SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL

EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR*

I — Atividade sancionadora da Administração. II — Sanções administrativas e princípios de Direito Penal. III — Legalidade. IV — Tipicidade. V — Culpabilidade. VI — Proporcionalidade. VII — Retroatividade de norma mais favorável. VIII — "Non bis in idem". IX — "Non reformatio in pejus". X — Palavras finais.

I — *Atividade sancionadora da Administração*

A função administrativa, dentre as relevantes missões estatais, evidencia-se pela dinâmica de atos, praticados de acordo com a ordem normativa, no escopo de legar o bem-estar geral da coletividade.

Em sua multifária atividade, a Administração, muitas vezes, depara-se com a necessidade de impor aos administrados punições para assegurar a higidez da ordem pública, ou o eficaz funcionamento dos serviços que estão a seu cargo. Tal se verifica ora com relação a terceiros, quando se está ante o poder de polícia, ora com sujeitos que se encontram vinculados à entidade administrativa por vínculos hierárquicos (servidores) ou negociais (contratos administrativos). Não se esquecer ainda das penalidades aplicadas no campo da atividade vinculada de arrecadação de tributos, as quais, embora estudadas com maior relevo na província do Direito Tributário, seguem os nortes orientadores das demais sanções administrativas.

Tal competência se funda em posição de supremacia que a Administração exerce sobre os particulares, podendo, assim, ser geral, quando manifestada em face da preservação do interesse coletivo (supremacia geral), ou especial, quando advém de relações com particulares, submetidas a regime jurídico de cunho publicístico (supremacia especial).

* Juiz Federal, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN) e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

Surge, portanto, o instituto que se poderia denominar de direito penal administrativo, reputado por ANDRES SERRA ROJAS como o que *"tende ao estabelecimento das infrações administrativas, necessárias para o funcionamento da Administração Pública, e o seu adequado regime de sanções"*[1].

Extrema-se do Direito Penal comum em função do ilícito a que visa punir. Enquanto este almeja a prevenção e a repressão da delinqüência, considerada como conduta violadora dos bens jurídicos em geral (vida, integridade física, patrimônio etc.), a Administração pune, basicamente, comportamentos que infringem deveres de obediência ou de colaboração dos indivíduos para com a atividade dos entes públicos na busca do interesse geral.

Embora não possa configurar uma disciplina autônoma, o estudo do direito penal administrativo cresce de prestígio à medida que se torna cada vez mais necessário o conhecimento dos parâmetros a autorizar o administrador, em nome do interesse coletivo, a submeter o particular, servidor público ou não, a conseqüências que sempre vêm representar um limite à sua liberdade. A primeira indagação que se nos antolha condiz com a possibilidade de aplicação dos cânones cristalizados, após larga elaboração histórica, pelo Direito Penal. Em seguida, mesmo sem pretensão exauriente, listaremos, para análise, alguns desses padrões.

II — *Sanções administrativas e princípios de Direito Penal*

Antes de enumerarmos tais balizamentos, faz-se imprescindível indagar se os cânones, de aplicação inconteste no Direito Penal, também encontram guarida para modular a postura sancionatória da Administração.

Não se duvida que crime ou delito e infração administrativa são entidades distintas em sua essência. Prova disso, vários critérios foram sugeridos pela doutrina para diferençá-las, dos quais sobressai o de adorno prático, formulado por GUIDO ZANOBINI[2], no sentido de que a infração administrativa não integra o Direito Penal, porque a responsabilização do infrator não é tornada concreta pela função jurisdicional, mas pelo Estado no desempenho de uma competência administrativa.

Essa distinção ontológica, no entanto, não pode olvidar que, tanto no ilícito criminal como no administrativo, está-se ante situação ensejadora da manifestação punitiva do Estado. Segue-se, em linha de princípio, nada haver a obstar, antes a recomendar, serem os postulados retores da aplicação das punições criminais, cuja sistematização doutrinária e legislativa é bem anterior à ordenação das sanções administrativas, a estas aplicáveis. Há necessidade, porém, de restarem sempre consideradas as peculiaridades das últimas.

1 "Tiende al estabelecimento de las infracciones administrativas, necessarias para el funcionamento de la Administración Pública, y a su adequado régimen de sanciones" (Derecho Administrativo: doctrina, legislacion y jurisprudencia. 4.ed. Cidade do México : Libreria de Manuel Porrua S.A., 1949. t. 2, p. 1.125).

2 *Corso de Diritto Amministrativo.* 5.ed. Milano, Dott A. Giffré Editore, 1958. v.1, p. 356.

Releve-se não constituir matéria estranha ao campo das punições administrativas a incidência, via construção jurisprudencial, de modelos do direito criminal. Nota exemplificativa a extensão, precisamente no concernente às multas da SUNAB, da regra da continuidade delitiva[3].

A admissão dessa hipótese também não passou despercebida pelo STF, conforme se pode, de maneira implícita, extrair do MS 20.999[4]. Infere-se do voto do relator, Min. CELSO DE MELLO, acolhido à unanimidade pelo Tribunal Pleno, que a consagração, no Texto Básico (art. 5º, LV), do contraditório e da ampla defesa, implicou no reconhecimento, no âmbito do processo administrativo disciplinar, de clara limitação dos poderes da Administração, em contrapartida à crescente intensificação do grau de proteção jurisdicional dispensada aos direitos dos agentes públicos. Considerando-se que a concreção da responsabilidade criminal é privativa do Judiciário, a aproximação do processo administrativo frente ao judicial é traduzível, pelo menos no plano formal, pela implícita constatação de que os parâmetros aplicáveis ao *jus puniendi* no tocante aos crimes ou delitos são extensíveis, na medida do possível, à responsabilização pela prática de infrações administrativas.

A incidência dos postulados criminais à apuração da responsabilidade administrativa, imperioso frisar, não constitui privilégio do nosso sistema jurídico. No direito hispânico, mostra-nos JOSÉ MARIA QUIRÓS LOBO[5], esse pensar granjeou a preferência da interpretação judicial que se debruçara em torno do estudo da extensão do art. 25.1 da Constituição de 1978[6], o qual, quanto à exigência de tipificação prévia, equipara os delitos e infrações administrativas. Primeiramente, há que se referir ao Tribunal Constitucional, que, mediante as *Sentencias* 246, de 19 de dezembro de 1991, e 146, de 08 de março de 1994, afirmou a incidência dos princípios inspiradores da ordem penal ao direito administrativo sancionador. Todavia, advertiu a Corte que tal operação não haverá de ser realizada de forma automática, mas tão-só à medida que ditas garantias guardem compatibilidade com a natureza do procedimento administrativo. Doutro lado, confira-se o Tribunal Supremo, pelas *Sentencias* 1.930, de 08 de março de 1993, 4.129, de 08 de fevereiro de 1994, e 1.397, de 27 de fevereiro de 1991. No corpo desta última, restaram explicitados alguns desses princípios, com destaque para a antijuridicidade, tipicidade, imputabilidade, culpabilidade e punibilidade.

Na doutrina, a extensão, acima mencionada, mereceu os aplausos de GARCÍA DE ENTERRÍA & TOMÁS-RAMÓN FERNANDEZ[7], JUAN CARLOS CASSAG-

3 TRF — 5ª Reg., 3ª T., A C 10.228-PE, rel. Juiz JOSÉ MARIA LUCENA, DJ U — II de 04.04.97, p. 20.542; TRF — 5ª Reg., 1ª T., AC 19.790-PE, rel. Juiz MANOEL ERHARDT, DJ 16.4.93.

4 RDA 179-180/117-123.

5 *Principios de Derecho Sancionador*. Granada, Editorial Comares, 1996. pp. 25-28.

6 Referido dispositivo ostenta a seguinte redação: *"Ninguém pode ser condenado ou sofrer sanções por acusações e omissões que no momento da sua prática não constituam delito, falta ou sanção administrativa, segundo a legislação vigente nesse momento"*.

7 *Curso de Direito Administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1990. pp. 890-894.

NE[8], HECTOR VILLEGAS[9], PASSOS DE FREITAS[10], e LUCIANO DA SILVA AMARO[11].

Ademais, não é despiciendo suster que as garantias constitucionais implícitas, inerentes ao Estado Democrático de Direito (art. 5º, § 2º, CF), conduzem à aplicação, o quanto possível, dos postulados penais às faltas administrativas.

Fincado esse remate, resta-nos mencionar, neste tópico, quais os balizamentos, emergentes do Direito Penal, capazes de nortear o desempenho das atribuições punitivas da Administração. Para análise mais didática, podem, grosso modo, ser agrupados sob os planos substancial e formal. Eis alguns deles: a) legalidade; b) tipicidade; c) culpabilidade; d) proporcionalidade; e) retroatividade da norma favorável; f) *non bis in idem*; g) *non reformatio in pejus*.

III — *Legalidade*

Nota inerente ao Estado de Direito, por historicamente representar forte sinal de contraposição às ilimitadas restrições individuais do Absolutismo, a regra da legalidade é componente indissociável da competência sancionatória.

O nosso ordenamento constitucional timbra em assim se posicionar em mais de uma passagem. Em primeiro lugar, secundando o dito tornado clássico pelo art. 5º, parte segunda, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, bem como larga veneração constitucional pátria desde o art. 179, I, da Constituição Imperial de 1824[12], o art. 5º, II, da Lei Fundamental em vigor, acolhe o princípio de que somente a lei poderá obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Mais à frente, em inovação digna de encômios (art. 37, *caput*), positivou, no particular da Administração Pública, para melhor lembrança, a necessidade de sua vinculação à legalidade.

Vê-se, portanto, que a imposição administrativa de sanções não deverá perder de vista as recomendações das normas jurídicas. Adiante-se, igualmente, que, por a inflição de penas importar em detrimento dos valores de liberdade e propriedade, exaltados como básicos pelo art. 5º, *caput*, da Constituição, segue-se que tal ação há de ser inteiramente vinculada. Não remanesce espaço à discrição do agente público.

Sem embargo de sua adoção pacífica, a adstrição da legalidade ao campo punitivo provoca, de logo, uma importante questão. Consiste na necessidade ou não de reserva de lei em sentido estrito (formal e material) para a definição de infrações

8 *Derecho Administrativo*. 5 ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996. II, p. 575.

9 Infrações e sanções tributárias. *In*: BALEEIRO, Aliomar [*et alii*]. *Textos selecionados de Direito Tributário*. São Paulo: RT/Resenha Tributária, 1983. p. 26.

10 *Direito Administrativo e meio ambiente*. 1.ed. Curitiba : Juruá, 1995. p. 67.

11 Infrações Tributárias. *Revista de Direito Tributário*. (67):29-30, 1995.

12 Tal previsão permeou as demais Constituições de 1934, com ressalva à de 1937 (1934, art. 113, nº 2; 1946, art. 141, §2º; 1967, art. 150, §2º; 1969, art. 153, §2º).

e respectivas penas? Caso não se opte pela legalidade estrita, conceber-se-á, então, que atos de cunho regulamentar realizem, com legitimidade, tais fins? A pergunta exige, em nosso direito positivo, que se trace, à luz de nosso direito positivo, uma distinção.

A influência da legalidade, nas relações Estado-particular, é consagrada em nossa Lei Maior ora de maneira genérica, ora de modo específico. Exemplo da primeira situação está nos citados arts. 5º, II, e 37, *caput*. Por força destes preceitos, a expressão lei alberga significado de ordem genérica, não implicando a exclusão do seu campo de ação de norma regulamentar, dado o qualificativo desta como lei em sentido material (regra de direito).

Além dessas passagens, o vocábulo lei é utilizado pelo Constituinte em acepção específica, representando ato legislativo votado pelo Parlamento, no decurso do procedimento especificado constitucionalmente. Tem-se, assim, o art. 5º, XXXIX, da Lei Magna, ditando não haver crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia definição legal. Da mesma forma, o art. 150, I, da Constituição, subordina à lei formal o exercício da competência de instituição de tributos. Nessas situações, a atuação regulamentar é inoperante.

Conquanto se admita, como o faz a evolução doutrinária, entre nós exemplificada por CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO[13] e CARLOS ARY SUNDFELD[14], não haver afronta à Separação de Poderes na criação de obrigações aos particulares por ato normativo do Executivo, quando este se assentar em delegação expressa e específica do legislador natural (regulamento delegado ou autorizado), não se pode esquecer o requisito necessário de a matéria regulamentada não se encontrar entre aquelas insertas na província do monopólio da lei[15].

Atento a essa exigência, extrai-se que preceitos como os dos art. 5º, XXXIX, e 150, I, ambos do Diploma Básico, não podem ser concretizados sem a interveniência do Legislativo.

Fixando-se no art. 5º, XXXIX, da Lei Maior, que nos interessa de perto, ao exprimir a máxima, reinante no direito ocidental, de que *"não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal"*, sugere-se, de logo, mais uma necessária indagação: a reserva de lei em sentido estrito — já agora indene de dúvidas tanto em face de seu caráter especial, ora pelo lastro em secular tradição — abrange apenas as infrações criminais, ou, além destas, investe-se também no campo das punições administrativas? Penso que a solução ampla é a que melhor se coaduna com o nosso *ordo juris*.

13 A delegação legislativa — A legislação por associações. In: ____. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte, Del Rey, 1993, p. 411. No texto, é mencionado precedente do STF no RE 76.629 — RS (RTJ 71/1.477, rel. Min. ALIOMAR BALEEIRO).

14 *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo : Malheiros, 1993. p. 34.

15 Nessa linha, bem frisou o STF (Pleno, ac. un., ADIMC 1.296, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU de 10-08-95) a situação de ilícito constitucional de dispositivo legal que delega ao Poder Executivo a possibilidade de, mediante decreto, outorgar de isenção assunto posto pelo Constituinte sob o monopólio da lei.

A resposta se basta por duas justificativas. A uma, em decorrência da consentida aplicação, no âmbito administrativo, dos princípios do Direito Penal. Em segundo lugar, o Estado Democrático de Direito, idealizado pela vigente Lei Fundamental (art. 1º), caracteriza-se pela crescente limitação, em prol da liberdade dos indivíduos, das zonas de imunidade de poder atribuídas à função administrativa. Desse modo, não se concebe que tão relevantes atribuições, como a definição de infrações e respectivas penas, possa ficar entregue à discrição do administrador, que as materializará através de regulamento, para cuja elaboração não há a emissão volitiva da sociedade, representada pelos titulares de mandato legislativo.

Às voltas com o problema, o STF se manifestou pela necessidade de lei formal para a definição de faltas disciplinares. Espelhou essa tendência o decidido na ADIN 1.823-1/DF, onde se cuidava de hipótese, retratadora de liame de sujeição geral, na qual se impugnava dispositivos da Portaria 113, de 25-09-97, editada pela Presidência do IBAMA, no intuito de estabelecer obrigações para pessoas físicas e jurídicas, acompanhadas de sanções em caso de seu descumprimento. A decisão da Excelsa Corte fora ementada da maneira seguinte: *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 5º, 8º, 9º, 10, 13, § 1º, E 14 DA PORTARIA Nº 113, DE 25.09.97, DO IBAMA.- Normas por meio das quais a autarquia, sem lei que o autorizasse, instituiu taxa para registro de pessoas físicas e jurídicas no Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais, e estabeleceu sanções para a hipótese de inobservância de requisitos impostos aos contribuintes, com ofensa ao princípio da legalidade estrita que disciplina, não apenas o direito de exigir tributo, mas também o direito de punir. Plausibilidade dos fundamentos do pedido, aliada à conveniência de pronta suspensão da eficácia dos dispositivos impugnados. Cautela deferida"*[16].

Em suma, somente à lei compete a definição das infrações administrativas e respectivas penas. Por esta razão, somos pela ilegitimidade do parágrafo único do art. 161 do Código de Trânsito Brasileiro, instituído pela Lei 9.503, de 23-09-97, uma vez incumbir ao regulamento, no caso às resoluções do CONTRAN, a cominação de sanções.

Firmada essa orientação, peculiar atenção desperta a província tributária. Isto porque o art. 113, §2º, do Código Tributário Nacional, conceitua, ao lado do dever de pagar tributos, a obrigação acessória como sendo aquela que tem por objeto prestações, positivas ou negativas, previstas pela legislação tributária no interesse das atividades de arrecadação ou fiscalização. Por sua vez, o art. 96 do mesmo diploma ressalta que a legislação tributária compreende as leis, os tratados, conven-

16 Pleno, ac. un., rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJU de 16-10-98. Essa orientação outrora fora objeto de perfilhação pelos Tribunais Regionais Federais. Entre outros arestos, consultar: : 5ª Reg., 1ª T., AC 50.498 — 5 — AL, ac. un., rel. Juiz HUGO MACHADO, DJU — II de 22-12-95, p. 89.183; 3ª Reg., 4ª T., REO 36.224 — 0 — SP, ac. un., rela. Juíza LÚCIA FIGUEIREDO, DOE de 03-05-93, p. 182; 2ª Reg., 3ª T., AC 18659 — 2 — RJ, ac. un., rel. Juiz RICARDO REGUEIRA, DJU — II de 22-11-94, p. 67.401; 1ª Reg., 4ª T., AMS 19326 — 8 — DF, mv, rel. desig. Juiz EUSTÁQUIO SILVEIRA, DJU — II de 08-10-98, p. 70.

ções internacionais, decretos e normas complementares, estas enumeradas no seu art. 100, I a IV. Pergunta-se: a qualquer dos instrumentos abarcados pela expressão legislação tributária compete definir infração e a respectiva punição? A melhor escolha envereda pela negativa.

O descumprimento de obrigação acessória, diz o art. 113, §3º, do CTN, caracteriza infração à ordem jurídica tributária, importando no pagamento de dinheiro em prol do Estado por situação não representada pelo fato gerador de tributo. Desse modo, para se interpretar os arts. 113, §§2º e 3º, e 115, todos do aludido diploma, de sorte a compatibilizá-los com a Lei Maior, há que se emprestar ao binômio legislação tributária, ali contido, alcance restrito, somente abrangente dos atos normativos que tenham força legislativa. Necessária a redução do universo do art. 96 do CTN.

A essa conclusão nos conduz o art. 113, §3º, do CTN, quando menciona que a não observância de obrigação acessória tem o condão de convertê-la em obrigação principal, ou seja, no dever de se efetuar pagamento ao Fisco. Desembocando no encargo de dar dinheiro ao Estado, o seu fundamento de validade não pode se centrar em instrumento jurídico que não possua força legislativa.

Prova disso se tem na imposição de multa pela não apresentação tempestiva, por parte do contribuinte, da Declaração de Contribuição e Tributos Federais — DCTF, cuja previsão se encontra no art. 11, §3º, do Decreto-lei 1.968/82, modificado pelo Decreto-lei 2.065/83.

Cabe, neste ponto, uma observação: a singularidade da infração achar-se prevista em decreto-lei, editado à época da Constituição pretérita, não induz violação à legalidade, haja vista que aquele, ao invés de natureza regulamentar, porta o caráter de norma primária, munida de força inovadora ativa e passiva, podendo revogar e ser revogada por uma lei ordinária ou delegada.

Essa qualidade do decreto-lei possuiu respaldo na doutrina. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO[17], ao comentar a Constituição anterior, mencionava que esta inovara a tradição do direito brasileiro, *"ao prever, em favor do Presidente da República, o poder de legislar sobre determinadas matérias e em certas circunstâncias"*, salientando que, ao contrário da competência de elaboração das leis delegadas (art. 54), a expedição de decreto-lei configurava uma atribuição sem intermediários, decorrente exclusivamente da Lei Maior.

Não discrepa disso PINTO FERREIRA[18], ao mostrar que o decreto-lei *"pode também ser definido no direito constitucional pátrio como o ato com força de lei, editado pelo presidente da República e homologado pelo Congresso Nacional"*.

O art. 25 do ADCT, ao prever a revogação, no prazo de 180 dias da promulgação da Lei maior em vigor, de todos os dispositivos legais que tiverem atribuído ou delegado, em favor de órgão do Executivo, competência assinalada ao Congresso Nacional; não pode ser invocado para, sob o prisma da legalidade, afastar a recepção dos decretos-leis tipificadores de infração administrativa.

17 *Comentários à Constituição Brasileira.* 3.ed. São Paulo : Saraiva, 1983. pp. 290-291.

18 Decreto-lei. *In*: *Enciclopédia Saraiva de Direito.* São Paulo : Saraiva, 1977. v.23., p. 3.

O referido dispositivo não implicou na perda de validade de todos os decretos-leis, editados sob o pálio da Constituição pretérita. Absolutamente. Voltou-se, diferentemente, a afirmar que os dispositivos legais que, até 10-05-88, tivessem atribuído ou delegado a órgão do Poder Executivo competência que a Constituição então em vigor deferia ao Congresso Nacional, inclusive quanto à ação normativa, estariam revogados, salvo prorrogação por lei. Teve-se, repita-se, a revogação dos dispositivos legais (contidos em leis ordinárias, complementares ou delegadas, ou ainda em decretos-leis) que cometeram ao Poder Executivo competência do Legislativo[19]. Revogação desnecessária, até porque a atribuição a órgãos do Poder Executivo, através de norma jurídica infraconstitucional, de competências que a Constituição de 1969 reservara ao Congresso Nacional, por si só, já implicaria em inconstitucionalidade e, por isso, o ato normativo derivado seria inválido. Além do mais, o decreto-lei, como visto, não pode ser confundido com legislação delegada, tratando-se, ao inverso, de instrumento veiculador de competência legislativa própria do Executivo.

Quando o Constituinte, nas suas disposições transitórias, quis falar sobre a perda de eficácia dos decretos-leis, anteriores a 05-10-88, foi expresso, como se pode notar do art. 25, §1º, do ADCT, ditando, sem deixar dúvidas, que, se editados até 02-09-88 e estivessem em tramitação no Congresso Nacional, deveriam por este serem apreciados até cento e oitenta dias, a contar da promulgação da Constituição em vigor, não se computando o interstício de recesso congressual. Caso tal não ocorresse, reputar-se-iam rejeitados.

A reserva de lei aqui longe está de significar reserva do Parlamento. Contenta-se com a edição de norma que possua força legislativa.

Isso significa o reconhecimento, na atualidade, da medida provisória como hábil a definir infração administrativa e suas conseqüências? A negativa se impõe. Apesar de configurar expressão da competência de legislar, vale contra essa espécie normativa os mesmos argumentos tecidos pela doutrina, no particular da definição de crimes e penas, qual seja o de não se admitir tipo sob condição. Contrariamente ao decreto-lei, cuja eficácia era definitiva, ainda que rejeitado (art. 55, §§1º e 2º, CF de 1969), a precariedade da medida provisória, a submeter a validade definitiva das suas prescrições à posterior conversão em lei, impede que venha operar efeitos no tocante à movimentação, em detrimento do particular, do *jus puniendi* estatal, ao qual não é alheio a função administrativa.[20]

19 Assim é que se deve compreender a AC 6.105 — 8 — GO (TRF-1ª Reg., 4ª T., ac. un., rel. Juíza ELIANA CALMON, DJU- II de 06-05-93, p. 16.376).

20 Conferir a ensinança de ALBERTO SILVA FRANCO (A medida provisória e o princípio da legalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, (648):366-368, out-1989), WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG (Medidas provisórias e suas necessárias limitações. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. *82*(690):313-319, abril-1993), MANOEL PEDRO PIMENTEL (Medida provisória e crime. *Repertório IOB de Jurisprudência, Civil, Processual, Penal, Comercial e Administrativo*, São Paulo, (146):245, jul-1989) e CLÉLIO CHIESA (*O regime jurídico-constitucional das medidas provisórias*. Curitiba: Juruá Editora, 1996. p. 57).

Antes de encerrar este tópico, que se alonga demasiadamente, não olvidar a observação, extraída da prática jurisprudencial hispânica, no sentido de que a reserva de lei é flexibilizada nas relações de sujeição especial.

Comentando o assunto, ENRIQUE BACIGALUPO, ao depois de afirmar que o Tribunal Constitucional, debruçando-se sobre o art. 25.1 da Constituição de 1978, interpretara o binômio *legislação vigente*, ali inserto, identificando-o como lei formal[21], entendeu que a máxima somente tinha aplicação, com tal rigidez, nas hipóteses de sujeição geral. Nas de sujeição especial, a reserva de lei perdia sua razão de ser, tanto que, mais adiante, mostra-nos o autor a dispensa de norma com grau hierárquico de lei formal nas STC's 2/87 e 219/89, nas quais, respectivamente, discutia-se acerca de sanções impostas a detentos em estabelecimentos penitenciários e a profissionais liberais por entes corporativos[22].

A construção é de ser aceita com reservas. Certo que a crescente complexidade da vida gregária poderá tornar dispensável, pena de comprometimento do interesse público, a exigência de lei em algumas situações onde a Administração mantenha com o indivíduo liame específico.

Mas tal não se admite indiscriminadamente, como sugere o Tribunal Constitucional espanhol. Parte dessas relações, como a dos funcionários públicos, cujo regime é caracterizado pelo estabelecimento dos direitos e deveres em lei, não dispensa a exigência de norma com força legislativa. A entidade política, ao traçar a disciplina legal da relação Administração-servidor, deverá prever os ilícitos administrativos e correspondentes sanções. Idem nos contratos administrativos, onde, a par da lei geral (Lei 8.666/93), cada um dos entes federados deve possuir lei própria a respeito, tocando-lhe dispor sobre as infrações correspondentes.

Somente poder-se-á conceber a desnecessidade de lei formal quando se tratar de hipóteses onde a sujeição especial, mais aguçada, dispense o legislador de disciplinar pormenores do vínculo jurídico. Por exemplo, seria inaceitável negar-se a uma universidade, pública ou privada, o direito de punir, com base em regimento próprio, aluno que envidara agressões físicas a professores, ou colegas de turma, somente por não existir lei que disponha a respeito. A autonomia conferida no art. 207 da CF permite que cada uma daquelas entidades, desde que respeitadas a Constituição e as leis federais, disponha sobre a sua organização, facultando-lhes, assim, disciplinar os direitos e obrigações dos seus docentes e discentes, no que se insere o estatuir as situações disciplinares em que lhe caiba infligir pena[23]. Nada impede,

21 *Sanciones Administrativas : Derecho español y comunitario*. Madrid : Editorial Colex, 1991. p. 21. Menciona o autor as STC's 42/87, 3/88, 101/88, 29/89, 69/89, 61/90 e 61/90.

22 *Ibid.*, p. 26-28.

23 Essa tendência é consagrada pela jurisprudência, podendo ser extraída expressamente de alguns acórdãos (TRF — 1ª Reg., 2ª T., ac. un., REO 6.512 — 1 — BA, rel. Juiz CARLOS FERNANDO MATHIAS, DJU — II de 31-03-97, p. 18.593; TRF — 1ª Reg., 2ª T., ac. un., REO 1.526 — 9 — DF, rel. Juiz HÉRCULES QUASÍMODO, DJU — II de 04-06-90, p. 11.742), ou noutros mediante interpretação *a contrario sensu* (TRF — 3ª Reg., 4ª T., ac. un., AMS 77.748 — 8 — SP, rel. Juíza LÚCIA FIGUEIREDO, DJU — II de 29-04-97, p. 28.723; TRF — 4ª Reg., 1ª T., ac. un., AMS 1.968 — 5 — SC, rel. Juiz ARI PARGENDLER, DJU — II de 08-05-91, p. 9.788; TRF — 4ª Reg.,

contudo, que sobrevenha lei a respeito, de modo a estabelecer os ilícitos e punições administrativas, o que afastaria, é lógico, a incidência da norma *interna corporis*.

IV — *Tipicidade*

Este princípio, de forte vinculação com o anterior, timbra em exigir que a Administração, ao manejar a sua competência punitiva, ajuste-se, com precisão, à descrição típica da norma que prevê a infração. Torna necessária a exata subsunção do fato ao modelo infracional. A tipicidade enuncia uma das conseqüências da adoção da reserva legal: a taxatividade.

Segue-se daí não ser permitida a utilização, pelo administrador, da analogia, a fim de aplicar penas ao cidadão.

A jurisprudência se tem mostrado uma atenta guardiã do cânon, reclamando, à legitimidade da imposição de sanções, o devido encaixe do fato perpetrado com a definição do ilícito administrativo[24].

Problemas rodeiam o tema. O primeiro deles, na pena autorizada de GARCÍA DE ENTERRÍA & TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ[25], condiz com a invalidade de certas cláusulas abertas que pretendem qualificar como sancionável infração normativa de qualquer espécie. Desse tipo seriam exemplos, entre nós, regras como as do art. 129, segunda parte, da Lei 8.112/90, ao mencionar a aplicação de advertência à não observância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, complementada pelo seu art. 116, III, que dita ser dever do servidor o cumprimento das normas legais e regulamentares; o art. 70, *caput*, da Lei 9.605/98, afirmando considerar-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão violadora das disposições jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente; igualmente, o art. 161 da 9.503/97, ao reputar infração de trânsito a inobservância de qualquer de seus preceitos, da legislação complementar e das resoluções do CONTRAN.

Contrários a tais previsões infracionais, assim argumentam os citados autores: a) a técnica genérica de qualificação da infração volatiza o princípio da tipicidade, a exigir figuras demarcadas com precisão, não se comprazendo com remissões em branco a delimitarem o espaço do lícito ou proibido; b) qualificam como puníveis condutas incapazes de, objetivamente, lesar bens jurídicos, ou de implicar transtorno ou perigo social relevante; c) finalmente, há o esquecimento de que não são todos

2ª T., ac. un., REO 5.435 — 9 — RS, rel. Juíza LUÍZA DIAS CASSALES, DJU — II de 14-09-94, p. 51.060).

24 Consultar: TRF — 1ª Reg., 4ª T., ac. un., rel. Juíza ELIANA CALMON, DJU-II de 07-11-94, p. 63.215; TRF — 4ª Reg., 2ª T., ac. un., rel. Juiz ALBINO TEORI ZAVASKI, DJU-II de 09-06-93, p. 22.257; TRF — 5ª Reg., 1ª T., ac. un., rel. Juiz FRANCISCO FALCÃO, DJU-II de 08-09-95, p. 58.900).

25 *Curso de Direito Administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. pp. 895-6.

os preceitos normativos que impõem deveres de conduta pessoal a seus destinatários, não fazendo qualquer sentido pretender que a violação a qualquer norma deva ser objeto de sanção pessoal.

Poder-se-á, de logo, aduzir que a moldura genérica de uma conduta infrinja o princípio da legalidade, ao consagrar norma em branco, cuja complementação advenha com a edição de atos normativos? Tenho que não. A uma, porquanto não se deve perder de vista que, no campo do Direito Penal comum, onde a reserva legal constitui valor de importância inexcedível, haja vista encontrar-se em jogo o *jus libertatis*, não se tem reputado inconstitucionais as prescrições retratadoras de normas penais em branco.

Tome-se, à guisa de exemplo, o art. 268 do Código Penal, ao tipificar o crime de infração de medida sanitária preventiva, consistente na ação do agente que infringir determinação do poder público, destinada a impedir a introdução ou a propagação de doença contagiosa. Idem o art. 269 do mesmo diploma (omissão de notificação de doença), ao punir a ação de deixar o médico em denunciar à autoridade moléstia cuja notificação seja compulsória, cabendo, na atualidade, à Portaria 1.100, de 24-05-96, do Ministério da Saúde, especificar o rol de enfermidades que ensejam tal providência. Apesar de mais de meio século de vigência do Código Penal, promulgado em 1940, nunca foi, sob esse aspecto, posta em xeque a compatibilidade de tais comandos incriminadores com a Lei Fundamental.

Analisando-se a jurisprudência, com ênfase ao Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião da Lei Básica, não se tem verificado a recusa à validade de tipos penais em branco. Destaque-se o recente julgado proferido no HC 73.168 — 6[26], onde se entendeu que, regra geral, o art. 3º do Código Penal se aplica às normas penais em branco, representando, tacitamente, o reconhecimento da legitimidade destas. Da mesma maneira, o STJ, ao apreciar o HC 4.753[27], dirigido contra fato fundado no art. 70 da Lei 4.117/62, decidiu que na denúncia não necessitava constar a indicação da norma integrativa do tipo penal, reforçando, assim, o ponto de vista acerca da liceidade das normas em branco.

Não se argumente, em detrimento da compatibilidade vertical das normas penais em branco, com a evocação do julgado publicado na RTJ 120/1.092[28]. Neste apenas se entendeu que disposição legislativa autônoma, posterior aos fatos, não poderá servir de complemento a tipo criminal, o que, igualmente, não depõe contra a tipificação em normas dessa natureza, antes aceitando-a.

Conclui-se, então, que, se na província dos delitos, tal postura não é inquinada de ilegitimidade, com maior motivo lícita a sua prática no que concerne às sanções administrativas, a representarem emanação do direito de punir do Estado de caráter mais brando, por não se falar na possibilidade de se atingir a liberdade de locomoção.

Reforçando essa orientação, é de observar-se a postura dos Tribunais Regionais Federais no apreço dos litígios inerentes à violação do disposto no art. 11, alíneas *j*

26 Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJU de 15-03-96, p. 7.204.

27 Rel. Min. VICENTE LEAL, DJU de 11-03-96, p. 6.664.

28 STF, 2ª Turma, RHC nº 64.282-RJ, rel. Min. CÉLIO BORJA, ac. un., j. 04.11.86.

e *n*, da Lei Delegada 04, de 27-09-62, os quais consideram infração administrativa os atos de *"dificultar ou impedir a observância das resoluções que forem baixadas em decorrência desta lei"* e de *"descumprir ato de intervenção, norma ou condição de comercialização ou industrialização estabelecidas"*. Em ambos os casos, há necessidade de ato normativo para que a conduta típica, enunciada pela lei formal, possa se completar e, nem por isso, deixaram os julgados de respaldar a aplicação das multas previstas, na condição de reprimenda pelo desrespeito à norma legal, primária[29].

O problema da cláusula punitiva aberta poder redundar na punição de conduta que, na prática, seja inidônea para lesar bem jurídico de interesse coletivo, também não deverá induzir a sua desvalia. A exemplo do Direito Penal, é de bom alvitre a aplicação do princípio da insignificância. Assim, o aplicador da norma punitiva haverá de relevar as situações de não ocorrência de lesão a bens jurídicos da coletividade, escoimando de pena o infrator.

A mesma sorte segue a terceira objeção. Basta que a autoridade incumbida de aplicar a regra se guie pela senda de somente infligir sanção quando o preceito inobservado disser respeito a um dever pessoal do agente.

Em ambos os casos, há que se ponderar que eventual injustiça poderia ser contornada com a incidência de um juízo de proporcionalidade, postulado a ser adiante abordado, de sorte a se exigir um razoável motivo para se impor a restrição de direito que a pena acarreta.

Prosseguindo, GARCÍA DE ENTERRÍA & TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ[30] mostram que o reclamo de tipicidade também colide com a previsão, tradicional nas infrações disciplinares, de tipo puramente deontológicos, como os de *"atos desonrosos"* e de *"falta de probidade moral"*, previstos nos arts. 94 e 88 da hispânica Lei Articulada de Funcionários Civis do Estado, de 07-02-63.

Vislumbram ofensa ao art. 26 da Constituição de 1978, o qual proíbe os tribunais de honra no âmbito da administração civil e das organizações. A par disso, propõem a solução para a questão, de forma a forjar a compatibilidade dos preceitos sancionadores com a ordem constitucional. Tal se centra na consideração de que tais tipos hão de ganhar tecnicidade, a fim de que se obtenha, nos casos concretos, a delineação de uma conduta que decorra dos deveres e proibições funcionais.

Trata-se de se aplicar, na formulação dessas situações, a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados[31], posição que recebeu também o beneplácito de JUAN CARLOS CASSAGNE[32].

29 TRF — 5ª Reg., 1ª T., ac. un., AC 22.406-9-PE, rel. Juiz RIDALVO COSTA, DJU — II de 16-07-93, p. 28.189; TRF — 1ª Reg., 3ª T., ac. un., AC 33.035-4-DF, rel. Juiz TOURINHO NETO, DJU — II de 29-03-96, p. 19.878.

30 *op. cit.*, pp. 896-7.

31 Carradas de razão possui EROS ROBERTO GRAU (Poder Discricionário. *Revista de Direito Público*, São Paulo, *23*(93):41, jan/mar-1990), ao situar a indeterminação não nos conceitos, mas nas expressões ou termos dos quais se utiliza o legislador para exprimir a regra jurídica.

32 *Derecho Administrativo*. 5.ed. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1996. v.2, p. 577.

Apesar de, nessas plagas, a tese dos conceitos indeterminados ainda não ser acolhida com primazia pela doutrina e jurisprudência, não vislumbramos que o óbice apontado possa, *v. g.*, negar legitimidade à cominação de demissão nas hipóteses de improbidade administrativa e incontinência pública e conduta escandalosa na repartição, contempladas na Lei 8.112/90 (arts. 132, IV e V). Necessário apenas que a autoridade administrativa, ao valorar tais tipos, busque a sua vinculação com o interesse público, contido, tácita ou explicitamente, na norma de Direito.

V — *Culpabilidade*

O postulado acima impõe, a fim de que possa ter lugar a responsabilização administrativa, a ocorrência de dolo ou culpa por parte do agente da infração. Afasta, portanto, a responsabilidade objetiva.

Deriva da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), de observância irretorquível pela jurisdição criminal, a forçar o seu aplicador a perscrutar o grau de culpa do autor da falta.

Esse entendimento influenciou a nossa doutrina. Tal ocorreu na busca do sentido da expressão *"independe da intenção do agente ou do responsável"*, contida no texto do art. 136 do Código Tributário Nacional, a qual faz supor o caráter objetivo das infrações fiscais. Em substancioso estudo, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO[33], após referenciar a posição da maioria da doutrina, na qual se incluíam as opiniões de FÁBIO FANUCCHI, ALBERTO XAVIER, HECTOR VILLEGAS e GERALDO ATALIBA, rematou que o aludido dispositivo não dispensava a culpabilidade como elementar do ilícito tributário. Apenas excluía a necessidade da presença de dolo, consagrando apenas a imprescindibilidade de culpa.

Além de basear-se no fato de que o vocábulo intenção se referia apenas à vontade livre, consciente, voltada em direção do ilícito, restou posto em destaque que a exigência de culpabilidade em ditas infringências decorria de franquia constitucional, qual seja a contida no art. 153, §13, da Constituição pretérita (atual art. 5º, XLVI), que estabelecia o princípio da pessoalidade e da individualização da pena, do qual não poderia afastar-se a Administração Tributária no uso de sua competência punitiva.

Ainda quanto ao art. 136 do Código Tributário Nacional, LUCIANO AMARO DA SILVA[34] ratifica o entendimento acima, afirmando que o dispositivo, ao dispor que a responsabilidade infracional independe da intenção, não deve ser entendido, como à primeira vista parece, no sentido de perfilhar a responsabilidade objetiva. É que o dispositivo não diz que a responsabilização ocorre independentemente de culpa. Diz tão-só que dispensa a *"intenção"*, quer dizer a vontade de ludibriar o Fisco.

33 Infração Fiscal : dever acessório; declaração de número de cadastro; objetividade das infrações fiscais. *In*: BALEEIRO, Aliomar [*et alii*]. *Textos selecionados de Direito Tributário*. São Paulo : RT/Resenha Tributária, 1983. pp. 63-5.

34 Infrações Tributárias. *Revista de Direito Tributário*, (67):33-34.

Este, segundo o autor, apenas se encontra dispensado de provar o dolo em que incorreu o contribuinte.

Diferentemente, RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA[35] aponta que o assunto não dispensa polêmicas. Aludindo à generalidade das infrações administrativas, sustenta não ser a culpabilidade requisito indispensável do tipo, tocando ao legislador exigir, quando entender necessário, a presença de dolo ou culpa.

Nossos pretórios apresentam um indefinição sobre o tema, havendo acórdãos a conceber a imposição de punições administrativas com a só prática do ilícito, independente de dolo ou culpa, uma vez ser a responsabilidade administrativa de natureza objetiva[36], enquanto outra corrente timbra em torná-la descabida quando não existir a culpa do administrado[37].

O debate vai além de nossos lindes territoriais. JOSÉ MARIA QUIRÓS LOBO[38] salienta que a velha teoria, que acatava a responsabilização objetiva perante a Administração, não mais tem aceitação na atualidade perante o Tribunal Constitucional espanhol (*Sentencia* de 19 de dezembro de 1991)[39].

JUAN CARLOS CASSAGNE[40], ao depois de frisar que o princípio da culpabilidade, de inspiração jusnaturalista, constitui um dos postulados do Direito Penal que se impõem em matéria de sanção administrativa, averba a tendência, tanto na Argentina como no direito comparado, de permitir-se que leis especiais possam legitimar um sistema de responsabilidade objetiva para certas infrações quando a cura do bem comum reclame uma solução diferente ante as exigências maiores da comunidade, situação verificável na aplicação de sanções às pessoas físicas ou ideais pelo fato de seus prepostos. Para tanto, alvitra que essa responsabilização, em face de seu caráter excepcional, há de instrumentar-se sob determinadas cautelas, demandando-se, além da garantia constitucional da razoabilidade das leis (art. 28, Constituição da Nação), as seguintes condições: a) o ato ou omissão do empregado há de ser imputável a título de dolo ou culpa; b) tipificação da conduta em norma de hierarquia legal; c) as sanções sejam exclusivamente patrimoniais, não podendo implicar na privação da liberdade de locomoção nem na restrição temporária do exercício de alguma faculdade jurídica (por exemplo, a inabilitação para o desempenho de determinada atividade); d) os dirigentes da pessoa jurídica podem invocar isenção de responsabilidade quando tenham manifestado o seu desacordo com o fato

35 *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1985. pp. 8-10.

36 TRF — 4ª Reg., 3ª T., ac. un., rel. Juiz AMIR JOSÉ FINOCCHIARO SARTI, DJU — II de 22-07-98, p. 467; TRF — 4ª Reg., 3ª T., ac. un., rel. Juíza MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRERE, DJU — II de 09-12-98, p. 798.

37 TRF — 5ª Reg., ac. un., rel. Juiz LÁZARO GUIMARÃES, DJU — II de 21-12-90, p. 31.298.

38 *Op. cit.*, pp. 47-8.

39 ENRIQUE BACIGALUPO (*Sanciones Administrativas : Derecho español y comunitario*. Madri : Editorial Colex, 1991. p. 33) mostra que essa posição fora adotada pelo Tribunal Supremo antes da Constituição de 1978 (*Sentencias* de 16 de fevereiro de 1962, de 27 de abril de 1966, 7 de junho de 1966, 20 de fevereiro de 1967, de 21 de fevereiro de 1969, de 31 de dezembro de 1971 e de 11 de março de 1976), reclamando-se o dolo ou a culpa como pressupostos da sanção administrativa.

40 *Derecho Administrativo*. 5.ed. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1996. v.2. pp. 577-579.

ou conduta punível em ata de reunião da diretoria; e) tocam aos juízes corrigir eventual rigorismo da lei com o auxílio da eqüidade, já que se afigura injusto que alguém aporte em estado de ruína financeira como conseqüência de fato cometido por outrem.

Somos pela impossibilidade de responsabilidade objetiva nas infrações administrativas. Há necessidade de se demonstrar que a ação antijurídica adveio de culpabilidade. O que se faculta ao legislador e, mesmo assim, desde que seja expresso, é dispensar o dolo, contentando-se com a culpa em sentido estrito.

A assertiva deflui do *bill* de direitos individuais de nossa Constituição, a consagrar, demais das franquias que expressa, aquelas resultantes do regime e dos princípios adotados pela República Federativa do Brasil (art. 5º, §2º, CF). Entre estes está o da individualização da pena, que, entre os seus vários sentidos, desemboca, consoante LUIZ VICENTE CERNICCHIARO[41], na mensuração da pena ao caso concreto, onde são ponderados diversos fatores, de ordem objetiva e subjetiva. Dessarte, atende-se aos princípios humanitários, do interesse público e da culpabilidade, não podendo sofrer restrição do legislador.

Nesse diapasão, orientou-se a Lei 9.605/98, voltada à imposição de sanções penais e administrativas a condutas lesivas ao meio ambiente. O seu art. 2º, a despeito de utilizar o vocábulo crimes, traz a advertência de que o agente incide nas penas nela cominadas na medida de sua culpabilidade. Ao depois, responsabiliza o diretor, o administrador, o membro de conselho de administração e de órgão técnico, o auditor, gerente ou preposto, ou mandatário de pessoa jurídica que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia e tinha o dever de evitá-la. A exemplo do art. 13, §2º, do Código Penal, a omissão ganha relevância quando o agente deveria agir para evitar determinado resultado. A responsabilidade pela postura omissiva decorre do não cumprimento de dever jurídico.

No art. 3º, o mesmo diploma diz que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente, nos casos em que a infração emane de decisão de seu representante, legal ou contratual, ou de órgão colegiado seu, no interesse ou em benefício de sua finalidade social. Tem-se, como pressuposto da punição, o substantivo decisão, derivado do verbo decidir, a significar determinar, deliberar. resolver e, por isso, denota a prática de ação voluntária.

Da análise dos citados dispositivos, conclui-se que não se dispensa, para a efetivação da responsabilidade administrativa, a manifestação de ação culposa. Apenas a pessoa jurídica que, à míngua de componente anímico, não pode expressar a sua vontade, é responsabilizada pela emissão volitiva de seus dirigentes, os quais não têm a sua responsabilização excluída (art. 3º, parágrafo único).

Há de se refletir, então, que o pensar de JUAN CARLOS CASSAGNE, linhas atrás citado, não colide, ao contrário do que possa parecer, com a exigência da *nulla pena sine culpa*. Apenas adapta esta máxima às novas exigências da vida gregária. O culto à culpabilidade se satisfaz com a adoção da primeiras das cautelas propostas,

41 *Direito Penal na Constituição*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990. pp. 131-134.

qual seja a de que a responsabilização do empregador, pessoa física ou jurídica, advenha de ato culposo ou doloso de preponente.

Na seara civil, é pacífico que o patrão responde pelos danos provocados pelas pessoas que estão a seu serviço, como reconhece a Súmula 341-STF, entendimento que, perfeitamente, poderá ser transposto à responsabilidade administrativa, sem maltrato ao princípio da culpabilidade. Basta, tão-só, que a falta resulte de culpa ou dolo do preposto e que possua nexo com os serviços de que é beneficiário o responsável.

Duas observações ainda hão de ser feitas. A primeira é a de que não ofende a máxima da culpabilidade a imposição de uma sanção, em caráter solidário, a duas ou mais pessoas. A esse respeito, decidiu o Tribunal Supremo de Espanha na *Sentencia* de 04 de julho de 1994[42], exigindo, apenas, que a solidariedade estivesse prevista em norma com hierarquia de lei.

Em segundo lugar, e ainda com apoio na jurisprudência espanhola, desta vez oriunda do Tribunal Constitucional (STC 76/90)[43], asseverou-se que o princípio da culpabilidade impõe outorgar relevância ao erro de direito, independente deste fundamento de exclusão encontrar-se, às expressas, previsto em lei. A premissa pretoriana é de fácil justificação. Isto porque, a exemplo do Direito Penal comum, a lei administrativa vincula a punição a uma prévia conduta reprovável, sendo evidente que o erro de direito, quando escusável, poderá excluir ou atenuar a responsabilidade do infrator.

VI — *Proporcionalidade*

O art. 59 do Código Penal, como decorrência dos vários fatores que põe em relevo, fornece ao intérprete a medida pela qual a pena, a ser infligida ao agente, há de guardar correspondência com a gravidade do fato perturbador da paz social[44]. Tratando-se de sanção imposta pela Administração Pública não há diferença. Necessário também o seu concerto harmonioso com o princípio da proporcionalidade.

A despeito de remotas raízes históricas, a noção de proporcionalidade passou a freqüentar o ainda incipiente Direito Público com os revolucionários ingleses do Século XVII, a pregarem, fortemente influenciados pelo jusnaturalismo, que o poder de polícia, exercido pelo governante, somente poderia limitar direitos fundamentais do indivíduo com vistas à proteção do interesse coletivo. Visceralmente combatida, portanto, a sua ação desarrazoada.

42 Cf. JOSÉ MARÍA QUIRÓS LOBO, *op. cit.*, pp. 111-112.

43 Cf. ENRIQUE BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 35.

44 Recomenda-se a leitura de HUMBERTO BERGMANN ÁVILA (A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, (215):151-179, jan/mar-1999), ao salientar, em uma de suas felizes passagens, a relevância da proporcionalidade no Direito Penal.

Transplantada para a França, mesmo passado o fastígio do Iluminismo, a idéia serviu de estuque para o controle dos atos administrativos através do *récours pour excès de pouvoir*, criação do *Conseil D'État* em 1806, desenvolvida, com contornos mais definidos, a partir do Segundo Império (1852), tendo, no apagar deste, ganho o seu perfil atual com a Lei de 24.05.1872, que legou àquele órgão feição jurisdicional, com vistas a julgar questões envolvendo a Administração e os particulares.

A partir da segunda metade do atual Século, passou a influenciar, mediante o aprofundamento de seu estudo na Alemanha, o Direito Constitucional no que concerne à fiscalização de constitucionalidade de leis restritivas de direitos individuais.

Volvendo-se ao Direito Administrativo, o princípio da proporcionalidade, segundo texto produzido, em março de 1996, pelo Grupo de Estudos da Justiça Federal de Primeira Instância de Curitiba/PR, evoca noção lapidar: "O princípio da proporcionalidade é um desenvolvimento do princípio do Estado de Direito. Significa ele, em termos simples, que o Estado, para atingir os seus fins, deve usar só dos meios adequados a esses fins e, dentre os meios adequados, só daqueles que sejam menos onerosos para o cidadão."[45]

Na Península Ibérica, essa doutrina ganhou alento na pena de JESUS GONZALEZ PEREZ, ao destacar que a violação à máxima da proporcionalidade colide com as exigências de lealdade que devem presidir a tônica das relações entre administrado e Administração, requeridas pelo princípio geral da boa-fé. Afirma o lente ibérico: "O da proporcionalidade é um dos princípios que hão de informar toda a atividade administrativa e, muito especialmente, no campo da polícia administrativa. Princípio que não postula outra coisa que uma adequação entre meios e fins, entre as medidas utilizadas e as necessidades que se tratam de satisfazer. A Administração pública deve eleger os meios menos restritivos à liberdade (sentenças de 29 de março de 1965, 10 de junho de 1977 e 15 de junho de 1981), os que resultem menos lesivos aos direitos dos administrados (sentenças de 14 de fevereiro de 1977), não impor nenhuma carga, obrigação ou prestação mais gravosa que as necessárias para cumprir com as exigências do interesse público. Poderia entender-se que uma atuação desproporcionada é contrária às exigências da boa-fé, enquanto o sujeito adota uma conduta que não é a conduta normal e reta que poderia esperar-se de uma pessoa também normal."[46]

45 O princípio da proporcionalidade e Direito Administrativo. Ajufe, (49):63, mar/abr-1996.

46 El Principio General de La Buena Fe en el Derecho Administrativo. 2.ed. Madri : Editorial Civitas S.A., 1989. pp. 49-50: "El de proporcionalidad es uno de los principios que han de informar toda la actividad administrativa y, muy especialmente, en el campo de la policía administrativa. Principio que no postula otra cosa que una adecuación entre medios y fines, entre las medidas utilizadas y las necesidades que se tratan de satisfacer. La Administración pública debe eligir los medios menos restrictivos a la libertad (sentencias de 29 de marzo de 1965, 10 de junio de 1977 y 15 de junio de 1981), los que resulten menos lesivos a los derechos de los administrados (sentencias de 14 de febrero de 1977), no imponer niguna carga, obligación o prestación más gravosas que las que sean necesarias para cumplir con las exigencias del interés público. Podría entenderse que una actuación desproporcionada es contraria a las exigencias de la buena fe, en cuanto el sujeto adopta una conducta que no es la conducta normal y recta que podría esperarse de una persona asimismo normal."

Da dimensão estrutural do cânon, extrai-se que a Administração quando impõe pena ao particular deve, necessariamente, atuar da maneira menos lesiva, pautando-se pelas balizas da *necessidade* e *adequação*. A utilização imoderada da competência punitiva ressai ilegítima, propendendo às raias do arbítrio.

Não fora à toa que LAUBADÈRE[47], comentando o poder da Administração em impor sanções durante o desenrolar dos contratos administrativos, asseverara ser tal prerrogativa sujeita ao controle do juiz quando a pena pronunciada não encontrar adaptação frente à gravidade da falta imputada.

Forte no resguardo do princípio, a recente Lei 9.784, de 29-01-99, ao estabelecer normas básicas sobre o processo administrativo perante a Administração Federal, estatuiu, no art. 2º, parágrafo único, VI, a observância, entre outros critérios, da adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público. Antes de tal diploma, as Leis 8.112/90 (art. 128) e a Lei 9.605/98 não se portaram silentes em estabelecer balizas, no escopo de que a concreção das penas administrativas não desbordasse de padrões aceitáveis.

A indispensabilidade de se controlar, nos casos concretos, a proporcionalidade das punições, torna imprescindível a indicação, pela autoridade administrativa, dos fundamentos de fato e de direito a justificar a decisão (a Lei 9.784/99 é expressa a esse respeito no seu art. 2º, parágrafo único, VII). É da análise dos motivos invocados pelo administrador que se perceberá a ocorrência de possível excesso, de sorte que sanção aplicada sem motivação é nula.

O Poder Judiciário tem reputado a proporcionalidade como pedra de toque da imposição administrativa de sanções, servindo de sólida amostra inúmeros precedentes, em cujas conclusões: a) restou anulada pena de demissão, imposta a servidor público, em virtude da não rígida correspondência entre a sanção e o fato perpetrado[48]; b) constatou-se excesso de punição, decorrente do poder de polícia, por o seu montante desconsiderar a parte da área sob proteção ambiental realmente atingida pela ação ilícita[49]; c) afastou-se a imposição de multa de 20%, incidente sobre o valor da mercadoria importada, por simples falha no preenchimento de guia de importação[50]; d) desconstituição da pena de perdimento de bem, uma vez não comprovado o indevido benefício fiscal fruído pelo infrator, pela ausência de imposto a pagar[51]; e) considerou-se excessiva a gradação de multa moratória prevista no art. 61 da Lei 8.383/91[52].

47 *Traité élémentaire de Droit Administratif*. 3.ed. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1963. p. 301.

48 TRF — 5ª Reg., 3ª T., AC 54.961 — 0 — RN, ac. un., rel. Juiz RIDALVO COSTA, DJU — II de 30-12-94, p. 75.124.

49 TRF — 4ª Reg., 4ª T., MAS 25.685 — 8 — SC, ac. un., rel. Juiz JOSÉ GERMANO DA SILVA, DJU — II de 26-08-98, p. 811.

50 TRF — 5ª Regi., 3ª T., AMS 53.810, rel. Juiz RIDALVO COSTA, v.u. DJU — II de 06-09-96, p. 66.027.

51 TRF — 4ª Região, 3ª Turma, REO 404346, rel. Juiz VLADIMIR PASSOS DE FREITAS, v.u., DJU 08-05-91, p. 9.845.

52 TRF — 4ª Região, 2ª Turma, AC 443095, rel. Juiz TEORI ALBINO ZAVASKI, v.u., DJU 26-03-97, p. 18.282.

Outra questão a enfrentar, antes do finalizar deste tópico, pertine à possibilidade, frente à Separação de Poderes, do Judiciário, em vislumbrando exasperação de pena de multa, reduzi-la ao valor estatuído por lei. Para HELY LOPES MEIRELLES[53], tal não é possível, tocando ao magistrado apenas examinar se a punição é legal e, em caso positivo, mantê-la, ou, em se constatando a sua ilegalidade, proceder à sua anulação. Inadmissível — averba — a permuta da discricionariedade legítima do administrador pelo arbítrio ilegítimo do juiz.

Em que pese a esse respeitável entendimento, ousamos manifestar atitude discordante, sustentando a competência judicial, desde que, para tanto, não haja necessidade do julgador ingressar em seara discricionária, privativa do administrador, mas tão-só ajustar a atuação deste aos parâmetros legais. Assim se tem manifestado a jurisprudência. Invocável aresto da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região[54], que, à sua vez, louvou-se em *arrêt de principe* do extinto Tribunal Federal de Recursos[55]. Esse pensar voltou a ser reafirmado pelo STJ, no REsp 176.645 — DF[56], onde se assentou que não se caracteriza invasão de competência da esfera administrativa a redução, por ato judicial, de multa, a fim de conformá-la aos limites previstos em lei.

VII — *Retroatividade da norma mais favorável*

É de indagar-se: sobrevindo à imposição de penalidade administrativa lei mais benéfica, ora por deixar de considerar o fato perpetrado como infração, ora por amenizar as conseqüências do ilícito, haverá de lograr incidência retrooperante? A melhor resposta é a que pende pela afirmativa.

A Constituição em vigor não deixa dúvida a respeito. O seu art. 5º, XL, é expresso em proclamar que a lei penal não retroagirá, salvo se para beneficiar o réu. Implica dizer, em outras palavras, ser a retroatividade um mandamento quando houver benefício para o acusado, franquia que o legislador não poderá coartar, pena de incidir em inconstitucionalidade.

O dispositivo sobranceiro, com carradas de razão frisara RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA[57], quando ainda vigente o art. 153, §16 da Constituição pretérita, não tem o seu conteúdo limitado a albergar o fato criminal, abrangendo também o administrativo.

Assim vêm se orientando os julgados de nossos pretórios, servindo de exemplo a AC 6.843 — 2 — SP, onde a 3ª Turma do TRF — 3ª Região[58] entendeu que a

53 *Direito Administrativo Brasileiro*. 14.ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1989. p. 593.

54 Ac. un., rel. Juiz VICENTE LEAL, DJU de 17-08-92, p. 24.273.

55 AC 66.959, rel. Min. PÁDUA RIBEIRO Ementário vol. 38/44.

56 1ª T., ac. un., rel. Min. JOSÉ DELGADO, julg. em 20-08-98.

57 *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1985. p. 44.

58 Ac. un., rel. Juiz AMÉRICO LACOMBE, DJU — II de 18-06-90, p. 49.

redução de multa, de 30% para 20%, instituída pelo art. 15 do Decreto-lei 2.323/87 deveria ser aplicada àquelas impostas anteriormente. Idem o TRF — 4ª Reg.[59], ao acolher a retroatividade *in mellius* quanto ao percentual de 100%, estipulado a título de multa pelo art. 3º do Decreto-lei 308/67, fora reduzido para 20% por força do art. 1º, II, do Decreto-lei 2.471/88.

Ressalvas hão de ser feitas. A primeira destas é a de que a retroatividade benéfica não se aplica no particular das leis excepcionais ou de vigência temporária, uma vez a revogação ser da natureza da norma, perdendo esta todo o seu atributo intimidativo caso o agente, de antemão, já tivesse conhecimento de que, cessada a situação anormal, ou o intervalo de sua vigência, ficaria impune em face da injunção de retroatividade da nova norma retora da competência punitiva. Esse caminho fora sufragado pelo TRF — 4ª Região[60].

Noutro ponto, cabe investigar a ocorrência de retroatividade quando se cuide de revogação da norma complementar, integrativa do tipo, persistindo indene a disposição principal, plasmadora da postura antijurídica.

A solução que se impõe, no plano administrativo, é idêntica à que se atribuiu à interpretação do art. 3º do Código Penal, assunto por nós versado em escrito anterior[61], de sorte que o seu perfeito equacionamento há de fazer-se conforme o complemento da norma em branco assuma natureza estável ou ostente foros de excepcionalidade.

Na primeira hipótese, o complemento penal, em apresentando sinais de estabilidade, adere de tal forma ao tipo principal que a sua modificação importará em verdadeira mutação da figura infracional, sendo imperiosa a retroatividade *in mellius*. Foram as situações vivenciadas pelo art. 269 do Estatuto Repressivo e pela Lei de Tóxicos, onde a superveniente edição de portaria retirando, respectivamente, o caráter de notificação compulsória de enfermidade e entorpecente de substância traficada foi capaz de levar à descriminalização.

Nas demais situações, quando a disposição integrativa visar à disciplina de situação oscilante, excepcional, outro resultado não se antepõe ao intérprete senão o de propender pela irretroatividade, orientação plasmada pelo STF[62] quanto aos crimes contra a economia popular, levados a cabo pela desobediência a tabelamento de preços.

Alfim, advirta-se que a retroatividade admitida é a favorável ao agente, no caso o administrado. Inaceitável a aplicação retrooperante de dispositivo legal que comine

59 Ac. un., rel. Juiz GILSON LANGARO DIPP, DJU — II de 28-07-93, p. 29.264.

60 4ª T., ac. un., rel. Juiz JOSÉ GERMANO DA SILVA, DJU — II de 16-09-98, p. 423. Referencia o relator precedentes do Tribunal Federal de Recursos nas AC 5946800 — RJ (DJU de 05-11-81) e 6872800 — PR (DJU de 29-06-82).

61 Cinco Temas Controvertidos de Direito Penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, *28* (109):174-176, jan/mar-1991.

62 RT 556/425 e 482/440; RTJ 74/590. Exemplo da extensão desse pensar à potestade sancionadora da Administração, colhe-se do TRF — 4ª Reg., 2ª T., ac. un., rel. Juiz OSVALDO ALVAREZ, DJU — II de 15-04-92, p. 9.495.

pena a fato verificado anteriormente à sua vigência. Isso se explica pela singularidade de que a competência punitiva da Administração, a exemplo da inerente à jurisdição penal, não pressupõe apenas a existência da lei. Reclama algo mais, qual seja a precedência desta ante o comportamento a punir. É expresso, nesse sentido, o art. 5º, XXXIX, da Lei Maior. A aplicação retroativa de lei que define conduta infratora da ordem jurídica administrativa envereda pela senda da inconstitucionalidade, por contrariar o ideal de segurança jurídica que também quis curar o Constituinte.

Por esse motivo, reputou-se inaceitável a incidência da multa, instituída pela Lei 8.025/90, aos servidores que firmaram o termo de ocupação anteriormente à sua vigência[63].

VIII — *Non bis in idem*

Expressa a premissa de ser inaceitável a dupla punição pelo mesmo fato. A Súmula 19 do STF é categórica: *"É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira"*.

Isso, todavia, não está a impedir que, em virtude de um mesmo fato, possa alguém ser responsabilizado administrativa, penal e civilmente. É que são esferas de responsabilidade diversas e autônomas. Firme se manifestou o STF no MS 22.728 — PR[64], salientando a não ocorrência de *bis in idem* na hipótese de, pelo mesmo fato, terem sido aplicadas multa pelo TCU e pena de cassação de aposentadoria pela Administração a que se encontrava vinculado o servidor, à época dos acontecimentos.

O que se quer afirmar é não ser concebível, dentro de uma mesma esfera de responsabilização, *in casu* no campo administrativo, haver mais de uma punição em virtude de um mesmo fato. Tal cumulação somente será possível caso a lei assim preveja expressamente, conforme vem aceitando a jurisprudência[65]. Essa inteligência resultou bem exemplificada através da compreensão, a *contrario sensu*, do RMS 5.802 — 6 — RJ, provido pela 6ª Turma do STJ[66]. Do substancioso voto do Min. ADHEMAR MACIEL se tem que a ilegitimidade da exclusão, a bem da disciplina, aplicada posteriormente à prisão disciplinar por 30 dias, decorrera da circunstância do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar ser peremptório quando veda, às

63 TRF — 1ª Reg., 3ª T., AC 10.457 — 4 — DF, ac. un., rel. Juiz CÂNDIDO RIBEIRO, DJU — II de 05-06-98, p. 53; ver também da lavra do mesmo relator a AC 20.443 — 1 — DF, DJU — II de 24-10-97, p. 89.173.

64 Pleno, ac. un., rel. Min. MOREIRA ALVES, DJU de 13-11-98, p. 00005. Esse posicionamento não coincide com o Tribunal Constitucional da Espanha na *Sentencia* de 03 de outubro de 1983, ao determinar que, a fim de se evitar duplicidade de sanções administrativas e penais, respeitantes a um mesmo fato, caberia à Administração suspender a sua atividade sancionadora caso, posteriormente, fosse instaurado um processo penal (ver JOSÉ MARÍA QUIRÓS LOBO, *op. cit.*, p. 73).

65 TRF — 1ª Reg., 2ª T., MAS 12707 — 0, ac. un., rel. Juiz ANTÔNIO SÁVIO, DJU — II de 03-06-93, p. 37.153; TRF — 5ª Reg., 1ª T., REO 35.593 — 7 — RN, ac. un., rel. Juiz FRANCISCO FALCÃO, DJU — II de 21-03-94.

66 Mv, rel. desig. Min. VICENTE LEAL, DJU de 22-04-97.

expressas (art. 37, IV), que, por uma única transgressão, seja aplicada mais de uma punição. Percebe-se, então, que, caso o referido diploma permitisse mais de um castigo na espécie, não haveria que se falar em violação do *due process*.

Advirta-se não haver que se falar em violação do princípio nas situações em que a Administração, em face do *periculum in mora* ocasionado pela permanência do indiciado no exercício de função pública, determine, como medida preliminar, a suspensão do servidor durante o prazo de transcurso do inquérito administrativo. Da mesma forma, podem vir a lume, no campo do poder de polícia, fatos em que, para o resguardo do interesse público, torne necessário proceder-se, antes da aplicação de qualquer pena, a medidas preventivas, como a apreensão de veículos, instrumentos de trabalho, produtos e demais bens móveis.

Cuida o mencionado acima do instituto da tutela cautelar administrativa. Deste é exemplo o art. 147 da Lei 8.112/90, ao determinar à autoridade processante, a fim de que o servidor não venha a influir na apuração dos fatos, o afastamento deste do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 dias, prorrogável por igual período, sem prejuízo da remuneração. Da mesma finalidade, o art. 56, parágrafo único, da Lei 8.078/90, ao permitir que algumas das penas que enumera, como a apreensão de produto, possam ser aplicadas como medida cautelar[67].

Interessante, nesse particular, aresto do STF no MS 22.643 — SC[68], ao não reconhecer *bis in idem* no fato de o TCU, antes da imposição de multa (art. 58, V, Lei 8.443/92), haver determinado o afastamento temporário (art. 44, Lei 8.443/92) do Presidente do Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina, imposta pela existência de indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas atribuições, pudesse retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, ou causar novos danos ao erário. Predominou a consideração da natureza cautelar da medida.

IX — *Non reformatio in pejus*

Outro princípio relevante é o que não admite a possibilidade da *reformatio in pejus*. Significa que a parte vencida não poderá, em decorrência do exercício de sua legítima pretensão em recorrer, ver a sua situação agravada quando, para esse fim, nada postulou a Administração processante.

Embora possa parecer tipicamente de índole procedimental, dada a localização no texto do Código de Processo Penal (art. 617), a diretriz possui, igualmente, índole substantiva, razão por que dela aqui nos ocuparemos.

67 Gostaria de anotar que o instituto do CDC, ao contrário do previsto na Lei 8.112/90, assimila-se mais à antecipação da tutela punitiva, uma vez que, como consta do texto legal, cuida-se de aplicação, antes de concluído o processo administrativo, da própria pena, e não de mero instrumento de feição acautelatória.

68 Pleno, ac. un., rel. Min. MOREIRA ALVES, DJU de 04-12-98, p. 13.

A primeira indagação que exsurge tem a ver com a sua pertinência ao campo do Direito Administrativo, em razão da indissociável vinculação do administrador à legalidade. HELY LOPES MEIRELLES[69], por exemplo, opinara favoravelmente a que a autoridade administrativa, incumbida do julgamento de recurso, concentre ampla liberdade de revisão, podendo modificar ou invalidar a decisão recorrida, inclusive aportando em reforma para prejudicar a situação do recorrente.

Noutra vertente, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, que escrevera páginas indeléveis na literatura administrativa, pronuncia-se: "Igualmente, a reformatio in pejus não é interdita ao Direito Administrativo, sob pena de frustar ação fiscalizadora ou diretora dos órgãos de controle e hierarquia, a fim de não agravar a situação do administrado, com prejuízos à Administração Pública. Esse princípio tem a sua aplicação restrita ao Direito Judiciário e se estende ao terreno do Direito Administrativo tão-somente quando se trata de recurso do próprio interessado em processos quase contenciosos"[70]

Nos pretórios, chama a atenção o julgamento do RMS 3.252 — RS, proferido pela 6ª Turma do STJ[71]. Consta do voto do relator, que contou com o beneplácito do Min. VICENTE CERNICCHIARO, logo após a distinção entre o poder disciplinar da Administração, exercido pelos órgãos administrativos, e o poder punitivo penal, inerente ao Estado-sociedade, que se desenvolve a cargo do Judiciário, o esclarecimento de que, em ambos, não é tolerada a *reformatio in pejus*.

Essa a posição mais acertada. A franquia não constitui exclusividade do Direito Penal, mas, ao inverso, compatibiliza-se nos contenciosos onde viceja a possibilidade de aplicação de pena.

Poder-se-á sustentar, com fundamento no art. 64, parágrafo único, da recente Lei 9.784/99, ser possível a reforma prejudicial de decisão administrativa. Isso porque o *caput* do dispositivo dispõe que o órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular, ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, complementando o parágrafo único que, se do julgamento puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado, com vistas a formular suas alegações antes da decisão.

Há que se lançar uma ponderação, uma vez que a não reforma para pior não constitui mera explicitação do legislador processual penal, óbice que poderia ser facilmente contornado pela lei administrativa, mas do art. 5º, §2º, da Lei Fundamental, ostentando o caráter de direito individual implícito. Nesta condição, configura desenvolvimento do art. 5º, LV, ao assegurar aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Houve, à época da Constituição pretérita, quem assim pensasse, invocando o art. 153, §15[72].

69 *Direito Administrativo Brasileiro*. 14.ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 572.

70 Princípios Gerais de Direito Administrativo. Rio de Janeiro : Forense, 1969. v.2, p.142.

71 Mv, rel. desig. Min. ADHEMAR MACIEL, DJU de 06-02-95, p. 1.372.

72 Foi o raciocínio seguido por RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA (*Infrações e sanções*

O mesmo fenômeno se passa perante a Constituição da Espanha de 1978, tendo, em elucidativa deliberação na *Sentencia* de 19 de dezembro de 1988, o Tribunal Constitucional afirmado que a vedação à *reformatio in pejus* resulta tacitamente inserida no seu art. 24, que constitucionaliza, naquele país, o *proceso debido*. Numa forçosa revisitação a JOSÉ MARÍA QUIRÓS LOBO[73], obtém-se precioso trecho da justificativa da aludida decisão: *"É um princípio geral de nosso Direito no âmbito sancionador, tanto penal como administrativo, que nas segundas ou sucessivas instâncias, qualquer que seja a natureza do recurso utilizado, ordinário ou extraordinário, não se pode agravar a condenação do recorrente acima do que havia imposto a sentença impugnada, salvo se a parte contrária — em suma, o acusador — tiver recorrido independentemente, ou se aderira a recurso já formulado. Isto acarreta a vinculação do Juiz* ad quem *ou superior pelos limites subjetivos e objetivos que hajam marcado a acusação e a defesa, neste último grau jurisdicional"*.

Torna-se necessário, para que o dispositivo citado possa se harmonizar com a Constituição, que a sua aplicação se dê nas hipóteses em que não se discuta a imposição de penalidade. Exemplificando: se determinado contribuinte, visando suster eventual isenção de IPI, que lhe fora cobrado no percentual de 15% sobre o valor da mercadoria fabricada, recorre, nada impede que a autoridade administrativa, considerando descabido o favor fiscal, resolva alterar, de ofício, o lançamento, mencionando como correta alíquota maior, de 20%. Nesses termos é que deverá ser aplicado o art. 64, parágrafo único, da Lei 9.784/99.

Suponha-se, ao revés, que o mesmo contribuinte, irresignado com multa por descumprimento de obrigação acessória, fixada em 20% sobre o valor do produto, interponha recurso, questionando a ocorrência da infração. Nesta hipótese, defeso é à autoridade administrativa, em reconhecendo a prática infracional, elevar a sanção pecuniária para 30%. O resguardo à regra da legalidade, por maior que venha a ser o esforço retórico, esbarra noutra razão dotada de juridicidade, qual seja a garantia magna decorrente do art. 5º, LV, da Lei Maior vigente, que impede a reforma prejudicial.

O pensar defendido se projeta à *reformatio in pejus* indireta, ocorrente quando, anulada a imposição punitiva em grau de recurso, a nova decisão imponha pena mais grave do que a cominada no ato administrativo desconstituído pela Administração. Também essa postura não se afigura legítima.

No plano do juízo criminal, igualmente tem sido o pronunciamento do STF[74]. Ressalva, contudo, uma situação que, a nosso ver, encontra, grosso modo, guarida no processo administrativo sancionador, qual seja a nulidade por incompetência absoluta[75]. Havendo a primeira decisão promanado de autoridade sem competência para a aplicação da sanção, nada impedirá que a autoridade competente, que ainda

administrativas. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1985. p. 101), exposição na qual é referenciado sólido manancial da doutrina comparada.

73 *Op. cit.*, p. 117.

74 RTJ 88/1.018 e 95/1.081; RT 558/414.

75 RTJ 100/927.

não exarou sua opinião sobre o fato em apuração, quando instada a atuar, delibere no sentido de infligir pena mais severa.

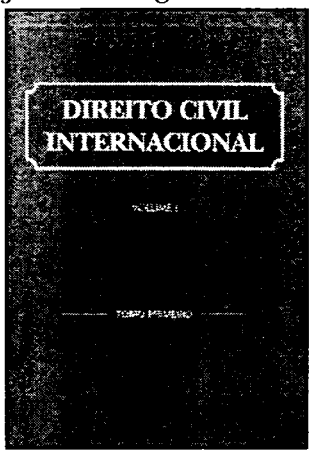
X — *Palavras finais*

O procedimento administrativo punitivo, no Estado Democrático de Direito, perfilhado como modelo pelo nosso Constituinte (art. 1º, CF), ostenta feição vinculada. Os aspectos submetidos à discrição do administrador sofreram redução demasiada. Em conseqüência, impende ao intérprete a difícil tarefa de cinzelar os parâmetros que deverão comandar essa atividade estatal, tema a que estas modestas linhas se propuseram. Adotou-se o critério de examinar a recepção que, no Direito Administrativo, mereceu as premissas estruturantes do *jus puniendi* da coletividade e o Direito Penal comum, cuja elaboração foi longamente sedimentada no decurso da história da humanidade. Tais arquétipos são hábeis ao fornecimento da medida de justiça ideal das punições impostas pela Administração, as quais, na hipótese de desvio, expõem-se ao arbítrio, clamando a expedita corrigenda do Judiciário.

Direito Civil Internacional

Volume I — A Família no Direito Internacional Privado
Tomo I — Casamento e Divórcio

Jacob Dolinger



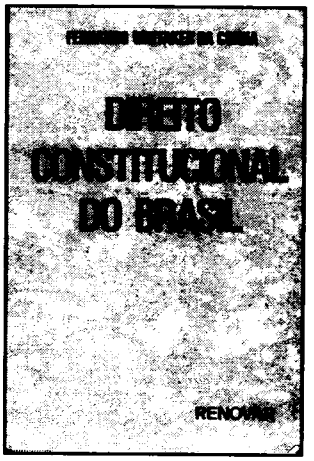
O Direito Internacional Privado acompanha os grandes ramos do direito nas suas dimensões internacionais, que se materializam sempre que as relações humanas têm conexão com mais de um sistema jurídico, nacional ou pessoal.

Ref. 0140 **Encadernado** **420 págs.**
Form. 16x23 **1997**

Direito Constitucional do Brasil

Fernando Whitaker da Cunha

A nossa História Constitucional revela a permanência biológica de sólidos valores inspirados no trinômio política, liberdade e justiça, e é através dele que se procura fazer uma análise substancial, embora concisa, da Carta de 1988, em sua estrutura de poder, e em sua esfera de direitos públicos subjetivos, bem como, por sua afinidade com a nossa, a evolução constitucional portuguesa.



Ref. 0019 **Brochura** **384 págs.**
Form. 14x21 **1990**