público primário conformado na questão concreta.”<sup>73</sup>

A importância da finalidade da sanção administrativa situa-se no fato de que a autoridade administrativa, quando da aplicação da sanção, deverá ter sempre em consideração a finalidade pública para o qual ela foi instituída. Assim, a dosagem da penalidade será discricionária dentro dos limites legais, mas vinculada à finalidade a ser alcançada.<sup>74</sup>

Apesar das controvérsias envolvendo o tema, observamos que as sanções administrativas objetivam em primeiro lugar a prevenção das infrações, de modo que o aspecto retributivo, típico do Direito Penal, desloca-se para um plano acessório, quando não

---

<sup>71</sup> ANDRADE, *op. cit.*, p. 232,

<sup>72</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 33

<sup>73</sup> MOREIRA, *op. cit.*, p. 99

<sup>74</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 125

inexistente. A finalidade das sanções administrativas, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello é o de desestimular a prática das condutas censuradas e de constranger ao cumprimento das obrigatórias, é o de intimidar eventuais infratores, para que não pratiquem os comportamentos proibidos ou para induzir os administrados a atuarem na conformidade da regra que lhes demanda comportamento positivo, é “tanto despertar em que a sofreu um estímulo para que não reincida, quanto cumprir uma função exemplar para a sociedade. Não se trata, portanto, de causar uma aflição, um ‘mal’, objetivando castigar o sujeito, levá-lo à expiação pela nocividade de sua conduta.”<sup>75</sup>

Também para Rafael Munhoz de Mello<sup>76</sup> a dosagem da sanção administrativa deve observar a finalidade preventiva inerente à competência sancionadora, à luz do princípio da proporcionalidade.

Hely Lopes Meirelles vislumbra um caráter dúplice nas sanções administrativas, que “visam a punir e reprimir as infrações administrativas ou a conduta irregular dos servidores ou dos particulares perante a Administração”.<sup>77</sup>

A finalidade do Direito Administrativo Sancionador, para Ángeles Del Teso<sup>78</sup>, é a prevenção, pois a ameaça da sanção administrativa possui a finalidade de evitar o cometimento de infrações, de modo a resguardar os bens jurídicos que o legislador decidiu tutelar por meio do Direito Administrativo Sancionador. Não se compreende no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, segundo a doutrinadora, dirigir ao infrator reprimendas éticas ou morais, pois não possuiria tal legitimidade, típica do Direito Penal. Pelo contrário, a sanção administrativa destina-se a restabelecer a ordem jurídica vulnerada e reafirmar a confiança no direito.

---

<sup>75</sup> MELLO, C. A. B., *op. cit.*, p. 864

<sup>76</sup> MELLO, R. M., *op. cit.*, p. 236

<sup>77</sup> MEIRELLES, *op. cit.*, p. 186

<sup>78</sup> DEL TESO, *op. cit.*, p. 42

A previsão de sanções, segundo Heraldo Vitta<sup>79</sup>, existe para atemorizar os eventuais infratores, fazendo com que os indivíduos ajustem seus comportamentos aos padrões admitidos em Direito. Tem por finalidade específica desestimular a prática de condutas proibidas pela ordem normativa, por meio da imposição de efeitos desagradáveis.

Segunda a doutrina de Fábio Medina Osório<sup>80</sup> a finalidade punitiva é o elemento central do conceito de sanção administrativa. No entanto, o elemento punitivo inerente a essas sanções não se projeta de maneira uniforme ou única na vida social. Ainda assim, seria possível descrever a sanção como um mal ou castigo, com efeitos aflitivos, de alcance geral, direcionado ao futuro.

Na seara do Direito Penal, Luiz Regis Prado indica que a prevenção especial dirige-se a atuação sobre a pessoa do delinquente, para evitar que volte a delinquir no futuro, enquanto que a prevenção geral<sup>81</sup> busca sua justificação na produção de efeitos inibitórios à realização de condutas delituosas, nos cidadãos em geral, de maneira que deixarão de praticar atos ilícitos em razão do temor de sofrer a aplicação de uma sanção penal, em resumo, tem como destinatária a totalidade dos indivíduos que integram a sociedade, e se orienta para o futuro, com o objetivo de evitar a prática de delitos por qualquer integrante do corpo social.<sup>82</sup>

O poder sancionador da Administração não é um fim em si mesmo, mas um meio que permite o exercício mais eficaz dos outros poderes que o ordenamento jurídico atribui à Administração para a consecução dos interesses gerais da coletividade, conforme anotado por Ángeles Del Teso<sup>83</sup>. Por essa razão, a Administração no exercício de sua atividade sancionadora deverá respeitar integralmente as garantias e os direitos reconhecidos aos cidadãos.

---

<sup>79</sup> VITTA, *op. cit.*, p. 65

<sup>80</sup> OSÓRIO, *op. cit.*, p. 92-95

<sup>81</sup> PRADO, *op. cit.*, p. 634

<sup>82</sup> *Ibidem.*, p. 639

<sup>83</sup> DEL TESO, *op. cit.*, p. 38

## 1.6 INDIVIDUALIZAÇÃO

### 1.6.1 Princípio da individualização no Direito Administrativo

O princípio da individualização da pena está previsto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal<sup>84</sup>, e aplica-se igualmente ao Direito Administrativo Sancionador, com as diferenciações necessárias.<sup>85</sup>

É também o entendimento de Regis Fernandes de Oliveira, ao afirmar que a interpretação restritiva do princípio da individualização da pena poderia levar à conclusão de que apenas se estaria outorgando garantia ao réu de processo-crime. Não pode ser esta a interpretação jurídica adequada. A individualização da pena é princípio do Direito Brasileiro, e não se aplica apenas ao criminoso, mas também ao infrator do Direito Administrativo. “É que a individualização da pena alcança toda e qualquer infração. É decorrência lógica do todo sistemático do direito”.<sup>86</sup>

A individualização da pena, no Direito Administrativo, realiza-se em dois momentos. O primeiro é o da definição, em abstrato, das sanções pelo legislador. O segundo é o momento da aplicação da sanção, no caso concreto, pela Administração.

A individualização da pena confere aos sentenciados direito público subjetivo perante o Estado-Juiz, afirma Fábio Medina Osório. Esse raciocínio pode ser transferido de modo análogo às autoridades administrativas, “traduzindo-se em exigência de fundamentação adequada e proporcional nos moldes exemplificativos e referenciais dos vetores do art. 59 do

---

<sup>84</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: [...]”

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso: em 21 jun. 2014.

<sup>85</sup> OSÓRIO, *op. cit.*, p. 373

<sup>86</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 124.

Código Penal”.<sup>87</sup> A motivação é especial requisito dos atos sancionadores, condição de própria validade do ato, e está interligada com o princípio de individualização da sanção. A individualização, na perspectiva de assegurar sanções proporcionais, aplica-se tanto às pessoas físicas quanto às pessoas jurídicas, pois “cada infrator deve receber um tratamento individualizado, particular, com a possibilidade de conhecer as concretas e específicas razões do ato sancionador, podendo impugná-lo ou aceitá-lo.”<sup>88</sup>

Rafael Munhoz de Mello afirma que a importância da avaliação das particularidades do caso concreto aumenta na mesma proporção em que cresce a discricionariedade da Administração na definição e na dosagem da sanção. A lei formal pode arrolar diversas espécies de sanção e atribuir à Administração Pública a definição da medida a ser aplicada no caso concreto. Do mesmo modo, a lei pode estabelecer parâmetros mínimos e máximos à sanção administrativa, cabendo à autoridade administrativa graduar (dosar) a sanção dentro do espaço delimitado pela lei. “Em tais casos, o exercício da competência discricionária deve atentar para a gravidade da conduta praticada e suas particularidades.”<sup>89</sup>

O autor reputa arbitrária a sanção imposta sem a avaliação das peculiaridades fáticas:

Para definir a ‘justa medida’ da sanção administrativa é preciso sopesar as circunstâncias fáticas de cada infração. É arbitrária a sanção aplicada sem consideração às peculiaridades do caso concreto, essenciais à definição da intensidade da medida sancionadora a ser aplicada e, de consequência, à observância do princípio da proporcionalidade. Assim já decidiu o STJ, como se lê do seguinte julgado: ‘A aplicação genérica e indiscriminada da sanção máxima aos servidores envolvidos em processo administrativo, sem que observada a diversidade das condutas praticadas, fere os princípios da individualização e da proporcionalidade da reprimenda’. [MS 7.077-DF, DJU 11/6/2011, p. 90].<sup>90</sup>

Sobre a individualização da penalidade nos casos de improbidade administrativa, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, afirmam que:

---

<sup>87</sup> OSÓRIO, *op. cit.*, p.373

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 374

<sup>89</sup> MELLO, R. M., *op. cit.*, p. 174.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 175

“A subsunção de determinada conduta a um padrão normativo torna inevitável que o observador seja inconscientemente conduzido à formação de um estado mental tendente a identificá-la com todas as demais que tenham se subsumido ao mesmo preceito legal. No entanto, tal identidade certamente não resiste a uma maior reflexão, isto porque as condutas apresentarão distinções que variarão consoante a intensidade do elemento volitivo que as deflagrou, as peculiaridades dos sujeitos ativo e passivo, a conjuntura do momento de sua prática, a dimensão dos possíveis danos causados e os reflexos que gerou no organismo social. Desta forma, ainda que dois ou mais atos se subsumam ao mesmo padrão normativo, normalmente distintos serão os efeitos produzidos por cada qual, já que diversos os elementos que os informam.”<sup>91</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo a legalidade de multas desiguais aplicadas por órgão de defesa do consumidor, afirmou sobre a individualização da sanção administrativa:

“o exame da razoabilidade e da proporcionalidade das multas aplicadas nos acórdãos recorridos foi apreciado sob o contexto específico de cada caso concreto, que retrataram condutas diversas, com peculiaridades próprias e potenciais ofensivos distintos.”<sup>92</sup>

## 1.6.2 Princípio da individualização no Direito Penal

A avaliação dos penalistas Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli<sup>93</sup> é também aplicável ao Direito Administrativo Sancionador. Dizem os autores que um importante capítulo do Direito Penal é o da quantificação ou individualização da pena. O legislador, ao se omitir de sua função específica de determinar, de forma adequada, um mínimo e um máximo de pena, e, por comodismo ou por não querer assumir responsabilidades, estabelece margens extremamente largas, em meio às quais atua o juiz, colocando em risco a segurança dos cidadãos, e comprometendo tanto as garantias individuais como a segurança jurídica.

---

<sup>91</sup> GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 690

<sup>92</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n 1.138.591 – RJ. Recorrente: Telemar Norte Leste S/A. Recorrido: Município de Duque de Caxias. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, 22 set. 2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=914725&sReg=200900859751&sData=20091005&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=914725&sReg=200900859751&sData=20091005&formato=PDF)>. Acesso em: 18 jun. 2014.

<sup>93</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: volume 1 - parte geral**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 706

Sobre a aplicação da pena criminal, José Antônio Paganella Boschi<sup>94</sup> afirma que “o princípio da individualização da pena, a expressar o valor indivíduo, impede que se ignorem as diferenças. Individualiza-se a pena, alias, precisamente, porque cada acusado é um, e cada fato se reveste de singularidades próprias e irrepetíveis”.

Para o penalista, portanto, o juiz não goza de plena liberdade para determinar qualquer pena ou fixar a quantidade que bem entender, ele precisa exteriorizar o caminho percorrido, passo a passo, desde a fase em que identificou a pena aplicável, até a última fase, em que deverá desenvolver o procedimento de individualização da quantidade de pena selecionada.<sup>95</sup>

Segundo Luiz Luisi<sup>96</sup>, na individualização da pena o juiz dispõe de indiscutível discricionariedade, ainda que as regras que devem orientar a individualização estejam na lei. Embora o juiz esteja preso aos parâmetros que a lei estabelece, pode dentre eles fazer sua opção, para chegar a uma aplicação justa da lei.

---

<sup>94</sup> BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002. p. 65

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 69

<sup>96</sup> LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 37-38

## 2 DOSIMETRIA DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA

Nesta segunda parte da pesquisa analisamos os preceitos que orientam a definição e a dosagem da sanção pela autoridade administrativa. Iniciamos pela análise dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Examinamos, em seguida, as distintas funções da culpabilidade. Concluimos, finalmente, com a apresentação de critérios dosimétricos gerais que podem ser utilizados na graduação da sanção administrativa.

### 2.1 PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

Os princípios, ou postulados, da proporcionalidade e da razoabilidade incidem tanto na fase de estabelecimento da sanção, abstratamente considerada, quanto na fase de aplicação da sanção, concretamente considerada. Nosso interesse maior é pela segunda etapa, ou seja, sua incidência na individualização e na dosimetria da sanção no caso concreto.

Regis Fernandes de Oliveira afirma que o “os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade funcionam como verdadeiros guias para a dosimetria da sanção, a fim de se evitar eventual desvio de finalidade do ato sancionador.”<sup>97</sup>

Entende Rafael Munhoz de Mello que para que a sanção aplicada seja válida ela deve ser adequada, necessária e proporcional, e, além disso, sua intensidade “deve corresponder à gravidade da conduta ilícita praticada pelo infrator: quanto mais grave a conduta, mais intensa deve ser a sanção.”<sup>98</sup>

“O que se requer é a legalidade da sanção e sua proporcionalidade à infração cometida ou ao dano que a atividade causa à coletividade ou ao próprio Estado”, afirma Hely Lopes Meirelles<sup>99</sup>, complementando que “embora a graduação das sanções administrativas [...] seja

---

<sup>97</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 121

<sup>98</sup> MELLO, R. M., *op. cit.*, p. 173

<sup>99</sup> MEIRELLES, *op. cit.*, p. 131

discricionária, não é arbitrária e, por isso, deve guardar correspondência e proporcionalidade com a infração apurada no respectivo processo [...].”<sup>100</sup>

A proporcionalidade, leciona Heraldo Garcia Vitta<sup>101</sup>, significa a correlação entre os meios e os fins, ou seja, a autoridade administrativa, em vista do interesse público a ser perseguido, deverá utilizar, no caso concreto, os meios estritamente necessários àquela finalidade, sob pena de cometer ilegalidade. É, portanto, dever do agente público agir com bom senso, de modo racional, no exercício do poder discricionário. Assim, na imposição da penalidade, a autoridade administrativa deverá ser razoável, agir com sensatez, sob pena de nulidade do ato administrativo.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>102</sup> indica que as sanções devem guardar uma relação de proporcionalidade com a gravidade da infração. E afirma que, ainda que a aferição desta situação seja difícil de ser caracterizada em diversas situações, em outras será perfeitamente clara, devendo-se recorrer ao princípio da razoabilidade nos casos mais difíceis.

O princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade é um dos corolários do Estado de Direito, explica Rafael Munhoz de Mello<sup>103</sup>. A atuação dos agentes públicos deve ser moderada, jamais excessiva. Ser moderada significa estar adstrita a limites estabelecidos no ordenamento jurídico. A atuação excessiva ou desproporcional ultrapassa os limites que lhe foram impostos, sendo, portanto, ilegítima e arbitrária. O princípio da proporcionalidade exige que as competências do agente público sejam exercidas na medida estritamente necessária ao atendimento do interesse público a elas relacionado. O princípio da proporcionalidade tem como corolários os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. O princípio da adequação indica que o meio utilizado pelo agente estatal deve ser idôneo para atingir o fim que se deseja. Sendo necessariamente um interesse público o fim do agir estatal, o ato deve ser adequado à sua satisfação. O

---

<sup>100</sup> MEIRELLES, *op. cit.*, p. 653.

<sup>101</sup> VITTA, *op. cit.*, p. 98

<sup>102</sup> MELLO, C. A. B., *op. cit.*, p. 872-873

<sup>103</sup> MELLO, R. M., *op. cit.*, p. 170-172

princípio da necessidade impõe a escolha da medida que assegure a satisfação do interesse público com o menor prejuízo aos demais interesses envolvidos. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito indica que o meio empregado deve ser proporcional ao fim desejado, vedando a utilização excessiva ou desproporcional da competência outorgada ao agente estatal.

A aplicação da sanção pela Administração Pública Federal deve ser pautada pela observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, é o que dispõe o art. 2º, caput, da Lei de Processo Administrativo Federal<sup>104</sup>, que indica ainda a necessidade de adequação entre os meios e os fins, sendo vedada a imposição de sanções em medida superior aquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

Fabio Medina Osório<sup>105</sup> sustenta que existe sempre uma cláusula de necessidade inserida nas medidas sancionadoras que buscam proteger a saúde, a segurança ou a moral pública. A proporcionalidade decorreria dos direitos fundamentais e do caráter aberto dos sistemas jurídicos, demandando processos decisórios racionais fundamentados, constituídos de diversas ponderações, proibindo-se intervenções desnecessárias e excessivas. O princípio da proporcionalidade, nesse sentido, exigiria o exame da natureza da agressão ao bem juridicamente protegido, bem como da sanção prevista para essa agressão, na medida em que a sanção deve estar relacionada ao bem jurídico que se busca resguardar.

---

<sup>104</sup> “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, **razoabilidade**, **proporcionalidade**, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. [...] Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;”

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2014.

<sup>105</sup> OSÓRIO, *op. cit.*, p. 199

Fernanda Pessôa Cerveira<sup>106</sup> afirma que há de ser reconhecida a proporcionalidade na aplicação das sanções administrativas, que não podem exceder à valoração conferida à lesão ao bem jurídico tutelado.

## 2.2 CULPABILIDADE

A questão da culpabilidade como requisito para aplicação da sanção administrativa suscita debates. Discute-se, na doutrina, se a exigência do elemento subjetivo como fundamento da aplicação da sanção administrativa deve preponderar, ou se ainda é possível cogitar de sanção decorrente de responsabilidade objetiva, ou, ainda, de mera voluntariedade do agente. Abordaremos as duas posições, contudo, ir ao fundo dessas questões não é o objetivo principal desta pesquisa. Nosso interesse situa-se nos reflexos dessa discussão para a dosimetria da sanção administrativa, independentemente das considerações relacionadas ao limite mínimo para que seja caracterizada a responsabilidade do agente infrator.

### 2.2.1 Culpabilidade como fundamento

O processo de transposição da culpabilidade para a esfera das infrações administrativas cercou-se de certa complexidade, indica Fernanda Pessôa Cerveira<sup>107</sup>. Iniciou-se pela negação absoluta da culpabilidade na aplicação da sanção administrativa, adotando-se um modelo de responsabilidade objetiva. Logo em seguida introduziu-se a exigência da vontade a título de elemento subjetivo, na qual o agente desejava o resultado. Adotou-se, por fim, a exigência da culpabilidade, não bastando ao agente desejar apenas o resultado, mas sim o resultado ilícito.

---

<sup>106</sup> CERVEIRA, Fernanda Pessôa. **Fundamentos do Poder Administrativo Sancionador: o exame da culpabilidade na infração administrativa**. 2005. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. p. 82

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 115

Segundo a doutrinadora espanhola Angeles Del Teso<sup>108</sup>, para a ocorrência de uma infração administrativa deve ao menos restar caracterizada a culpa em qualquer de seus graus.

Rafael Munhoz de Mello<sup>109</sup> afirma que a incidência do princípio da culpabilidade afasta do Direito Administrativo Sancionador a resposansabilidade objetiva, pois, apesar de não ser necessária, em regra, a conduta dolosa para a configuração da infração administrativa, é necessária ao menos a existência de culpa em sentido estrito, em função de negligência, imperícia ou imprudência<sup>110</sup> do agente.

Regis Fernandes de Oliveira<sup>111</sup> concorda com essa posição, ao afirmar que responsável é a pessoa que deve suportar a conseqüência de sua ação antijurídica, típica e punível. Para o autor, a responsabilidade objetiva do infrator não pode mais ser admitida, entendendo-se imprescindível, no atual quadro normativo vigente, a culpa *latu sensu* como elemento necessário para a caracterização da infração administrativa.

Fabio Medina Osório<sup>112</sup> vislumbra a culpabilidade como verdadeiro pressuposto da responsabilidade das pessoas físicas, incidente também quanto às pessoas jurídicas, ainda que com diferenciações. Para que alguém possa ser administrativamente sancionado é necessário que o agente se revele culpável. A culpabilidade é uma exigência inafastável, que se origina do devido processo legal e da proporcionalidade entre infração e sanção. É necessário o exame da subjetividade do autor da infração, quando se trate de pessoa física. É igualmente necessário o exame da exigibilidade de conduta diversa, além da intencionalidade perceptível

---

<sup>108</sup> DEL TESO, *op. cit.*, p. 131

<sup>109</sup> MELLO, R. M., *op. cit.*, p. 186

<sup>110</sup> Modalidades de culpa, conforme Luiz Regis Prado (*op. cit.*, p. 420), “a) imprudência: vem a ser uma atitude positiva, uma gir sem cautela, a atenção necessária, com precipitação, afoitamento ou inconsideração. É a conduta arriscada, perigosa impulsiva; b) negligência: relaciona-se com a inatividade (forma omissiva), a inércia do agente que, podendo agir para não causar ou evitar o resultado lesivo, não o faz por preguiça, desleixo, desatenção ou displicência; c) imperícia: vem a ser a incapacidade, a falta de conhecimentos técnicos precisos para o exercício de profissão ou arte. É a ausência de aptidão técnica, de habilidade, de destreza ou de competência no exercício de qualquer atividade profissional. Pressupõe a qualidade de habilitação para o exercício profissional.”

<sup>111</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 41

<sup>112</sup> OSÓRIO, *op. cit.*, p. 343-354

ou previsibilidade do resultado danoso, quando se trate de pessoa jurídica. A exigência da culpabilidade destina-se a coibir atuações arbitrárias do poder público. A possibilidade de uma responsabilidade objetiva, ou da ausência de culpabilidade, representaria inaceitável arbitrariedade do poder público em relação aos cidadãos. A noção de culpabilidade acompanha o conceito de se imputar algo desfavorável a alguém. O fundamento mais próximo da exigência de culpabilidade é o da evitabilidade do fato, ou seja, o indivíduo deve possuir a oportunidade de evitar a infração. A culpabilidade é, portanto, fundamento da pena, pois somente após a verificação de um agente culpável, é possível aplicá-la.

Fernanda Pessôa Cerveira<sup>113</sup> afirma que o conteúdo da culpabilidade passa a ser a imputabilidade, a possibilidade de se ter a consciência da ilicitude e a exigibilidade de uma conduta conforme a norma. A culpa, nesse contexto, consiste na reprovabilidade da conduta ilícita (típica e antijurídica) de quem tem capacidade genérica de entender e de querer (imputabilidade) e podia, nas circunstâncias em que o fato ocorreu, conhecer a sua ilicitude, sendo-lhe exigível comportamento conforme o direito. A imputabilidade, também denominada capacidade de culpa, é uma condição pessoal de maturidade e sanidade mental, que confere ao sujeito a capacidade de aferir a ilicitude do fato, sendo a inimputabilidade causa de isenção de pena.

Para Rafael Munhoz de Mello, não é adequada a medida sancionadora aplicada ao sujeito que não agiu de modo doloso ou ao menos com culpa *stricto sensu* (negligência, imperícia ou imprudência). A finalidade preventiva da sanção administrativa tem em consideração a pessoa do infrator (prevenção especial) e os demais membros da sociedade (prevenção geral). O pressuposto é que o infrator não mais praticará o ilícito por receio de receber nova sanção, além de servir como exemplo para os demais potenciais infratores. Assim, “a sanção administrativa aplicada a sujeito que agiu sem dolo ou culpa, mas apenas com voluntariedade, não vai atingir seu fim preventivo, mostrando-se inadequada e, portanto, ofensiva ao princípio constitucional da proporcionalidade.”<sup>114</sup>

---

<sup>113</sup> CERVEIRA, *op. cit.*, p. 108-110

<sup>114</sup> MELLO, R. M., *op. cit.*, p. 193

Reputa o autor, portanto, a impossibilidade de sancionamento administrativo em razão da mera voluntariedade do agente:

Mas uma conduta humana pode ser voluntariamente voltada a um resultado lícito e atingir, não obstante, resultado ilícito, mesmo com a adoção de todas as precauções para que não ocorra esse desvio. Em outras palavras: agindo voluntariamente, com toda diligência exigida de um homem comum, e desejando atingir um resultado lícito, um indivíduo pode acabar produzindo como resultado um evento tipificado como infração administrativa. Não parece adequada a imposição de sanção nessa última hipótese.<sup>115</sup>

E complementa que a voluntariedade pouco informa sobre a conduta humana:

“Com voluntariedade, um sujeito pode: (i) praticar um ilícito administrativo porque assim desejou (dolo); (ii) praticá-lo não por tê-lo desejado, mas sim por não ter tomado as precauções exigidas pela situação (culpa strictu sensu); (iii) praticar uma infração sem desejá-la e a despeito de ter agido com a diligência necessária para evitá-la (apenas voluntariedade). São três comportamentos muito distintos, que, bem por isso, não podem receber do ordenamento jurídico o mesmo tratamento. Ademais, é a ocorrência das duas primeiras condutas que o ordenamento jurídico pretende prevenir ao criar infrações e sanções administrativas. A terceira não, pois nela nada há de inadequado: o particular não quis praticar a infração, tendo voluntariamente agido para atingir um fim lícito; o particular tampouco deixou de observar a diligência exigida, atuando com cuidado e precaução. Nada há a prevenir em caso semelhante.”<sup>116</sup>

Também para Heraldo Garcia Vitta<sup>117</sup>, o pressuposto da existência da infração administrativa é, além da voluntariedade, a presença do dolo ou da culpa. Mesmo diante do silêncio do legislador, não se afasta a exigência de dolo ou culpa do infrator, sendo o elemento subjetivo obrigatório.

Destacamos, no entanto, a existência de uma corrente doutrinária que não reconhece a culpabilidade como elemento indissociável das sanções administrativas. O professor Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que a voluntariedade, e não a culpabilidade, é elemento subjetivo mínimo exigível para a imputação de uma infração. Diz o doutrinador:

---

<sup>115</sup> MELLO, R. M., *op. cit.*, p. 192

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 193

<sup>117</sup> VITTA, *op. cit.*, p. 40-47

“é muito discutido em doutrina se basta a mera voluntariedade para configurar a existência de um ilícito administrativo sancionável, ou se haveria necessidade ao menos de culpa. Quando menos até o presente, temos entendido que basta a voluntariedade, sem prejuízo, é claro, de a lei estabelecer exigência maior perante a figura tal ou qual.”<sup>118</sup>

Daniel Ferreira<sup>119</sup> possui entendimento semelhante ao do professor Bandeira de Mello, ao rejeitar a exigência de culpa ou de dolo na conduta, entendendo suficiente a mera voluntariedade do agente para que se configure o comportamento típico. O autor cita razões de ordem cultural e procedimental para embasar o raciocínio, destacando a impossibilidade prática de ser realizada a individualização da sanção para toda e qualquer infração administrativa, bem como a existência de inúmeras infrações de natureza objetiva na base do ordenamento jurídico brasileiro, como no Direito Tributário. A voluntariedade, para o autor, é entendida como a capacidade de querer algo, e requer que o infrator tenha agido voluntariamente, que tenha tido oportunidade de prévia ciência e de prévia eleição do comportamento a ser adotado.

Nessa mesma linha divergente, Hely Lopes Meirelles reconhece que “a multa administrativa é de natureza objetiva e se torna devida independentemente da ocorrência de culpa ou dolo do infrator”.<sup>120</sup>

Apesar dessa posição divergente na doutrina, consideramos que a culpabilidade constitui-se no fundamento da sanção administrativa, de modo a afastar a possibilidade de responsabilização objetiva do agente. Ou seja, ainda que alguns doutrinadores e o próprio ordenamento admitam infrações de natureza objetiva ou decorrentes da mera voluntariedade do agente, deve ser exigida, como regra, ao menos a culpa em sentido estrito para a caracterização da infração administrativa.

---

<sup>118</sup> MELLO, C. A. B., *op. cit.*, p. 872

<sup>119</sup> FERREIRA, *op. cit.*, p. 273-297.

<sup>120</sup> MEIRELLES, *op. cit.*, p. 187

### 2.2.2 Culpabilidade como limite

A culpabilidade, na lição de Angeles Del Teso<sup>121</sup>, não é um fundamento da sanção, mas sim um limite que impede que a gravidade da sanção supere a da infração praticada. A função da culpabilidade é limitar a responsabilidade, portanto a sanção será tanto menor quanto menor for a culpabilidade do infrator. A única sanção útil é aquela proporcional à culpabilidade do agente infrator. Assim, o princípio da culpabilidade, intimamente ligado ao princípio da proporcionalidade, assume o ponto central para a individualização e para a dosimetria da sanção, determinando sua adequação às circunstâncias objetivas e subjetivas da infração.

A culpabilidade, diz Fábio Medina Osório, possui também a função de medição da pena, juntamente com os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da motivação e da vedação à arbitrariedade. O autor da infração deve receber da Administração uma reprimenda proporcional ao feito e às suas características individuais mais relevantes ao caso concreto. Devem ser considerados pela autoridade administrativa os elementos subjetivos da conduta do agente, sendo que a intensidade e o tipo do elemento subjetivo destacam-se na fixação da sanção. Examinar a culpabilidade do autor de um ilícito administrativo possui o sentido de medir a responsabilidade, analisar o grau e o montante de pena que deve ser aplicada. A culpabilidade “é a tábua de medição da pena, pelo menos se poderia afirmar que é a principal medida da pena”.<sup>122</sup>

No âmbito do Direito Penal, afirma José A. Paganella Boschi que a culpabilidade precisará ser graduada, para se poder projetar o *quantum* de pena, como é inerente a todo juízo de censura ou de reprovação.<sup>123</sup> A proporcionalidade atua como um limite a que deve sujeitar-se a função punitiva, de modo que a pena não ultrapasse, em espécie ou em quantidade, o limite superior da culpabilidade do agente pelo fato.<sup>124</sup>

---

<sup>121</sup> DEL TESO, *op. cit.*, p. 131-133

<sup>122</sup> OSÓRIO, *op. cit.*, p. 358

<sup>123</sup> BOSCHI, *op. cit.*, p. 188

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 171

Os penalistas Salo de Carvalho e Amilton Bueno de Carvalho destacam a importância da culpabilidade como critério dosimétrico na aplicação da pena, afirmando:

“[...] instrumentalmente, a culpabilidade, além de ser categoria imprescindível para constatação e auferição do delito, adquire importância fundamental na aplicação (limitação) da sanção como critério dosimétrico. Possibilita, em primeiro lugar, adjetivar a conduta como delituosa, vinculando-a a um sujeito, para, em momento posterior, estabelecer a devida retribuição penal – pena proporcional (razoável) à violação do bem jurídico tutelado. Percebe-se, então, que o juízo de culpabilidade a ser realizado é dúplice. Em primeiro lugar, atua na avaliação se o homem, socialmente referido, naquelas circunstâncias fáticas, possuía autodeterminação e possibilidade de agir de modo diverso. Em segundo lugar, constatada a possibilidade e conseqüentemente o delito, opera na aplicação da pena, medindo o grau (*quantum*) de reprovabilidade, dimensionando a culpabilidade da conduta. Dessa forma, o juízo de culpabilidade como critério de graduação da pena deve recair sobre as possibilidades fáticas (materiais), que o sujeito teve para atuar ou não de acordo com a norma. Assim verificada, fornece mecanismos para extração do (dês)valor e do grau de reprovabilidade da conduta.”<sup>125</sup>

O penalista Luiz Regis Prado afirma que só pode ser punido aquele que atua culpavelmente. E que a pena não pode ir além da medida da sua culpabilidade, princípio que reafirma o caráter inviolável do respeito à dignidade do ser humano. Além disso, são garantias decorrentes do princípio da culpabilidade: a exigência de imputação subjetiva, a individualização da pena, a necessidade de ponderação das circunstâncias pessoais do autor, e a pena adequada à magnitude culpável da conduta do autor. Através do princípio da culpabilidade busca-se o reconhecimento das circunstâncias individuais que são significativas para a determinação da pena concreta.<sup>126</sup> A culpabilidade manifesta-se como limitadora da pena e como exigência irrenunciável de restrição do âmbito punível. O princípio da culpabilidade indica o limite máximo da pena. Assim, no exame de culpabilidade devem ser levados em consideração, além de todos os elementos objetivos e subjetivos da conduta típica e ilícita, também suas circunstâncias e aspectos relativos à autoria.<sup>127</sup>

---

<sup>125</sup> CARVALHO, A.B. CARVALHO, S. *op. cit.*, p. 47-48

<sup>126</sup> PRADO, *op. cit.*, p. 166-168

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 464-465

### 2.2.3 Juízo quantitativo de culpabilidade

Para o penalista Juarez Cirino dos Santos, o juízo qualitativo da culpabilidade como categoria do crime transforma-se no juízo quantitativo da culpabilidade como medida da pena.<sup>128</sup> A culpabilidade do autor pela realização do tipo de injusto não é mero elemento informador do juízo de reprovação, mas o próprio juízo de reprovação pela realização do tipo de injusto, cujos fundamentos são a imputabilidade, a consciência do injusto e a exigibilidade de comportamento diverso. O objeto da censura é a atitude do agente, definível em dois momentos: (i) no tipo de injusto, como dolo ou imprudência, e (ii) na culpabilidade, como imputabilidade, como consciência do injusto e como exigência de comportamento diverso, integrantes do juízo de reprovação, cuja combinada intensidade variável determina o nível de reprovação do autor, ou seja, a graduação da censura.<sup>129</sup>

Sobre os parâmetros a serem adotadas na avaliação da culpabilidade como quantidade de reprovação, afirma o doutrinador:

“[...] a transformação da culpabilidade, ainda existente como qualidade do fato punível, isto é, como reprovação do autor pela realização o tipo injusto, em culpabilidade como quantidade de reprovação, isto é, como medida da pena criminal, pressupõe as determinações psíquicas e emocionais do cérebro do juiz, conforme os seguintes parâmetros: a) o nível de consciência do injusto no psiquismo do autor varia numa escala graduável entre os extremos de pleno conhecimento do injusto (que define plena reprovação) e de erro de proibição inevitável (que define ausência de reprovação), passando por todos os níveis intermediários das graduações de evitabilidade do erro de proibição, necessariamente mensuradas na reprovabilidade do autor e expressas na medida da pena; b) o grau de exigibilidade de comportamento diverso do autor consciente do tipo de injusto varia numa escala global graduável entre o extremo de plena normalidade das circunstâncias do tipo de injusto (que define a plena dirigibilidade normativa), como máximo poder pessoal de não fazer o que faz, e o extremo de plena anormalidade das circunstâncias do tipo de injusto (que define a ausência de dirigibilidade normativa), como inexistência do poder pessoal de não fazer o que faz, expressa nas situações de exculpação legais e supra-legais, passando por todos os graus intermediários das graduações de normalidade/anormalidade do tipo de injusto, que reduzem o poder

---

<sup>128</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 513

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 517

peçoal de não fazer o que faz, necessariamente mensuradas na exigibilidade de comportamento diverso e, portanto, expressas na medida da pena.”<sup>130</sup>

José A. Paganella Boschi<sup>131</sup> propõe o exame da culpabilidade por meio do exame de três fatores: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. A semi-imputabilidade e os transtornos de personalidade acarretam perturbações na capacidade de entender e de querer, portanto essas e as demais circunstâncias dessa natureza devem ser consideradas como fontes de enfraquecimento das exigências relacionadas à imputabilidade, direcionando o abrandamento da censura. A falta de consciência de ilicitude afasta a culpabilidade ou enseja a redução da pena (por erro de proibição), pois o direito não pode exigir que todos os indivíduos tenham o mesmo grau de compreensão da ilicitude. Muitas circunstâncias pessoais e sociais atuam como variáveis de influência nesse processo, de modo que a graduação da consciência potencial da ilicitude envolve o conhecimento da vida social, da profissão, da cultura do acusado. Por fim, é necessário avaliar se o agente, nas circunstâncias do fato, tinha ou não a livre possibilidade de reordenar sua ação, para evitar a transgressão da norma.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou a respeito da necessidade de que a sanção não ultrapasse a culpabilidade do infrator, tendo decidido no seguinte sentido:

“A aplicação de penalidades, ainda que na esfera administrativa, deve observar os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, isto é, a fixação da punição deve ater-se às circunstâncias objetivas do fato (natureza da infração e o dano que dela provir à Administração), e subjetivas do infrator (atenuantes e antecedentes funcionais). A sanção não pode, em hipótese alguma, ultrapassar em espécie ou quantidade o limite da culpabilidade do autor do fato.”<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> SANTOS, *op. cit.*, p. 518-519

<sup>131</sup> BOSCHI, *op. cit.*, p. 228-233

<sup>132</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 20.665 – SC.

Recorrente: Vanderlei Kanopf dos Santos. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Relatora Ministra Laurita Vaz. Brasília, 5 nov. 2009. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=927157&sReg=200501534621&sData=20091130&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=927157&sReg=200501534621&sData=20091130&formato=PDF)>. Acesso em: 15 jun. 2014.

#### 2.2.4 Dolo e culpa

Para Ángeles de Palma Del Teso<sup>133</sup>, a relação entre o dolo e a culpa no âmbito do Direito Administrativo Sancionador é inversa daquela verificada no âmbito do Direito Penal. Os tipos criminais são em regra de natureza dolosa, enquanto as infrações administrativas contemplam em maioria condutas imprudentes, culposas. Nesse cenário, a existência do dolo é um critério determinante no momento de graduar a sanção administrativa, porque, ao amparo do princípio da proporcionalidade, a reação sancionadora em face da conduta dolosa deve ser mais intensa do que em face da conduta culposa. A finalidade do Direito Administrativo Sancionador é a prevenção, portanto, se a conduta dolosa atinge com maior gravidade o bem jurídico protegido, a sanção deve ser mais forte nesses casos, de modo a comprovar que o ordenamento jurídico reage de modo contundente em relação àqueles que deliberadamente ofendem o direito. Ou seja, se a estabilidade da ordem jurídica perturba-se mais pelo cometimento de infrações dolosas do que pelo cometimento de infrações culposas, o restabelecimento da ordem jurídica infringida pela conduta dolosa demanda um agravamento da sanção em relação à conduta culposa. A hipótese de agravamento da sanção em face da conduta dolosa, no entanto, não se verifica quando o dolo for imprescindível para a existência da própria infração, nas situações em que o legislador previu apenas a infração de natureza dolosa.

A doutrinadora espanhola entende que a culpa há de ser observada sob diversos graus, propondo-se, sob tal aspecto, uma assimilação com o Direito Civil. Desenhar-se-ia o seguinte quadro: a) a imprudência temerária, coincidente com a culpa grave, que supõe a vulneração de normas de cuidado quando o grau exigido de atenção ou de habilidade for mínimo; b) a imprudência simples, coincidente com a culpa leve, que supõe a vulneração de normas de cuidado quando o grau exigido de atenção ou de habilidade coincidir com o que se espera de uma pessoa normal e diligente; c) a simples inobservância, coincidente com a culpa levíssima,

---

<sup>133</sup> DEL TESO, *op. cit.*, p. 133-134

que supõe a vulneração da norma de cuidado quando o grau necessário de atenção ou de cuidado for muito elevado, aplicável apenas em certos casos.<sup>134</sup>

Esclarece Edilson Pereira Nobre Júnior<sup>135</sup> que a maioria dos ilícitos disciplinados pelo Direito Penal são delitos de lesão, enquanto que a maioria dos ilícitos administrativos são de perigo. Em consequência disso, no Direito Penal os delitos são punidos em razão do dolo, reservando-se à culpa *strictu sensu* espaço subsidiário. Já no Direito Administrativo, a culpa é a figura normal a ser exigida do autor da infração, servindo o dolo para qualificar a infração e motivar a imposição de sanção mais grave.

Discorrendo sobre a aplicação das sanções nos atos de improbidade administrativa, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves<sup>136</sup> afirmam que ao ato culposo poderão ser aplicadas sanções mais brandas, uma vez que o resultado ilícito não foi deliberadamente buscado pelo infrator.

No âmbito do Direito Penal, José A. Paganella Boschi<sup>137</sup> afirma que os tribunais reconhecem que para graduação da culpabilidade o juiz possa amparar-se, subsidiariamente, no agir doloso ou culposo do acusado, de modo que um dolo mais intenso ou uma culpa mais grave seriam indícios de que a conduta é mais censurável.

## 2.2.5 Causas de exclusão, erro de tipo e de proibição

Importante destacar, brevemente, alguns aspectos que influem na aplicação na sanção, as quais, no entendimento da doutrina, em semelhança com os preceitos do Direito Penal, impedem ou atenuam a aplicação da sanção, quer pela exclusão do próprio ilícito, quer pela exclusão da culpabilidade.

---

<sup>134</sup> DEL TESO, *op. cit.*, p. 141

<sup>135</sup> NOBRE JÚNIOR, *op. cit.*, p. 279

<sup>136</sup> GARCIA, ALVES, *op. cit.*, p. 696

<sup>137</sup> BOSCHI, *op. cit.*, p. 191

Para Heraldo Garcia Vitta<sup>138</sup> são causas da exclusão do ilícito, além do princípio da insignificância e das tradicionais causas de exclusão (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal, e exercício regular de direito), o caso fortuito e a força maior, o erro de fato e o erro de direito, a coação irresistível e a obediência hierárquica.

Na lição de Regis Fernandes de Oliveira<sup>139</sup>, as excludentes de antijuricidade (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular de um direito) aplicam-se igualmente às infrações administrativas, pois, ainda que qualificadas como típicas, não são consideradas antijurídicas, excluindo-se a própria infração. Como causas de exclusão da sanção, ainda que configurada a tipicidade e a antijuricidade da conduta, o autor elenca a coação irresistível, a obediência hierárquica, a doença mental, a menoridade, a embriaguez, o fato da natureza e o fato de terceiro.

Rafael Munhoz de Mello<sup>140</sup> afirma que no erro de tipo afasta-se o dolo, já que agente pratica a conduta típica sem desejá-la. No entanto, nem sempre o erro de tipo afasta a culpa *strictu sensu*, pois a falsa percepção sobre o elemento da conduta pode ter sido causada por negligência, imperícia ou imprudência do agente. Todavia, sendo o erro inevitável, tomando por base o dever de diligência exigido na situação concreta, não há que se falar em culpa. Em tal hipótese, portanto, não há infração administrativa, e não pode ser imposta a sanção.

Quanto ao erro de proibição, o autor ensina que, se for inevitável, afasta a culpabilidade do agente e torna incabível a imposição da sanção administrativa. No erro de proibição o agente possui consciência plena da conduta que adota, mas considera de modo equivocado que sua ação é permitida pelo ordenamento jurídico. Essa situação pode ocorrer por diversos motivos: a edição de regulamentos obscuros e contraditórios pelo Poder Público, que permitem múltiplas interpretações razoáveis; a prestação de informações equivocadas pela Administração; a prática (ou a omissão) reiterada de decisões e atos pela Administração

---

<sup>138</sup> VITTA, *op. cit.*, p. 52

<sup>139</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 88-92

<sup>140</sup> MELLO, R. M., *op. cit.*, p. 197-204.

Pública, que indicam que o comportamento contrário a norma é tolerado. Deve-se observar, no entanto, que o grau de diligência exigido varia conforme a atividade desenvolvida pelo particular que incorre na infração, sendo exigido dos profissionais maior zelo e conhecimento do ordenamento jurídico do que da generalidade das pessoas, de quem se exige a diligência do homem comum, prudente e normal.

### 2.3 CRITÉRIOS DOSIMÉTRICOS

É válida, também para o Direito Administrativo, a lição de José A. Paganella Boschi ao afirmar que, no Direito Penal, o juiz, após decidir pela culpabilidade do réu, precisará “valorar em separado cada circunstância judicial para poder, ato contínuo, valorar o conjunto e baseado nele aferir o percentual de favorabilidade ou desfavorabilidade que o *quantum* da pena-base refletirá”.<sup>141</sup>

Migue Reale Júnior esclarece que as circunstâncias judiciais do Direito Penal, são em verdade, especificações do conceito de culpabilidade:

“O agente é tanto mais culpado quanto tenha proporcionado pelo modo de vida, pelos padrões de comportamento, pela formação de sua personalidade (na medida em que se sujeita à sua livre opção), a facilitação à prática do delito. São, portanto, especificações do termo genérico “culpabilidade”, as indicações dos critérios: antecedentes, conduta social, personalidade, motivos.”<sup>142</sup>

No entanto, no Direito Administrativo, ao contrário do que ocorre no Direito Penal, o ordenamento não elencou de modo geral os critérios dosimétricos que devem ser considerados na fixação da medida de culpabilidade do agente infrator.

Atualmente o tratamento das sanções administrativas é feito de modo assistemático por inúmeros diplomas legais que criam infrações, inexistindo a positivação no ordenamento jurídico das regras gerais do Direito Administrativo Sancionador.

---

<sup>141</sup> BOSCHI, *op. cit.*, p. 219.

<sup>142</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal: parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 406

Há leis que estipulam sanções administrativas e estabelecem, com maior ou com menor precisão, quais critérios dosimétricos devem ser utilizados como parâmetros pela Administração na dosagem da sanção no caso concreto. Em outros casos, há normas regulamentares (portarias, instruções, resoluções, etc.) que suprem os espaços da lei, estabelecendo novos critérios ou detalhando os critérios legais já previstos<sup>143</sup>. O cenário geral, no entanto, é de escassa normatização acerca do procedimento e dos critérios de dosimetria que devem ser utilizados pelos agentes administrativos no ato aplicação da sanção.

Nesse sentido, afirma José dos Santos Carvalho Filho<sup>144</sup>, por exemplo, que a Lei de Processo Administrativo Federal<sup>145</sup> nada disse sobre os aspectos que devem ser levados em consideração para a aplicação das sanções, ou seja, não foram previstos critérios dosimétricos, os quais o autor denomina de elementos de aferição. Consideram-se elementos de aferição todos aqueles critérios que o aplicador da sanção deve sopesar para que a punição seja efetivamente adequada à infração.

A inexistência ou a insuficiência de prévia determinação desses critérios pelo ordenamento jurídico, não autoriza a autoridade administrativa a definir a sanção sem embasamento. A dosagem da sanção deve ser motivada e sempre observar a proporcionalidade em relação à infração cometida. Nessa tarefa, o administrador público poderá utilizar os critérios que entender adequados e pertinentes ao caso concreto, sendo válida a analogia com os critérios utilizados pelo Direito Penal, bem como a utilização de critérios previstos em outros regramentos administrativos, com as adaptações e com os ajustes necessários às peculiaridades da situação enfrentada.

---

<sup>143</sup> Por exemplo: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS (IBAMA). Instrução Normativa 10, de 7 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/sophia/cnia/legislacao/IBAMA/IN0010-071212.PDF>>. Acesso em 24 jun. 2014; FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DO ESTADO DE SÃO PAULO (PROCON/SP). Portaria Normativa n. 33, de 01 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.procon.sp.gov.br/texto.asp?id=2933>>. Acesso em 15 jun. 2014.

<sup>144</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo administrativo federal: comentários à Lei nº 9.784, de 29/1/1999**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 349

<sup>145</sup> BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm)> . Acesso em: 19 jun. 2014

Entendemos que, assim como no Direito Penal, será nula, ou parcialmente nula, a decisão que, na definição da sanção, limitar-se a invocar fórmulas vagas e imprecisas, pois a validade da pesagem de cada circunstância (ou critério) deve ser feita de forma objetiva e em conformidade com os elementos do processo.<sup>146</sup>

Afirma José dos Santos Carvalho Filho<sup>147</sup> que, ainda que silente a lei, os elementos de aferição devem ser examinados pelo administrador quando de sua decisão punitiva, de modo a conferir à sanção o mais completo grau de precisão e de adequação, levando-se em conta a infração cometida.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves<sup>148</sup>, ao discorrer sobre os critérios que devem incidir na fixação das penas nos casos de improbidade administrativa, entendem serem aplicáveis, com as adaptações necessárias, os critérios utilizados no Direito Penal. Os autores consideram inafastável para o estabelecimento da dosimetria das sanções a valoração da personalidade do agente, de sua vida pregressa na Administração Pública, do seu grau de participação no ilícito e dos reflexos de seus atos na organização desta e na consecução do seu desiderato final, o interesse público. Além desses, entendem que também poderiam ser utilizados os critérios dosimétricos relativos à responsabilidade disciplinar dos agentes públicos. Afirmam inexistir uma pureza conceitual nas diretrizes sugeridas para a fixação da reprimenda base e para a identificação das circunstâncias periféricas ao ilícito, as quais atuariam como agravantes ou como atenuantes, reflexo inevitável da falta de normatização específica sobre a matéria. Ainda assim, entendem que a adoção por analogia dos mencionados critérios facilitaria a fixação de uma reprimenda justa, estando em harmonia com o princípio de que a sanção deve ser individualizada em conformidade com as circunstâncias do caso e as condições pessoais do infrator, verdadeiro princípio geral do direito sancionador.

---

<sup>146</sup> BOSCHI, *op. cit.*, p. 187-188

<sup>147</sup> CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 349

<sup>148</sup> GARCIA, ALVES, *op. cit.*, p. 698-699

As causas que agravam ou diminuem a pena devem estar previstas em lei, sendo a reincidência uma das causas agravantes, afirma Regis Fernandes de Oliveira<sup>149</sup>. E complementa, “como nossos textos são esparsos e multiformes, torna-se difícil a identificação da espécie. Mas, na aplicação das sanções, o agente administrativo deve levar em conta as circunstâncias objetivas do fato, graduando a pena dentro da moldura legal prevista.”

Os critérios dosimétricos podem ser empregados na dosagem de sanções cometidas por pessoas físicas ou por pessoas jurídicas, na linha da afirmação de Marçal Justen Filho de que “ainda quando se tratar de conduta imputável a pessoa jurídica, a imposição da penalidade pressupõe a verificação de elementos subjetivos.”<sup>150</sup>

### 2.3.1 Concurso entre critérios dosimétricos

Ao contrário do Direito Penal, não há no Direito Administrativo sancionador um regramento único que determine qual deverá ser o critério preponderante no caso da presença simultânea de aspectos favoráveis e desfavoráveis ao infrator.

No Direito Penal, no concurso entre agravantes e atenuantes, uma num sentido, outra em outro, será aplicada apenas uma, a circunstância preponderante. Segundo Ruy Rosado de Aguiar Júnior “se duas circunstâncias antagônicas em concurso forem preponderantes, ou se ambas forem não preponderantes, elas se anulam, e a pena fica imodificada. Se duas circunstâncias se equivalem, uma terceira porventura existente é que determinará o sentido da modificação da pena.”<sup>151</sup>

---

<sup>149</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 140

<sup>150</sup> JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 574

<sup>151</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Aplicação da pena**. 5. ed., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: AJURIS, 2013, p. 102

Em qualquer caso, inexistindo regra específica no ordenamento, parece-nos adequado que a autoridade administrativa possa avaliar a importância de cada critério no caso concreto, decidindo, de forma racional e motivada, pela preponderância deste ou daquele critério.

### **2.3.2 Limite inferior como ponto de partida**

Na dosagem das sanções administrativas, com limite inferior e superior previsto no ordenamento, entendemos que o ponto de partida para a aplicação da sanção deve ser o mínimo legal. Nesses casos, a majoração da sanção dependeria de expressa motivação do ato pela autoridade administrativa, pois apenas após a prévia avaliação das circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto, seria justificável o aumento da sanção além do mínimo legal.

Esse entendimento decorre de analogia com o Direito Penal e busca resguardar as garantias individuais, uma vez que, sem a devida fundamentação, o aumento do valor da sanção é marcado pela arbitrariedade.

Juarez Cirino dos Santos esclarece que, no âmbito do Direito Penal, “o ponto de partida para fixação da pena-base deve ser o mínimo legal da pena cominada, conforme democrática prática judicial contemporânea.”<sup>152</sup>

Essa situação é reconhecida pelo regramento das infrações administrativas editado pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama)<sup>153</sup>, que determina a fixação da sanção no valor mínimo sempre que não constarem do processo os motivos que determinaram sua elevação.

---

<sup>152</sup> SANTOS, *op. cit.*, p. 516

<sup>153</sup> “Art. 12 [...] §1º O valor da multa será fixado sempre pelo seu valor mínimo quando não constarem do auto de infração ou dos autos do processo os motivos que determinem a sua elevação acima do piso.”

INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS (IBAMA). Instrução Normativa 10, de 7 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/sophia/cnia/legislacao/IBAMA/IN0010-071212.PDF>>. Acesso em 24 jun. 2014

### 2.3.3 Condição pessoal

A condição pessoal pode ser considerada como critério dosimétrico de aplicação da sanção administrativa. Podem ser ponderados, dentre outros, o grau de instrução e de escolaridade do agente, sua profissão, sua cultura, sua ambiência, de modo a se poder concluir pela maior ou pela menor possibilidade de conhecimento e de compreensão do ato ilícito pelo agente, bem como pela maior ou pela menor possibilidade de adoção de conduta diversa pelo agente no caso concreto.

O raciocínio relativo ao erro de tipo e ao erro de proibição pode ser utilizado, quando não restar caracterizada a inevitabilidade do erro, como critério de abrandamento da culpabilidade do agente e, por consequência, da dosagem da sanção.

O penalista José A. Paganella Boschi entende que:

“Assim, quanto mais experiente, esclarecido ou culto ele for, maior a presunção de que conhece o que é permitido ou proibido, e, desse modo, a reprovação haverá de ser intensa em caso de quebra do dever de respeito ao conteúdo da norma. Seria inconcebível a equiparação de exigência entre o homem que ganha a vida na cidade cercado de informações e o agricultor que ganha a vida no mais longínquo rincão, distante da cultura, do lazer, das comodidades da vida moderna.”<sup>154</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar ações de improbidade administrativa, considerou que “[...] não se enquadra nas espécies de improbidade o ato praticado pelo administrador inepto”.<sup>155</sup>

No âmbito do Direito Penal é utilizado o conceito de co-culpabilidade, como atenuante da culpabilidade daqueles que possuem condições de vida desfavoráveis. Zaffaroni e Pierangeli afirmam que por melhor organizada que seja uma sociedade, ela nunca consegue

---

<sup>154</sup> BOSCHI, *op. cit.*, p. 233

<sup>155</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 980.706 – RS. Recorrente: Celso Picinini e outros. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília: 3 fev. 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1033046&sReg=200702107420&sData=20110223&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1033046&sReg=200702107420&sData=20110223&formato=PDF)>. Acesso em 21 jun. 2014

oferecer a todos as mesmas oportunidades, de modo que existem aqueles que, condicionados por causas sociais, possuem um menor âmbito de autodeterminação:

“É sabido que, por óbvias razões, que até o presente momento nenhum sistema político no mundo conseguiu superar, os habitantes dispõem de distintas margens sociais de autonomia ou de distinto espaço social, em razão de desigualdades socioeconômicas, de instrução etc., isto é, existem pessoas que dispõem de meios econômicos e de graus de instrução superiores aos dos outros, estes, frequentemente, em graus de carência bem marcados. O princípio acerca disto está em que, se a sociedade outorga, ou permite a alguns, gozar de espaços sociais dos quais os outros não dispõem ou são a estes negados, a reprovação de culpabilidade que se faz à pessoa a quem se tem negado as possibilidades outorgadas a outras, deve ser em parte compensada, isto é, a sociedade, deve arcar com uma parte da reprovação, pois, não pode creditar ao agente uma maior possibilidade de motivar-se numa norma, cuja conhecimento não lhe possibilitou. Isto leva a considerar, necessariamente, como atenuante, a humilde condição social de uma pessoa, suas carências econômicas e de instrução, seu escasso acesso à medicina preventiva e curativa e, no geral, o menor gozo dos direitos sociais, sempre e quando estas circunstâncias não cheguem a um grau tal que devam ser consideradas como presença de uma eximente, em razão do estado de necessidade ou exculpante”.<sup>156</sup>

O regulamento de infrações administrativas editado do Ibama, por exemplo, estipulou como condição atenuante da sanção o baixo grau de instrução e de escolaridade do infrator.<sup>157</sup>

### 2.3.4 Relação com a Administração Pública

É inegável que aqueles que possuem uma relação especial com a Administração Pública, a exemplo dos profissionais que integram seus quadros, de modo definitivo, temporário ou precário, ou daqueles que exercem funções ou serviços públicos, na condição de permissionários, delegados ou concessionários, sujeitam-se a critérios mais rigorosos na definição da sanção em relação aos particulares.

Hely Lopes Meirelles, ao diferenciar as modalidades de punição interna, dirigida aos agentes públicos, das externas, dirigidas aos particulares, considera que mais liberdade tem a

---

<sup>156</sup> ZAFFARONI, PIERANGELI, *op. cit.*, p. 715

<sup>157</sup> “Art. 21. São circunstâncias atenuantes: I - baixo grau de instrução ou escolaridade do autuado;”  
 INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS (IBAMA). Instrução Normativa 10, de 7 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/sophia/cnia/legislacao/IBAMA/IN0010-071212.PDF>>. Acesso em 24 jun. 2014

Administração para apenar seus próprios agentes do que para punir os particulares estranhos ao poder público, porque quanto àqueles atua no amplo campo do poder disciplinar, e quanto a estes encontra limites intransponíveis nos direitos e garantias individuais dos cidadãos.<sup>158</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar uma ação de improbidade administrativa em que concorreram agentes da Administração e particulares em fraude a processo licitatório, afirmou que “[...] a conduta do agente privado não pode ser punida com a mesma intensidade do que a conduta do agente público [...]”.<sup>159</sup>

A questão da relação especial com a Administração assemelha-se, parcialmente, com a agravante de abuso de poder ou de violação de dever profissional do Direito Penal.

Luiz Regis Prado<sup>160</sup> afirma que essa agravante refere-se ao fato de ter o agente cometido o crime com abuso de poder ou com violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério (exercício de atividades religiosas) ou profissão (atividade especializada, remunerada, intelectual ou técnica). A agravante atua sobre a medida do injusto, demonstrando maior desvalor da ação. Exige um elemento objetivo, a maior facilidade ou menor risco para a prática do delito, e um elemento subjetivo, o uso, consciente e voluntário, mas ilegítimo, ou além dos limites legais, do poder inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão.

---

<sup>158</sup> MEIRELLES, *op. cit.*, p. 187

<sup>159</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.245.954 – SP. Recorrente: Roberto José Figueira Coelho. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Castro Meira. Relator para Acórdão: Ministro Mauro Campbell. Brasília, 21 jun. 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1118009&sReg=201100400319&sData=20120917&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1118009&sReg=201100400319&sData=20120917&formato=PDF)>. Acesso em: 15 jun. 2014.

<sup>160</sup> PRADO, *op. cit.*, p. 611

### 2.3.5 Reincidência geral e específica

A reincidência no Direito Administrativo Sancionador possui contornos distintos daqueles do Direito Penal, ainda que, de regra, conduza ao agravamento da sanção administrativa.

É preciso diferenciar a reincidência geral da reincidência específica. Por reincidência geral entende-se a prática de nova infração relacionada a um mesmo bem jurídico, ainda que de distintos diplomas legais. Assim, por exemplo, não seria considerada como reincidência geral no âmbito das infrações de trânsito uma infração anterior por descumprimento das normas de vigilância sanitária. Por reincidência específica entende-se a repetição de uma mesma conduta infracional, ou de uma infração da mesma espécie, que com a anterior guarde estreita relação. Apesar de não existir formulação precisa, é possível considerar que a reincidência específica, em regra, deve ser mais gravosa para o infrator do que a reincidência geral.

No âmbito do Direito Penal reconhece-se que a reincidência específica seja mais valorada do que a reincidência geral ou genérica. Afirma Ruy Rosado de Aguiar Júnior que “a reincidência específica agrava a pena em maior grau do que a recidiva genérica.”<sup>161</sup>

Para os penalistas Paulo José da Costa Júnior e Fernando José da Costa, o sujeito que volta a praticar um crime “[...] após ter sofrido uma condenação anterior, revela obstinado desprezo pela lei e pelo magistrado. Justifica-se a exacerbação da pena, pois no novo episódio deliquencial vem a ser gravemente ofendida a autoridade da lei e o prestígio do Estado.”<sup>162</sup>

Juarez Cirino dos Santos afirma que a doutrina e a jurisprudência penais aceitam que a reincidência seja avaliada com base em “alguns pressupostos para considerar o *quantum* da

---

<sup>161</sup> AGUIAR JÚNIOR, *op. cit.*, p. 82

<sup>162</sup> COSTA JR., Paulo José da. COSTA, Fernando José da. **Curso de Direito Penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 252

agravação: a execução da pena anterior, o espaço de tempo entre o crime anterior e o novo crime (respeitada a prescrição da reincidência), a relação de gravidade entre os crimes.”<sup>163</sup>

As infrações podem ser contestadas pelo agente, por meio de recurso administrativo ou judicial. Não há um regramento específico indicando o momento em que se configura a reincidência no Direito Administrativo, isto é, não existe regra indicando a partir de que momento pode-se considerar como definitiva uma infração. No Direito Penal, é aceito que os crimes anteriores assumem a condição de definitivos, ou seja, encontram-se aptos a qualificar a reincidência do agente, após o trânsito em julgado da decisão condenatória. Considera-se que o mais adequado, também no Direito Administrativo, seja o entendimento de se considerar como definitiva a infração após o esgotamento das possibilidades de contestação administrativa. Assim, infrações que ainda permitam contestação com efeito suspensivo, ou cuja contestação ainda não tenha sido apreciada, não poderiam ser consideradas como definitivas para fins de caracterização da reincidência do agente. Por outro lado, em razão do atributo de legitimidade do ato administrativo<sup>164</sup>, entende-se que uma contestação judicial da mesma infração, ao menos enquanto não for proferida uma decisão judicial favorável ao agente, não impede sua consideração para fins de caracterização da reincidência, geral ou específica.

Nesse sentido, é válida a lição de Carlos Ari Sunfeld:

“ninguém será considerado culpado de infração às normas administrativas, até a decisão definitiva em contrário. Tal princípio, similar ao vigente na esfera penal (CF, art. 5º, LVII), deita raízes profundas na ideia de Estado de Direito, envolvido que está com a proteção do indivíduo contra o exercício arbitrário do poder.”<sup>165</sup>

Outra dificuldade relacionada à reincidência no Direito Administrativo refere-se ao período de tempo em que as infrações anteriores devem ser consideradas para efeito de reincidência. Na ausência de norma específica, entende-se que a adoção do prazo de cinco

---

<sup>163</sup> SANTOS, *op. cit.*, p. 532

<sup>164</sup> MEIRELLES, *op. cit.*, p. 150. “A presunção de legitimidade autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que arguidos de vícios ou defeitos que os levem à invalidade.”

<sup>165</sup> SUNDFELD, **Direito Administrativo Ordenador**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 81

anos previsto no Direito Penal, ou prazo inferior, é o procedimento mais adequado. É possível, no entanto, que diante de determinadas situações administrativas, esse prazo possa ser ampliado ou diminuído pela norma, para atender as particularidades do tipo infracional, desde que devidamente justificados os motivos para sua ampliação ou para sua redução. O importante é que exista um prazo máximo, de modo que as sanções anteriores não sejam eternizadas no tempo.

“O estigma da condenação não pode ser perpétuo”, afirma Miguel Reale Júnior, pois “se o fundamento da reincidência está no esquecimento da condenação, na falta de recordação da experiência vivida, em recaída que significa rebeldia à lei já concretamente aplicada e sentida, deve-se ter em conta um prazo válido para esta recordação.”<sup>166</sup>

### 2.3.6 Antecedentes

É importante observar que o conceito de antecedente não se confunde com o conceito de reincidência, embora ambos os conceitos abordem fatos ou situações pretéritas.

No Direito Penal, Miguel Reale Júnior<sup>167</sup> afirma que os antecedentes não dizem respeito apenas à folha corrida do autor, sendo um conceito bem mais abrangente. Por antecedentes deve-se entender a forma de vida do agente em uma perspectiva ampla, examinando-se seu meio de sustento, sua dedicação a tarefas honestas, sua assunção de responsabilidades familiares, dentre outras.

O penalista Ruy Rosado de Aguiar Júnior afirma que “os antecedentes são os fatos registrados sobre o comportamento anterior do réu, integram a sua história de vida e já não podem ser modificados, apenas conhecidos e avaliados, sempre na perspectiva do crime que está em julgamento.”<sup>168</sup>

---

<sup>166</sup> REALE JÚNIOR, *op. cit.*, p. 421

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 407

<sup>168</sup> AGUIAR JÚNIOR, *op. cit.*, p. 70.

O conceito de antecedente formulado por José A. Paganella Boschi para o Direito Penal indica que os “antecedentes são todos os fatos penais pretéritos ao crime, praticados pelo réu, que lhe retiram a condição de primário”.<sup>169</sup>

Não se concebe que se possa conferir aos antecedentes no âmbito do Direito Administrativo o mesmo peso que possuem no âmbito do Direito Penal. Seria dessarazoadado, se descabido, pretender que a autoridade administrativa pudesse examinar em tal perspectiva a vida pessoal e social do autor da infração.

Por outro lado, é possível considerar os antecedentes como critérios para avaliação de condições pregressas específicas da conduta do agente, notadamente para avaliação das condições de cunho objetivo, o que é mais simples de se observar em relação às pessoas jurídicas.

Um exemplo é bastante elucidativo. O regramento de processo de apuração das sanções editado pela Agência Nacional de Aviação Civil (Anac)<sup>170</sup>, prevê o agravamento da sanção em função da quantidade de reclamações dos usuários registradas em relação ao mesmo fato que originou a infração. Ou seja, previu-se a utilização de um antecedente da conduta do autor da infração, de ordem objetiva, como critério de agravamento da dosagem da sanção. A Lei Geral de Telecomunicações<sup>171</sup> igualmente prevê a possibilidade de que, na aplicação de sanções, possam ser considerados, além da reincidência, os antecedentes dos infratores.

---

<sup>169</sup> BOSCHI, *op. cit.*, p. 198

<sup>170</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. Resolução n. 25, de 25 de abril de 2008. Disponível em <<http://www2.anac.gov.br/biblioteca/resolucao/RA2008-0025consolidado.pdf>>. Acesso em: 18. jun. 2014.

<sup>171</sup> BRASIL, Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Planalto. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2014.

### **2.3.7 Capacidade econômica**

A consideração da capacidade econômica do agente, quando da aplicação da sanção, é fundamental para a definição de uma reprimenda proporcionalmente adequada, a fim de assegurar o atingimento da finalidade preventiva da sanção, uma vez que sanções insignificantes em face da capacidade econômica do agente não servirão para desestimular a prática de novas infrações.

A adequação da sanção à capacidade econômica do agente pode ser realizada tanto em relação às pessoas físicas quanto em relação às pessoas jurídicas. A avaliação das pessoas jurídicas pode tomar por base o porte econômico da empresa, seu faturamento, seu enquadramento fiscal, ou qualquer outro critério que seja relevante para a área do Direito Administrativo em que ocorreu a infração. Nas infrações trabalhistas, por exemplo, a definição do porte da empresa e de sua capacidade econômica pode ser avaliada a partir do tamanho do seu quadro funcional.

A capacidade econômica das pessoas físicas pode ser aferida a partir da renda, a partir de determinados bens que integram o acervo patrimonial, ou a partir das classificações gerais de renda familiar (classes sociais). A possibilidade de obtenção e de utilização de informações dessa natureza variará significativamente entre os órgãos administrativos, de maneira que qualquer consideração mais específica dependeria de uma avaliação da situação concreta.

Em qualquer dos casos, no entanto, seria viável que, mediante decisão devidamente fundamentada, as considerações atinentes à capacidade econômica das pessoas físicas ou das pessoas jurídicas possam ser efetuadas mediante estimativa pela autoridade administrativa, de modo o mais moderado possível, facultando-se ao infrator a impugnação do ato para o fim de adequá-lo à realidade.

No âmbito do Direito Penal, afirma Luiz Regis Prado que a quantia da multa não deve ser a mesma para todos os autores de um delito, devendo ser fixada em cada caso levando-se em consideração a situação pessoal, profissional e familiar do condenado, seus recursos, seus ganhos, seus encargos, enfim, suas possibilidades reais. A individualização da pena de multa

baseia-se tanto na culpabilidade do agente quanto em suas condições econômicas, tendo por objetivo ajustar a importância da multa à capacidade de pagamento do agente.<sup>172</sup>

A Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo (Procon/SP)<sup>173</sup>, instituiu na aplicação das multas administrativas dois critérios dosimétricos relacionados à capacidade econômica das empresas. O primeiro refere-se ao porte econômico da empresa, divididas em quatro grandes grupos (microempresa, pequena empresa, empresa de médio porte, empresa de grande porte). O segundo critério refere-se ao valor da receita bruta da empresa, informação obtida através da contabilidade patrimonial. Na ausência ou na impossibilidade de obtenção de qualquer dessas informações, a autoridade administrativa deve realizar a avaliação desses critérios por estimativa, sendo facultado à empresa, caso entenda que a estimativa lhe foi desfavorável, a apresentação do valor correto para readequação do valor da multa.

### 2.3.8 Motivos da infração

Os motivos podem ter relevância para a individualização da sanção administrativa na medida em que podem ser avaliados como favoráveis ou desfavoráveis no exame da culpabilidade do agente. No Direito Penal, a motivação de relevante valor social ou moral atenua a pena, em virtude da menor reprovabilidade pessoal da conduta típica e antijurídica, afirma Luiz Regis Prado.<sup>174</sup>

O penalista José A. Paganella Boschi afirma que não existe conduta humana desprovida de motivos, de finalidade, de modo que os motivos determinantes do crime podem ser qualificados axiologicamente como positivos ou negativos, como nobres ou não.<sup>175</sup>

---

<sup>172</sup> PRADO, *op. cit.*, p. 709-712

<sup>173</sup> FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DO ESTADO DE SÃO PAULO (PROCON/SP). Portaria Normativa n. 33, de 01 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.procon.sp.gov.br/texto.asp?id=2933>>. Acesso em 15 jun. 2014.

<sup>174</sup> PRADO, *op. cit.*, p. 618

<sup>175</sup> BOSCHI, *op. cit.*, p. 209

O Superior Tribunal de Justiça considerou desproporcionais sanções aplicadas em ação de improbidade administrativa, em virtude da justificativa social da conduta:

“A partir da leitura das condutas narradas no acórdão recorrido, observa-se que a manutenção da perda da função pública, da suspensão dos direitos políticos a qual foi fixada no prazo mínimo de três anos, bem como da impossibilidade de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios pelo prazo de dois anos revela-se desarrazoada, uma vez que a atitude que se reputa ímproba foi apenas a concessão de cestas básicas a servidores a título de complementação salarial, impugnada ante a ausência de lei local que previsse tal benefício - de forma que, conquanto tenha havido violação dolosa à legalidade, ainda é possível se vislumbrar alguma justificativa social na conduta impugnada.”<sup>176</sup>

No âmbito do Direito Penal, Juarez Cirino dos Santos afirma que o motivo pode conferir qualidades negativas à conduta, ou alternativamente, qualidades positivas, sendo tais qualidades relevantes para a fixação da pena.<sup>177</sup>

Ruy Rosado de Aguiar Júnior, igualmente, afirma que os motivos são os fatores que animam o agente a praticar o delito, e podem ser nobres ou vis, e, dentro dessa régua de valores, devem ser considerados.<sup>178</sup>

Por sua vez, Miguel Reale Júnior ensina que

“o crime pode ser praticado com vistas a fim último válido, agindo-se em função de um valor social ou moralmente positivo. Por exemplo, em favor de um interesse da categoria profissional a que pertence, ou para minorar o sofrimento da vítima. Se a razão de ser do delito é de se reconhecer positiva, todavia, não a justifica, mas indica que menor deva ser a reprovação”<sup>179</sup>

Do mesmo modo, deve-se admitir que os motivos alegados e comprovados pelo autor da infração possam ser avaliados pela autoridade administrativa no momento de definição da sanção. Assim, por exemplo, a sanção decorrente de uma infração motivada por uma causa de

---

<sup>176</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.220.007 – PR. Embargante: Manoel Kuba e outros. Embargado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 10 abr. 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1135627&sReg=201001870290&sData=20120417&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1135627&sReg=201001870290&sData=20120417&formato=PDF)>. Acesso em 20 jun. 2014.

<sup>177</sup> SANTOS, *op. cit.*, p. 524

<sup>178</sup> AGUIAR JÚNIOR, *op. cit.*, p. 75

<sup>179</sup> REALE JÚNIOR, *op. cit.*, p. 423

relevante interesse social, não deve ser equiparada àquela motivada apenas por ganhos financeiros pessoais.

### **2.3.9 Gravidade e conseqüências da infração**

A gravidade da infração e o exame de suas conseqüências são fatores importantes na definição e na dosagem da sanção. A reação do poder público deve ser proporcional à gravidade da infração cometida e à relevância de suas conseqüências para o bem jurídico tutelado.

A Administração Pública pode estipular níveis (escalas) de gravidade e de conseqüência das infrações, agrupando-as em conjuntos, a fim de possibilitar que o exame por parte do agente administrative seja o mais objetivo possível.

As conseqüências da infração podem ser avaliadas de acordo com o grau de lesão ao bem jurídico tutelado. O Ibama, por exemplo, estipulou escalas para aferir as conseqüências das infrações com base nos danos causados ao meio ambiente (não ocorreu, potencial, reversível em curto prazo, reversível em médio prazo, reversível em longo prazo, irreversível) e para a saúde pública (não há, potencial, efetiva e reversível, efetiva e irreversível).<sup>180</sup>

Também é possível avaliar as conseqüências da infração em função do proveito econômico ou patrimonial obtido pelo agente infrator.

É também relevante para a dosagem da sanção a consideração das providências adotadas pelo agente com o objetivo de reduzir, de mitigar ou de reparar os danos causados pela infração, hipóteses que podem conduzir ao abrandamento da sanção a ser aplicada.

---

<sup>180</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS (IBAMA). Instrução Normativa 10, de 7 de dezembro de 2012. Disponível em <<http://www.ibama.gov.br/sophia/cnia/legislacao/IBAMA/IN0010-071212.PDF>>. Acesso em 8 jun. 2014.

No Direito Penal, Ruy Rosado de Aguiar Júnior afirma que o comportamento do infrator na mitigação ou na reparação dos danos repercute em seu favor, podendo ser considerado como fator de abrandamento da sanção. A ausência de providências, no entanto, possuiria implicação neutra, por integrar a própria infração.<sup>181</sup>

A conduta do agente na redução dos danos pode ser avaliada em relação a diferentes aspectos, dentre eles a espontaneidade da conduta, a instantaneidade das providências e a eficácia das medidas adotadas pelo agente.

O princípio da insignificância, por sua vez, não deve ser considerado na dosagem da sanção, mesmo nas situações em que a gravidade da infração, ou de suas conseqüências, for avaliada como de baixo ou de menor grau. Entende a doutrina que o princípio da insignificância não se faz valer na fase de individualização da sanção administrativa, mas sim na fase anterior, em que devem ser verificados os próprios requisitos da infração.

Na opinião de Heraldo Garcia Vitta<sup>182</sup> a conduta de que resulte danos ínfimos e irrisórios, não deve ser considerada como ilícita, pois, pela análise teleológica-funcional da pena, a aplicação de sanções aos infratores dos chamados “crimes de bagatela” traria somente desprestígio ao poder punitivo estatal, ao invés de promover o ajustamento das condutas aos padrões do ordenamento, finalidade última de toda sanção administrativa.

O entendimento de Daniel Ferreira é semelhante:

“Enfim, não se cogita da (exigência da) necessidade de sanção administrativa externa ou posterior ao reconhecimento da infração, como ocorrida *in concreto*, competindo ao princípio da insignificância estritamente afastar a tipicidade da conduta - se e quando aceitável a sua aplicação.”<sup>183</sup>

Em outras palavras, se a infração, ainda que de menor gravidade, for reputada típica, antijurídica e punível, deve ser aplicada a sanção pela autoridade administrativa. Apesar disso,

---

<sup>181</sup> AGUIAR JÚNIOR, *op. cit.*, p. 76

<sup>182</sup> VITTA, *op. cit.*, p. 58

<sup>183</sup> FERREIRA, *op. cit.*, p. 260

nesses casos, permanece válida a regra segundo a qual a sanção deve manter uma relação de proporcionalidade com a infração, de modo que uma sanção decorrente de uma infração de menor gravidade será mais branda do que uma sanção decorrente de uma infração de maior gravidade.

### 2.3.10 Boa-fé

Segundo a lição de Edilson Pereira Nobre Júnior<sup>184</sup>, a boa-fé subjetiva, que significa a ausência de má-fé, de intenção dolosa ou mentirosa, a ausência de consciência do caráter errôneo ou ilegal de um comportamento, deve ser valorada no Direito Administrativo, sendo de grande utilidade para o Direito Administrativo Sancionador.

Semelhantemente ao que ocorre com a figura da confissão no Direito Penal, considerada como circunstância atenuante, a conduta do infrator administrativo pode ser avaliada sob o prisma da colaboração e do reconhecimento da infração.

Tendo em vista que a finalidade das sanções administrativas é a de prevenir novas infrações, nada mais lógico que entender que aqueles que colaboram com a apuração da infração ou reconhecem a prática do ilícito, denotam a necessidade de um sancionamento estatal mais brando.

A colaboração do agente com as autoridades fiscalizadoras estatais também pode ser reconhecida como uma situação de abrandamento da pena. A comunicação espontânea do agente sobre o cometimento da infração pode ser também considerada para a redução da sanção, na medida em que permite reduzir os riscos de danos a bens, a pessoas e a serviços.

Afirma José A. Paganella Boschi<sup>185</sup> que o abrandamento da censura pela confissão encontra o seu fundamento na necessidade de valorar positivamente a conduta do agente que

---

<sup>184</sup> NOBRE JÚNIOR, *op. cit.*, p. 150-151

<sup>185</sup> BOSCHI, *op. cit.*, p. 273

toma a iniciativa de procurar, por conta própria, as autoridades para narrar o acontecimento em que se viu envolvido, poupando complexas e difíceis investigações, abreviando o processo e contribuindo para a celeridade dos procedimentos em benefício da Administração da Justiça.

Juarez Cirino dos Santos<sup>186</sup> indica que a confissão espontânea de autoria ou da participação no crime constitui circunstância atenuante porque indica a admissão de responsabilidade pelo fato, a aceitação de suas consequências jurídicas e, eventualmente, o arrependimento do agente.

O reconhecimento da infração é utilizado por diversos órgãos administrativos como causa indireta para abrandamento sanção. Essa hipótese se verifica na concessão de descontos sobre o valor das multas em caso de não contestação administrativa ou judicial da infração.

Por outro lado, a conduta marcada por elementos que denotam a má-fe do agente no caso concreto, tais como a ocorrência de fraude, de simulação, de sonegação, de artifício, de conluio, de embaraço, de resistência, de ardil, de abuso de confiança ou de coação, dentre outros, pode indicar a necessidade de um agravamento da sanção administrativa.

---

<sup>186</sup> SANTOS, *op. cit.*, p. 551

## CONCLUSÕES

O objetivo da presente pesquisa foi o de examinar os preceitos jurídicos e os critérios que orientam a autoridade administrativa na aplicação das sanções administrativas, sendo possível formular as seguintes conclusões:

No Brasil as sanções administrativas são tratadas de modo assistemático por inúmeros diplomas legais que criam infrações administrativas, inexistindo posituação no ordenamento jurídico das regras gerais do Direito Administrativo Sancionador.

Não há distinção substancial entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, a diferenciação é feita pelo critério formal, ou seja, se a autoridade que aplica a sanção é um agente da Administração Pública, temos a infração administrativa, se, de modo diverso, a pena é aplicada pelo órgão encarregado de dizer o direito, temos o ilícito penal. No entanto, parte da doutrina entende que mesmo ilícitos cuja avaliação compete ao Poder Judiciário, a exemplo das ações de improbidade administrativa, devem ser submetidos ao regime do Direito Administrativo Sancionador.

O direito de punir da Administração deve encontrar suas limitações nos direitos e nas garantias individuais dos cidadãos. Existe um poder punitivo estatal único, ou ao menos um núcleo central de garantias que é comum ao Direito Penal e ao Direito Administrativo Sancionador. Assim, é válida a aplicação, com as devidas adaptações, e enquanto estão em desenvolvimento os postulados próprios do Direito Administrativo Sancionador, das categorias e dos conceitos do Direito Penal, em virtude de sua maior e mais antiga sistematização doutrinária.

Os princípios da legalidade e da tipicidade incidem no Direito Administrativo Sancionador de modo a assegurar que os indivíduos conheçam prévia e claramente as condutas reprovadas pelo ordenamento jurídico. Em razão da dinâmica e da celeridade próprias da atividade administrativa, é necessário preservar certa liberdade de atuação ao administrador público. Esses espaços de atuação, no entanto, não podem ser excessivamente amplos, cabendo a lei formal fixar o conteúdo básico e fundamental das infrações. Os critérios

de aplicação podem ser previstos na própria lei, ou normatizados por regulamento administrativo. Parece-nos correto que a Administração Pública tenha, inclusive, o dever de normatizar de modo claro, abrangente e consistente os procedimentos e os critérios (ou parâmetros) de aplicação das sanções, como condição indispensável para o exercício do poder punitivo outorgado pela lei.

O ordenamento jurídico prevê sanções objetivas, com prévia e determinada consequência jurídica, e sanções subjetivas, que permitem graduação, de acordo com parâmetros definidos em lei ou em regulamento. Cabe ao administrador, no caso das sanções subjetivas, usando de seu poder discricionário, definir e dosar a sanção no caso concreto. A discricionariedade, no entanto, não se confunde com arbitrariedade, sendo necessário preservar a relação de proporcionalidade entre a sanção e a infração.

A definição e a dosagem da sanção no caso concreto devem ser fundamentadas pela autoridade administrativa, através da exposição das razões e dos critérios que orientaram a decisão adotada. A justificativa apresentada deve ser clara, coerente e suficiente, contemplando um discurso racional e fundada em um processo lógico. Ainda que lei seja omissa a esse respeito, o ato deve ser motivado, uma vez que decisões imotivadas são vazias de conteúdo e de efeitos jurídicos.

A decisão da autoridade administrativa deve considerar, ainda, a finalidade preventiva das sanções administrativas, em relação ao próprio infrator (prevenção especial) e em relação aos demais cidadãos (prevenção geral).

O princípio da individualização da pena aplica-se igualmente ao Direito Administrativo Sancionador, determinando que sejam consideradas na definição e na dosagem da sanção as circunstâncias objetivas e subjetivas da infração, as particularidades e as singularidades da conduta e do agente, constituindo-se essa individualização em direito público subjetivo dos cidadãos, na perspectiva de que possam conhecer as razões concretas e específicas do ato sancionador.

A dosagem da sanção deve guardar uma relação de proporcionalidade com a infração cometida, não podendo exceder ao grau de lesão ao bem jurídico tutelado.

A culpabilidade é o fundamento da sanção administrativa, afastando a responsabilização objetiva do agente. A infração deve ser entendida como a ação antijurídica, típica e punível, decorrente, portanto, da imputabilidade, da consciência da ilicitude, e da potencial evitabilidade do fato por parte do infrator. Ainda que alguns doutrinadores e o próprio ordenamento admitam infrações de natureza objetiva ou decorrentes da mera voluntariedade do agente, deve ser exigida, como regra, ao menos a culpa *strictu sensu* para a caracterização da infração administrativa.

A culpabilidade atua também como limite da sanção, constituindo-se no ponto central para a individualização e para a dosagem da reprimenda estatal. Analisar a culpabilidade do agente é medir sua responsabilidade, aferir o grau e o montante da sanção. Entendemos adequado que a dosagem da sanção deva partir do limite inferior previsto no ordenamento jurídico, sendo necessária motivação para a elevação acima do mínimo.

A inexistência, ou insuficiência, de prévia determinação dos critérios dosimétricos pelo ordenamento jurídico não autoriza a graduação da sanção sem qualquer embasamento. Nesses casos, a autoridade administrativa poderá utilizar os critérios que entender pertinentes ao caso concreto, sendo válida a analogia com os critérios utilizados no Direito Penal, bem como a utilização de critérios previstos em outros regramentos administrativos, com as adaptações e os ajustes pertinentes à situação enfrentada.

Há diversos critérios dosimétricos que possuem aplicação geral e que podem ser utilizados na maior parte dos casos, por exemplo: a condição pessoal do infrator, sua capacidade econômica, a gravidade, as conseqüências e os motivos da infração, a reincidência geral, a reincidência específica, os antecedentes, o reconhecimento da infração pelo agente, a adoção de providências para mitigar os danos, a ocorrência de fraude e de outras situações que afastam a presunção de boa-fé da conduta do agente.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Aplicação da pena**. 5. ed., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: AJURIS, 2013.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O dever de fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1992.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo administrativo federal: comentários à Lei nº 9.784, de 29/1/1999**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

CERVEIRA, Fernanda Pessôa. **Fundamentos do Poder Administrativo Sancionador: o exame da culpabilidade na infração administrativa**. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

COSTA JR., Paulo José da. COSTA, Fernando José da. **Curso de Direito Penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no Direito Administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 179/8:51-92, jan./jun. 1990.

DEL TESO, Ángeles de Palma. **El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador**. Madrid: Tecnos, 1996.

FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7. ed. rev. e reelab. por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo alemão**. Tradução de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. rev. e atual. até a emenda constitucional 68 de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012,

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 4. ed., atual., rev. e aument. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. Madrid: Tecnos, 2005.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Infrações e sanções administrativas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120**. 12 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal: parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Ordenador**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1997.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no Direito Administrativo**. São Paulo, Malheiros: 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: volume 1 - parte geral**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.