

# Considerações sobre o poder sancionatório da Administração Pública. Os ilícitos administrativos e as concessões de serviços públicos

Dora Maria de Oliveira Ramos<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1 Introdução. 2 As relações de sujeição geral e de sujeição especial. 3 Distinção entre ilícitos penais e ilícitos administrativos. 4 O regime jurídico dos ilícitos administrativos. A base principiológica da atuação sancionatória estatal. 5 O princípio da legalidade e da tipicidade nos ilícitos administrativos. 6 A deslegalização e a remissão normativa no contexto da legislação de concessões de serviços públicos. 6.1 A deslegalização. 6.2 A remissão normativa.

---

## 1 Introdução

O direito reconhecido ao Estado de punir as condutas socialmente indesejadas, quando configuradoras de ilícitos penais, é atribuído ao Poder Judiciário, por meio de seus juízes criminais.

À Administração Pública, enquanto organizadora da vida social, são atribuídas tarefas de gestão que envolvem a prestação de serviços

---

<sup>1</sup> Procuradora do Estado de São Paulo. Mestre e Doutora em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP. Autora do livro *Terceirização na Administração Pública* (São Paulo: LTr, 2001). Coautora dos livros: *Temas polêmicos sobre licitações e contratos* (5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001) e *Direito regulatório* (Belo Horizonte: Fórum, 2003).

públicos, o exercício do poder de polícia, o fomento de atividades reputadas relevantes para o contexto social e a intervenção.<sup>2</sup>

Nesse contexto das atividades estatais, para garantir a efetividade da atuação administrativa e reconhecendo-se que a Administração Pública conjuga o interesse público (ou a pluralidade dos interesses públicos envolvidos no contexto social, como se tem dito), são a ela atribuídos poderes sancionatórios.

A efetividade da atuação estatal fica muitas vezes dependente do preestabelecimento de sanções que conduzam ao cumprimento das diretrizes traçadas pela Administração Pública. O descumprimento dessas regras pode configurar crime, passível de punição pelo juiz criminal, de acordo com as leis específicas regedoras das matérias, como são exemplos os crimes ambientais (Lei n. 9.605, de 12.02.1998) e os crimes relacionados às licitações (Lei n. 8.666, de 21.06.1993).

Não raras vezes, no entanto, as infrações ficam restritas à área administrativa, gerando ilícitos de caráter não penal, sancionados pela própria Administração Pública.

Este estudo procura explicar o fundamento de validade da atividade sancionatória da Administração Pública em matéria de concessão de serviço público, na medida que o laconismo legal sobre o tema dá a impressão de que as normas legais autorizariam a delimitação de ilícitos e sanções por atos infralegais, em um processo conhecido no direito comparado como deslegalização. Para isso, os esforços deste artigo estão centrados no estabelecimento de balizas que identificam os ilícitos administrativos, diferenciando-os dos ilícitos penais, na tentativa de identificar os princípios que lhes sejam comuns. Procura-se, a partir dessa base, introduzir a discussão sobre os princípios da legalidade e da tipicidade, questão que se mostra especialmente relevante quando se percebe o laconismo das leis regedoras das concessões administrativas em matéria de sanções.

Para bem entender a questão, é preciso introduzir a noção de que o poder sancionatório da Administração em matéria de concessão de

---

<sup>2</sup> Segmentação das atividades administrativas estruturada, na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 54).

serviço público tem origem no vínculo contratual estabelecido entre as partes, a partir de uma relação especial de sujeição.

## 2 As relações de sujeição geral e de sujeição especial

O tema das relações de sujeição tem sua origem doutrinária na Alemanha. Otto Mayer foi um dos primeiros a formular a teoria, ao referir-se à distinção entre “relações de sujeição particular” e “relações coletivas do direito público”. As primeiras são relações de direito público em que o indivíduo está vinculado ao Estado por uma obrigação geral de reger sua conduta, conforme um certo interesse coletivo, por normas de efeitos gerais detalhadas por atos infralegais. O exemplo típico é a situação do funcionário público. Essas normas regedoras das relações de sujeição particular atingem pessoas que têm em comum uma peculiar relação com a Administração. As chamadas “relações coletivas” decorrem de imposições formuladas em nome do interesse público a uma pluralidade de indivíduos, como é característica das relações que o Estado mantém com o contribuinte de impostos.<sup>3</sup>

Ainda no direito alemão, Konrad Hesse refere-se ao tema, ao cuidar das relações de *status especial*, conceito que envolve relações que fundamentam um vínculo mais estreito do particular com o Estado, gerando deveres e direitos especiais, distintos daqueles próprios dos cidadãos em geral, casos típicos das relações com os funcionários públicos, soldados, alunos de escola pública e presos.<sup>4</sup>

Na Itália, Renato Alessi observa que, ao lado da posição de supremacia geral exercida pela Administração sobre todos os administrados, como expressão do poder de império que lhe é próprio, limitado pela preexistência de uma norma jurídica que lhe confira esse poder e que objetive a satisfação do interesse público primário, existem relações submetidas a uma supremacia especial, marcadas por uma vinculação mais acentuada do particular ao Poder Público.<sup>5</sup>

3 MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*: parte general. Tradução do original francês de Horácio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949. v. 1, p. 144-145.

4 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20. ed. alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 259.

5 ALESSI, Renato. *Diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1949. p. 185-192.

Nessas vinculações especiais, há a inserção material e jurídica do particular na esfera administrativa, a justificar uma regulação própria, diversa da simples submissão ao geral poder de império estatal. Exemplos dessa especial sujeição, segundo Alessi, ocorrem no exercício de uma função pública ou de um serviço público, bem como nas hipóteses em que o particular usufrui a prestação de um serviço público (caso dos estudantes de estabelecimentos públicos de ensino, usuários de uma biblioteca ou frequentadores de um museu).

As relações de sujeição geral surgem, por exemplo, do exercício do poder de polícia. As sanções previstas no ordenamento jurídico para coibir condutas gravosas à boa ordem social estão inseridas no contexto das regras de polícia. No entanto, existem situações em que essas normas gerais, decorrentes do simples poder de império estatal, não são suficientes para disciplinar convenientemente as relações jurídico-administrativas, exigindo um disciplinamento próprio, mais específico.

Exige-se que a referida inserção do particular na esfera administrativa ocorra em caráter de “permanência e continuidade”, a recomendar o condicionamento da sua conduta para garantir a eficiência da prestação do serviço.

A posição de supremacia especial reconhecida à Administração tem como corolário a existência de poderes específicos de disciplinamento da conduta privada. Há, assim, o poder de editar normas internas, de observância obrigatória por aquele que se encontra em posição de sujeição especial. Nessa categoria enquadram-se as instruções emanadas do superior hierárquico para seus subordinados com caráter de generalidade (portarias, ordens de serviço, circulares), bem como os regulamentos internos de caráter disciplinar.

Ao lado do poder de editar normas para disciplina interna, há também o poder de emanar ordens individuais, o poder de fiscalizar o cumprimento das normas, de forma a assegurar o bom funcionamento do serviço, e, por fim, o poder de sancionar os desvios de conduta.

Esse poder de sancionamento próprio das relações de supremacia especial tem fundamento no poder disciplinar reconhecido à Administração Pública, que não se confunde com o poder punitivo decorrente do exercício do poder de polícia.

Essa diversidade de fundamento do poder punitivo reflete, na visão de Alessi, as seguintes consequências: a) é possível o exercício cumulativo dos dois poderes sem que reste violado o princípio do *non bis in idem*; b) não tem aplicação à responsabilidade disciplinar o princípio próprio do direito penal *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*; ademais, dada a independência do ordenamento penal em relação ao disciplinar, a aplicação subsidiária dos princípios de direito penal ao direito disciplinar apenas é possível se a norma refletir preceito que “possa encontrar acolhimento também no direito disciplinar”. Assim, as regras previstas unicamente no ordenamento penal apenas são aplicáveis no âmbito das relações disciplinares se tiverem correlação com a natureza de ambos os poderes punitivos.

O sancionamento decorrente das relações de supremacia especial, de caráter disciplinar, se diferencia, assim, da responsabilidade civil e penal, cada uma comportando um procedimento distinto e autônomo. Ademais, a sanção decorrente dessa supremacia especial deve atingir o apenado na sua relação específica com o Poder Público, isto é, a pena deve incidir sobre esse relacionamento próprio, impondo restrições ou fazendo cessá-lo.

No direito espanhol, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández também reconhecem existir dois tipos de liame que unem os administrados ao Poder Público. A simples caracterização do indivíduo como habitante de uma região o qualifica como administrado, sujeito ao genérico poder de império estatal. Esse mesmo cidadão, no entanto, pode desenvolver relações outras com o Poder Público, em função de um especial *status* por ele protagonizado, que peculiariza esse relacionamento. Surgem assim, respectivamente, as relações de sujeição geral e as relações de sujeição especial.<sup>6</sup>

Esse *status* especial que qualifica o administrado pode ser de diversas ordens, submetendo aquele que nele se enquadrar a um conjunto próprio de regramentos, denominado de “ordenamentos setoriais”.<sup>7</sup>

---

6 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 5. ed. Madrid: Civitas, 1998. v. 2, p. 19.

7 *Ibidem*, v. 1, p. 198, e v. 2, p. 20-21.

Observam esses autores que a disciplina interna de um serviço ou de uma corporação não pode se dar à margem da legalidade. Não obstante, pode haver “uma dedução de poderes implícitos entre os outorgados pela lei de uma maneira geral” ou uma margem ampliada do papel do regulamento ao desenvolver o conteúdo da lei, sem no entanto admitir que ele represente uma extensão do conteúdo normativo da lei.<sup>8</sup>

Alejandro Nieto também se refere às relações especiais de sujeição como caracterizadoras de um peculiar liame entre o administrado e o Poder Público, decorrente do poder de organização interna dos serviços públicos, e que não se confunde com o genérico *ius puniendi* estatal.<sup>9</sup>

O reconhecimento de um determinado liame jurídico como relação especial de sujeição, no entanto, alerta Alejandro Nieto, não tem como consequência a negação de aplicação de princípios protetivos dos direitos individuais, usualmente invocados no sancionamento dos delitos penais. A jurisprudência espanhola fala em matização dos preceitos penais quando de sua aplicação às relações administrativas marcadas por uma sujeição especial<sup>10</sup>. Essa questão é colocada, em geral, na aplicação dos princípios da legalidade e tipicidade, tendo em vista sua peculiarização, quando aplicáveis às relações de sujeição especial.

Essa matização reconhecida pela jurisprudência espanhola significa que no seio das relações de sujeição especial há um campo maior para a integração do comando legal pelo regulamento administrativo, além de ser reservado à Administração um poder mais amplo de valoração das questões envolvidas.<sup>11</sup>

Entre nós, o tema é tratado com mais profundidade por Celso Antônio Bandeira de Mello e Marçal Justen Filho, além de ser questão expressamente veiculada nos estudos realizados por Régis Fernandes de

---

8 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, cit., v. 2, p. 21.

9 NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2000. p. 223-224.

10 *Ibidem*, p. 227-228.

11 *Ibidem.*, p. 228.

Oliveira<sup>12</sup>, Daniel Ferreira<sup>13</sup>, Alberto Martins<sup>14</sup>, Fábio Medina Osório<sup>15</sup>, Eduardo Rocha Dias<sup>16</sup>, Heraldo Garcia Vitta<sup>17</sup>, José Roberto Pimenta Oliveira<sup>18</sup> e Alexandre Santos de Aragão.<sup>19</sup>

Marçal Justen Filho cuida do tema, ao relacioná-lo com os ordenamentos jurídicos setoriais. Específicos grupos sociais são regidos por um conjunto de normas próprias, vinculadas sempre aos princípios jurídicos fundamentais. Quanto mais complexas e especializadas as atividades desenvolvidas, maior a intervenção regulatória exigida do Estado. Essa intervenção estatal não se faz pela instituição de um regime específico com intuito de beneficiar uma determinada categoria social. O fim visado é a tutela de valores fundamentais da sociedade.<sup>20</sup>

O autor aponta como exemplo de relação especial de sujeição o regime a que se submetem as instituições financeiras. Outro exemplo mencionado é o dos concessionários de serviços públicos, submetidos a poderes excepcionais atribuídos à Administração.

A “impossibilidade material” e a “inconveniência social” de exaustiva regulação legislativa da atividade desses grupos fundamentam a concessão de um poder normativo específico à Administração para regular essas atividades. Esse conjunto normativo dá origem a um regime

---

12 OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 17-21.

13 FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 35 e ss.

14 MARTINS, Alberto. Os princípios do processo sancionatório na Lei paulista 10.177/98. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ANDRÉS MUÑOZ, Guilherme (Orgs.). *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 167-186.

15 OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 61 e 202-203.

16 DIAS, Eduardo Rocha. *Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 19-20 e 62-73.

17 VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 72-94.

18 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. A ANEEL e serviços de energia elétrica. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 339-340.

19 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 139-143.

20 JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 532-534.

denominado de estatutário, caracterizado por uma “menor densidade normativa” das leis aplicáveis, porque maior o campo reservado à avaliação discricionária do administrador.<sup>21</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello igualmente diferencia as relações de sujeição especial daquelas decorrentes do exercício do poder de polícia, classificáveis como de sujeição geral. Nas relações de sujeição especial, a existência de um vínculo específico entre o particular e a Administração é o fundamento de poderes administrativos que, para serem exercidos, não precisariam ser extraídos diretamente da lei. O substrato legal nas relações de sujeição especial é mais tênue, na medida que são admitidas formulações genéricas, a serem detalhadas em sede administrativa, via emissão de regulamentos de organização. Nesses casos, o detalhamento legislativo seria “impossível, impróprio e inadequado”.<sup>22</sup>

Aponta Celso Antônio Bandeira de Mello, em consequência, que os poderes administrativos decorrentes das relações especiais de sujeição estão sujeitos aos seguintes condicionamentos: a) têm fundamento remoto de validade em lei que, explícita ou implicitamente, tenha atribuído à Administração o poder de normatizar a matéria; b) encontram fundamento imediato na própria relação de sujeição especial; c) as disposições editadas devem ser instrumentais à consecução dos fins almejados; d) as regras devem, ainda, guardar conformidade com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade; e) devem ditas disposições, também, ter seu objeto atrelado ao tema subjacente à relação especial.<sup>23</sup>

Decorre de todo o exposto que as relações especiais de sujeição, afastado o pressuposto autoritário encontrado em suas origens, têm relevante aplicação prática em nossos dias, explicando um maior poder normativo atribuído à Administração.

A caracterização de uma relação como de especial sujeição não afasta a exigência de observância do princípio da legalidade. Não obstante, presente a sujeição especial, o âmbito da atuação discricionária da

21 JUSTEN FILHO, Marçal, *O direito das agências reguladoras independentes*, cit., p. 534-536.

22 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 816-820.

23 *Ibidem*, p. 820-821.



Administração se alarga, ampliando-se o terreno sobre o qual as normas administrativas poderão avançar.

Assim, nas relações gerais de sujeição há uma subordinação inespecífica ao Poder Público, decorrente da simples soberania estatal. As relações especiais, por seu turno, são caracterizadas pela existência de um peculiar liame que vincula o administrado ao Estado, subordinando-o a um específico feixe normativo. Seu âmbito próprio de aplicação se faz presente nas situações em que o particular se encontra inserido no seio do poder estatal, submetido a um regime próprio de subordinação mais intensa. Diz-se que nessas hipóteses a Administração goza de um poder de auto-organização que lhe confere maiores prerrogativas. Exemplo flagrante de relação especial de sujeição é o do servidor público, mas nela podem ser enquadrados também os presidiários, os que cumprem serviço militar e os usuários de serviços públicos. Nesse tópico, este trabalho não distingue entre relações “internas” ou “externas” para caracterizar o usuário do serviço público como sujeito a uma relação de sujeição especial. Também os usuários dos serviços de água, esgoto, luz, gás e limpeza pública, sujeitam-se ao específico feixe normativo editado pela Administração para reger as condições de utilização desse serviço. Assim, por exemplo, devem manter o marcador de consumo em determinadas condições e realizar o pagamento de suas contas nas condições fixadas.

Igualmente os que celebram contratos com a Administração Pública peculiarizam relação de sujeição especial, submetidos que estão a um peculiar regime diretivo do Estado.

Há quem sustente que não existiria justificativa para o estudo destacado das infrações administrativas no contexto das relações especiais de sujeição, na medida que “o tratamento normativo é o mesmo para qualquer tipo de infração”.<sup>24</sup>

Não obstante, é inegável que a questão ganha uma feição própria quando estudada nesse contexto. Não que as relações de sujeição especial devam refletir um Estado autoritário, dissociado do princípio da

---

<sup>24</sup> Nesse sentido: OLIVEIRA, Régis Fernandes de, *Infrações e sanções administrativas*, cit., p. 19. No mesmo sentido a posição de Daniel Ferreira (*Sanções administrativas*, p. 40).

legalidade. Mas, no seu âmbito, admite-se uma ampliação do poder discricionário da Administração.

Em matéria de atuação sancionatória da Administração, esse maior espaço para a apreciação discricionária do administrador se reflete, *v.g.*, na tipificação aberta dos ilícitos administrativos.

Dessa forma, o tema das relações especiais de sujeição, âmbito no qual se inserem as questões tratadas neste estudo, está subjacente às discussões que se seguem. *Chega-se, então, à primeira conclusão deste trabalho: o poder sancionatório da Administração Pública em matéria de prestação de serviços públicos é exercido no seio das relações especiais de sujeição. Tanto o concessionário e o permissionário estão vinculados à Administração por um especial vínculo, que os sujeitam aos poderes estatais nesse contexto de ampliação do campo de atuação discricionária, como também os usuários do serviço estão, enquanto tais, vinculados a essa sujeição especial. No seio das relações especiais de sujeição admite-se a edição pela lei de formulações genéricas, deixando espaço para a edição de regulamentos administrativos de organização.*

### **3 Distinção entre ilícitos penais e ilícitos administrativos**

Assentada a distinção entre relações de supremacia geral e de supremacia especial, a continuidade do presente estudo exige seja firmada a distinção entre ilícitos penais e ilícitos administrativos e, por via de consequência, a diferença entre sanção penal e sanção administrativa.

Entende-se por ilícito o comportamento omissivo ou comissivo contrário a regra fixada em norma jurídica. Sanção, no sentido que se adota no presente estudo, é a aflição imposta pelo direito ao transgressor de seus comandos. No dizer de Zanobini, é a consequência danosa que o legislador prevê contra aquele que viola a norma, como meio de restaurar a ordem jurídica, restabelecendo a autoridade da norma violada.<sup>25</sup>

Em linhas gerais, fala-se na existência de ilícito civil, que atinge primordialmente a esfera patrimonial dos agentes envolvidos, regido pela

<sup>25</sup> ZANOBINI, Guido. *Le sanzioni amministrative*. Torino: Fratelli Bocca, 1924. p. 2.

lei civil e calcado nas noções de ação ou omissão voluntária, ligadas por um vínculo de causalidade a um dano moral ou patrimonial.

Distingue-se o ilícito civil do ilícito penal. Enquanto a sanção civil objetiva primordialmente a recomposição dos prejuízos de caráter moral ou patrimonial causados ao lesado, o ilícito penal tem por objeto a genérica proteção da sociedade e a preservação da paz social. Justapõem-se, aqui, o interesse privado da vítima, salvaguardado pela sanção civil, e o interesse geral da sociedade, preservado pela sanção penal<sup>26</sup>. Se a sanção civil objetiva a reparação do dano sofrido pela vítima, a sanção penal destina-se a restaurar a normalidade social, punindo o agente transgressor da boa ordem.<sup>27</sup>

Como figura distinta das anteriores, surge o ilícito administrativo, caracterizado pela infração a deveres estabelecidos pelas leis administrativas. Nesse campo, fala-se em ilícito administrativo puro, em que a conduta atinge apenas a ordem interna da Administração, e ilícito penal administrativo, em que a conduta é punida tanto na esfera administrativa quanto na esfera penal, porque a ação ou omissão atinge concomitantemente a sociedade e a Administração.<sup>28</sup>

No campo do ilícito administrativo, podem-se distinguir as sanções de autoproteção, destinadas a punir as transgressões à ordem interna da Administração e decorrentes das relações especiais de sujeição, e as sanções protetoras da ordem geral, calcadas nas relações de sujeição geral e que muito se aproximam das sanções penais.<sup>29</sup>

No aspecto teórico, pode-se discutir se há uma definição substantiva de ilícitos administrativos que os tornem substancialmente diferentes dos ilícitos penais. Dividem-se os doutrinadores entre os que não vêem diferença de essência entre as figuras, centrando as distinções em aspectos

---

26 ZANOBINI, Guido, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 5-6.

27 BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. v. 1, p. 562; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1984. v. 7, p. 18-20.

28 CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 47.

29 Distinção feita por Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (*Curso de derecho administrativo*, cit., v. 2, p. 165-167) e lembrada por José Suay Rincón (*Sanciones administrativas*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1989. p. 37).

meramente quantitativos, ligados à gravidade da transgressão ocorrida, e os que entendem haver nas figuras em exame distinções de fundo. Discussão correlata a essa está em saber se os princípios de direito penal podem ser indistintamente aplicados aos ilícitos administrativos.

A ideia de que os conceitos seriam essencialmente diferentes tem sua origem na doutrina alemã de James Goldschmidt. Esse autor entende que os ilícitos penais provocam dano a um bem jurídico concreto, ao passo que os ilícitos administrativos representam mera omissão ao dever de obediência às normas administrativas. A relevância desses, por via de consequência, está limitada aos interesses administrativos, que não constituiriam bens jurídicos.<sup>30</sup>

Garrido Falla, na mesma linha de raciocínio, entende que na qualificação dos ilícitos, o legislador não tem livre arbítrio, mas utiliza-se de critério que leva em conta o aspecto material da conduta. Assim, ilícitos administrativos são as transgressões que abrangem um campo cuja competência é atribuída à Administração.<sup>31</sup>

Entre os autores nacionais, José Cretella Júnior, Edmir Netto de Araújo, Hely Lopes Meirelles e Romeu Felipe Bacelar Filho defendem a ideia de existência de diferenças essenciais entre os dois ilícitos.

Cretella Júnior aponta ainda que a distinção entre ilícitos administrativos e penais está centrada na autoridade que comina a sanção. Enquanto o ilícito administrativo é sancionado por autoridade administrativa ou colegiado para isso competente, o ilícito penal é apreciado no âmbito do Poder Judiciário.<sup>32</sup>

Esse autor aponta, ademais, que o ilícito penal está submetido de forma mais rigorosa ao princípio da legalidade, ao passo que a autoridade administrativa desfruta de maior flexibilidade na avaliação do ilícito, na medida que pode haver punições em virtude de infrações a deveres ou princípios, mesmo que não exista disposição estatutária precisa.

---

30 SUAY RINCÓN, José, *Sanciones administrativas*, cit., p. 87-89.

31 GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971. v. 2, p. 200.

32 CRETELLA JÚNIOR, José, *O Estado e a obrigação de indenizar*, cit., p. 46.

Alinha-se Cretella Júnior, com o expresso apoio da doutrina de Edmir Netto de Araújo<sup>33</sup>, entre os autores que entendem haver diferenças ontológicas entre o ilícito penal e o ilícito administrativo puro. Observa Cretella que nos ilícitos administrativos puros, que se exaurem na própria esfera administrativa, a diferença entre as duas figuras é de substância, na medida que não se confundem os campos do direito administrativo e do direito penal. Apenas se o ilícito avançar sobre a esfera penal, fugindo do âmbito do Executivo, passaria a existir mera diferença de grau entre as espécies, constituindo o ilícito administrativo um *minus* em relação ao ilícito penal. Na visão do autor, as duas figuras estariam em órbitas jurídicas diversas. No ilícito penal administrativo, no entanto, haveria uma mesma figura, apreciada sob dois prismas diferentes. Nessa hipótese, existiria apenas uma variação quantitativa.<sup>34</sup>

Também Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>35</sup> e Hely Lopes Meirelles vêem diferenças de substância entre as figuras. Daí porque, na lição de Hely Lopes Meirelles, não se poder falar em *bis in idem* na conjugação de sanções penais e administrativas pelo mesmo ato.<sup>36</sup>

Bacellar Filho vê fundamento constitucional para a distinção apreendida, na medida que “não haveria sentido na previsão constitucional de linhas gerais de um regime administrativo sancionatório, se este não contasse com fundamentos diversos do direito penal”, como seria exemplo o artigo 52, parágrafo único, da Constituição Federal, que prevê sanção administrativa sem prejuízo de outras sanções judiciais cabíveis.<sup>37</sup>

Os autores que defendem a ideia da inexistência de diferenças substanciais são, no entanto, a maioria.

---

33 ARAÚJO, Edmir Netto de. *O ilícito administrativo e seu processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 25.

34 CRETELLA JÚNIOR, José, *O Estado e a obrigação de indenizar*, cit., p. 47-52.

35 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 32-33.

36 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 121.

37 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, op. cit., p. 32-33.

Guido Zanobini assinala que a distinção entre ilícito penal e ilícito administrativo tem assento em um critério prático: as sanções administrativas são aquelas que, por força de lei, têm sua aplicação reservada às autoridades administrativas, decorrendo, por via de consequência, de ato administrativo. As sanções penais, decorrentes dos ilícitos praticados em violação às leis penais, são aplicadas pelas autoridades judiciais, por meio de ato jurisdicional.<sup>38</sup>

García de Enterría e Ramón Fernández apontam esse elemento formal subjetivo como distintivo entre as sanções penais e administrativas: aquelas são impostas pelos “tribunais penais” e estas são cominadas pela própria Administração<sup>39</sup>. Assim, é o legislador que define as infrações que dão origem a sanções administrativas, com base em critérios de política criminal, até porque muitas vezes as sanções administrativas atingem gravidade maior do que as sanções penais, como ocorre, por vezes, com as multas pecuniárias.<sup>40</sup>

Acrescentam os mestres espanhóis que a distinção entre umas e outras está na circunstância de terem finalidades diversas. As sanções penais objetivam a reeducação e a reinserção social do infrator, ao passo que as sanções administrativas têm uma “finalidade repressiva mais pragmática”.<sup>41</sup>

Em consequência, entendem Enterría e Fernández que ilícitos penais e administrativos decorrem da mesma expressão do poder punitivo estatal, não existindo a pretendida diferença substantiva entre as figuras.<sup>42</sup>

José Suay Rincón igualmente não vê distinção substancial entre as espécies, na medida que são ambas expressões do mesmo poder

38 ZANOBINI, Guido. Rapporti fra il diritto amministrativo e il diritto penale. In: *Scritti vari di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 1955. p. 139-140. O autor expressa a mesma ideia em seu *Le sanzioni amministrative*, p. 38-41.

39 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, cit., v. 2, p. 159.

40 Ibidem, p. 162.

41 Ibidem, p. 162.

42 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, op. cit., v. 2, p. 163. Também sobre a matéria: SUAY RINCÓN, José, *Sanciones administrativas*, p. 87-97.

punitivo estatal e objetivam a proteção de idêntico bem jurídico. Em consequência, as sanções administrativas são regidas pelos mesmos princípios que ordenam o direito penal. Adverte o autor, porém, que não são todos os princípios de direito penal que se aplicam aos ilícitos administrativos. Ademais, nem todos os princípios aplicáveis têm a mesma extensão que assumem no âmbito penal, como acentua a jurisprudência espanhola ao destacar a aplicação dos princípios penais com “matizações”.<sup>43</sup>

Rincón define sanção administrativa como aquela imposta pela Administração para punir uma conduta contrária à lei, a partir de um procedimento administrativo com finalidade puramente repressora. Como se vê, a distinção entre o ilícito administrativo e o ilícito penal está centrada na autoridade com poder de punir (elemento subjetivo), bem como nos instrumentos que para tanto se vale: processo administrativo em oposição a processo penal (elemento formal).<sup>44</sup>

Alejandro Nieto admite a ideia de que o poder de sancionar é inerente ao poder de gestão reconhecido à Administração<sup>45</sup> e que existe um supraconceito de ilícito, que engloba duas variantes: o ilícito penal e o ilícito administrativo.<sup>46</sup>

Essa ideia de supraconceito conduz à identidade substancial das noções de ilícito penal e administrativo. A diferença entre um e outro é traçada pelo ordenamento jurídico. Aponta o autor, no entanto, que, a despeito dessa identidade ontológica, existe uma diversidade de regime jurídico, a justificar a aplicação dos princípios de direito penal ao direito administrativo de caráter sancionatório com as matizações próprias do regime jurídico administrativo.

Entre os autores brasileiros, Miguel Maria de Serpa Lopes observa que mesmo entre o ilícito penal e o ilícito civil, a despeito das diferenças de regime entre um e outro, não se pode falar em diferenças ontológicas porque ambos constituem variantes da mesma categoria de ilícitos. O

---

43 SUAY RINCÓN, José, *Sanciones administrativas*, cit., p. 31-32 e 201-202.

44 Ibidem, p. 55-56.

45 NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 91-96.

46 Ibidem, p. 148-149.

enquadramento da ação ou omissão como ilícito penal ou civil é questão de política legislativa.<sup>47</sup>

Régis Fernandes de Oliveira não identifica distinções substanciais entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, acentuando que a diferença é apenas uma questão de grau, variante em função da “maior ou menor repulsa do ordenamento jurídico à ação ou omissão antijurídica”.<sup>48</sup>

Ao apontar os traços distintivos entre eles, adere Fernandes de Oliveira à ideia de que a distinção é meramente formal. Entende o autor que haverá sanção administrativa se a apuração da infração resultar de procedimento administrativo, perante autoridade administrativa, atuando a Administração como parte interessada e assumindo o ato sancionatório características próprias da atividade administrativa, isto é, revestindo-se de presunção de legalidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade.<sup>49</sup>

Assim, a diferença entre um e outro decorre exclusivamente da lei, que ditará o regime jurídico próprio de cada um.<sup>50</sup>

O Ministro Celso Mello, em voto proferido, foi taxativo ao apontar a inexistência de distinção ontológica entre os ilícitos, razão pela qual é possível a submissão do mesmo fato “a regimes jurídicos autônomos e diversos: o regime de direito penal, o regime de direito administrativo-disciplinar e o regime de direito civil” (STF – MS n. 21.294-2/DF Pleno, j. 23.10.1991, *DJ*, de 21.09.2001).

Em conclusão, parece forçoso reconhecer que a tese que melhor reflete a realidade, a despeito da respeitabilidade dos que defendem posição diversa, é aquela majoritariamente apontada pela doutrina, que não vê distinção de essência entre os ilícitos penais e administrativos.

Reconhecida a existência de ilícitos administrativos decorrentes das relações de sujeição geral, não há como pretender ver nessas infrações mera violação de valores de ordem interna da Administração. O bem

47 LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 5, p. 161.

48 OLIVEIRA, Régis Fernandes de, *Infrações e sanções administrativas*, cit., p. 6-7.

49 *Ibidem*, p. 7.

50 *Ibidem*, p. 32.



jurídico protegido na vedação de apropriação de coisa alheia (configuradora de crime) é o mesmo bem protegido quando sancionada a violação à norma de polícia administrativa, ou quando cominada sanção ao servidor público faltoso. As sanções administrativas têm finalidade idêntica à que move o ordenamento jurídico na edição das sanções penais: o restabelecimento da paz social e a repressão do violador da norma jurídica.<sup>51</sup>

Ademais, a identidade entre ilícito penal e ilícito administrativo decorre da constatação, bem sintetizada por Suay Rincón, de que a Administração está sujeita à lei, razão pela qual o ordenamento administrativo não forma um corpo legislativo ordenador de um universo separado do “ordenamento geral”, no sentido de que os fins perseguidos pelo ordenamento administrativo não são editados em função simplesmente da satisfação dos interesses próprios da Administração, mas sim na busca da consecução dos interesses gerais.<sup>52</sup>

O argumento decisivo para essa conclusão reside no fato de o ordenamento jurídico, segundo os valores presentes na sociedade em dado momento histórico, poder optar pela repressão a determinada conduta, pela aplicação do ordenamento penal, ou pelo mero enquadramento como sanção administrativa. Nesse sentido a chamada lei italiana de despenalização, Lei n. 689, de 24 de novembro de 1981.<sup>53</sup>

A conclusão que aqui se chega não encontra óbice na ideia sedimentada na doutrina e na jurisprudência, da independência das instâncias penal e administrativa. Fruto ambas do mesmo poder estatal, têm idêntico substrato material. A distinção formal que as alimenta, no entanto, implica o reconhecimento da independência das instâncias e justifica a cominação cumulativa das sanções, sem a invocação do princípio *non bis in idem*, na medida que os regimes jurídicos regedores da matéria são diversos.

O sentido prático de reconhecer a identidade entre os ilícitos penais e administrativos é o de invocar, em matéria de ilícitos administrativos, os mesmos princípios de direito penal, na medida que falta ao direito

---

51 Nesse mesmo sentido, a lição de José Suay Rincón (*Sanciones administrativas*, cit., p. 81).

52 SUAY RINCÓN, José, *Sanciones administrativas*, cit., p. 79-81.

53 Nessa mesma linha a conclusão de Alejandro Nieto (*Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 153).

administrativo sancionatório uma maior sedimentação de seus princípios próprios. Nesse vácuo, os princípios de direito penal são invocados para superar o ranço historicamente autoritário que muitas vezes se encontra na Administração Pública.

De qualquer forma, mesmo reconhecendo-se a identidade do *jus puniendi* estatal, não se pode concluir pela mera importação sem maior critério dos princípios penais ao direito administrativo de caráter sancionatório, na medida que, embora essencialmente idênticos, ilícitos penais e administrativos estão submetidos a regimes jurídicos diversos<sup>54</sup>, como será analisado mais adiante.

*Em síntese, portanto, a segunda conclusão deste trabalho é a de reconhecer que existe um poder sancionatório de caráter geral, atribuído ao Estado, do qual se destacam como espécies as infrações à ordem penal, dando origem aos ilícitos penais, e as infrações à ordem administrativa, dando origem aos ilícitos administrativos.*

#### **4 O regime jurídico dos ilícitos administrativos.**

##### **A base principiológica da atuação sancionatória estatal**

Partindo do pressuposto de que os ilícitos descendem de um mesmo tronco comum oriundo do genérico direito de punir atribuído ao Estado, conclui-se que ilícitos administrativos e penais são regidos por uma base principiológica comum.

Não obstante constatada a mesma origem, é forçoso reconhecer que cada um dos ilícitos tem características próprias, que os distinguem, tornando necessária a particularização dos princípios aplicáveis a cada um.

Como afirma Alejandro Nieto, pode o ordenamento jurídico dar tratamento diverso a seres essencialmente iguais<sup>55</sup>. Na verdade, o direito não proíbe distinções entre os administrados. Proíbe apenas as distinções não compatíveis com o princípio da razoabilidade.

<sup>54</sup> Nesse sentido: NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 174-175; OLIVEIRA, Régis Fernandes de, *Infrações e sanções administrativas*, cit., p. 7; e OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito administrativo sancionador*, cit., p. 117.

<sup>55</sup> NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 151-153.

O melhor exemplo dessa situação é o caso dos funcionários públicos e dos empregados públicos. Essencialmente iguais, ambos prestam serviços à Administração, mas são, no entanto, diferenciados pelo ordenamento jurídico, que lhes atribui regimes jurídicos diferentes. Assegura-se ao funcionário público, detentor de cargo público, um conjunto de prerrogativas que não são reconhecidas aos empregados celetistas da Administração Pública, como, por exemplo, o direito à estabilidade.

Colocada a questão nesses termos, podem ser reconhecidos outros exemplos de situações em que, respeitados os pressupostos constitucionais do princípio da igualdade, constata-se que a legislação dá tratamento diverso a seres essencialmente iguais. Assim, *v.g.*, ainda que homens e mulheres sejam integrantes da espécie humana e, portanto, dotados de caracteres comuns, que os tornam essencialmente iguais, cada qual tem características próprias que os peculiarizam, fazendo com que seja possível ao ordenamento jurídico, a partir dessas desigualdades, atribuir a eles tratamento diverso. Em nosso país, por exemplo, homens e mulheres têm deveres e direitos diferentes em matéria de serviço militar e tempo de serviço para aposentadoria.

É de se reconhecer, pois, como plenamente aceitável que o direito preveja regimes jurídicos diversos para os ilícitos penais e administrativos, independentes da comum essência dos mesmos.

Neste ponto, invoque-se, uma vez mais, o voto vencedor do Ministro Celso de Mello, ao apontar que a identidade ontológica entre os ilícitos não invalida a possibilidade de distinta submissão da matéria a regimes jurídicos diversos (STF – MS n. 21.294-2/DF, Pleno, j. 23.10.1991, DJ, de 21.0.2001).

Decorre do exposto que não devem ser transplantados automaticamente os princípios de direito penal ao direito administrativo de caráter sancionatório. Nesse sentido, não só a já citada lição de Alejandro Nieto, como também as observações de Medina Osório<sup>56</sup> e Daniel Ferreira<sup>57</sup>, entre outros.

---

56 OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito administrativo sancionador*, cit., p. 134-135.

57 FERREIRA, Daniel, *Sanções administrativas*, cit., p. 86.

No lugar da simples e cômoda invocação da analogia para explicar a aplicação de princípios próprios do direito penal ao direito administrativo sancionatório, é necessário buscar regras próprias de um direito sancionatório de caráter geral, gênero do qual o direito penal e o direito administrativo de caráter punitivo são espécies.

Idêntico raciocínio leva Alejandro Nieto a afirmar que, embora na prática seja corrente a ideia de prevalência do direito penal sobre o direito administrativo sancionador, como ambos são manifestações iguais e paralelas de um direito punitivo comum, não é correto afirmar a prevalência dos princípios de direito penal sobre os de direito administrativo. Na visão do autor, a transposição normativa deve se dar nas duas direções, como um mecanismo de vasos comunicantes.<sup>58</sup>

Nesse sentido, como observa Alejandro Nieto, o Tribunal Constitucional e o Tribunal Supremo de Espanha têm decidido com frequência, já há algum tempo, que a aplicação dos preceitos penais ao direito administrativo sancionatório deve ser dar com matizes que considerem a estrutura diversa dos ordenamentos. Decidiu o Tribunal Supremo, por exemplo, que “a existência de princípios comuns a todo direito de caráter sancionador não pode significar o desconhecimento das singularidades concorrentes nos ilícitos tipificados nos distintos ordenamentos, porque não oferecem os mesmos problemas a maioria dos delitos compreendidos dentro do Código Penal em relação à maioria das infrações correspondentes ao chamado direito penal administrativo”.<sup>59</sup>

Dessa forma, ainda que se reconheça a existência de uma base principiológica comum decorrente da expressão do poder punitivo estatal, não se pode singelamente transplantar os princípios de direito penal e aplicá-los ao direito administrativo sancionador, sem que sejam consideradas as características próprias e peculiares de cada um desses ramos jurídicos.

Exemplo dessa diversidade de regime é que em matéria de direito administrativo não se dá aplicação ao princípio da tipicidade com os idênticos parâmetros aplicáveis ao direito penal.

---

58 NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 169.

59 *Ibidem*, p. 171.

Se para o direito penal tipicidade implica necessária e circunstanciada descrição da ação reputada ilícita, com expressa previsão da sanção a ela correspondente, no direito administrativo admite-se a definição genérica da conduta, mediante a adoção de conceitos jurídicos indeterminados, que tornam possível a avaliação discricionária da Administração acerca da caracterização do ilícito e de sua pena.

Tanto assim que Alejandro Nieto afirma não ter dúvida de que os princípios de direito penal não são aplicáveis ao direito administrativo sancionador de maneira automática, mas sim com “matizes”, de forma a adaptá-los a outra realidade. Dessa forma, os preceitos invocáveis – legalidade, reserva de lei, tipicidade, culpabilidade e *non bis in idem* – têm um alcance diferenciado quando transplantados para o direito administrativo<sup>60</sup>. A importação das regras penais se faz no limite necessário para preservação de valores essenciais, existindo mesmo princípios gerais que apenas ao direito penal são aplicáveis.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a necessidade de temperamentos na invocação subsidiária do direito penal ao direito administrativo disciplinar. Lê-se no voto do Ministro Rodrigues Alckmin:

“(...) outro postulado assente na doutrina é a independência do direito administrativo e do seu ramo disciplinar. Por mais pontos de contato que se apontem, entre o direito penal e o direito disciplinar, as diferenças serão tais e tantas, pela natureza jurídica das penas e em razão das pessoas e órgãos estatais envolvidos, que sempre faltará aquela semelhança e razão suficiente, necessárias para a aplicação da analogia *legis* ou mesmo da analogia *juris*, antes de um exame em profundidade de cada questão omissa que com a analogia se queira recorrer. Caio Tácito foi, nesse sentido, muito claro: ‘Não colhe invocar, a esse respeito, a sistemática penal, que obedece a outros pressupostos e obedece a bens jurídicos diversos. A autonomia do direito disciplinar é tema pacífico em matéria administrativa, não se conformando, em seus delineamentos essenciais, aos ditames

---

60 NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 173-174.

da responsabilidade penal' (Pena disciplinar, *Revista de Direito Administrativo*, n. 45, p. 482).<sup>61</sup>

O Superior Tribunal de Justiça igualmente decidiu que o fato de o “direito administrativo integrar o chamado direito público não dá ensejo a uma incursão tão profunda como ocorre na seara penal. Afinal, a principiologia de um não se confunde com a do outro”.<sup>62</sup>

Também o Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu que “o processo disciplinar foi concebido em benefício exclusivo da ordem e da regularidade do serviço público, em benefício exclusivo do interesse público, por força do que à sua regularidade não se exige os rigores do processo criminal” (TJSP – MS n. 73.264-0/7/SP, Órgão Especial, rel. Des. Dante Busana, j. 18.10.2000).

Nessa linha, o mesmo Tribunal já deixou assentado que “o procedimento administrativo disciplinar visa, precipuamente, a atender ao interesse maior do Poder Público que deve contar com funcionários aptos, capazes e moralmente idôneos a qualquer juízo depreciativo” (TJSP – Órgão Especial, MS n. 82.959-0/6-SP, rel. Des. Menezes Gomes, j. 12.12.2001).

O certo é que direito administrativo e direito penal têm campos próprios de ação que justificam a existência de diferenças normativas entre eles.

Se o direito administrativo de caráter sancionatório tem seu campo de incidência delimitado pelo próprio direito administrativo, refletindo ofensa a bens jurídicos que de alguma forma digam respeito ao exercício da função administrativa, o direito penal destina-se a proteger valores de grau superior, tutelando bens jurídicos fundamentais, como vida, integridade física e mental, honra, liberdade, patrimônio, costumes, paz pública, etc.<sup>63</sup>

A ofensa ao exercício da função administrativa pode ser direta ou indireta. Há ofensa direta, por exemplo, na falta disciplinar cometida

61 STF – RE n. 78.949/SP, 1ª Turma, rel. Min. Rodrigues Alckmin, j. 23.05.1975.

62 STJ – MS n. 7.347, rel. Min. Gilson Dipp, j. 13.11.2002, *DJ*, de 25.08.2003.

63 MIRABETE, Júlio. *Manual de direito penal*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1991. v. 1, p. 23.

pelo servidor público, ou no inadimplemento contratual do prestador de serviço à Administração. Pode-se falar em ofensa indireta quando, *v.g.*, o cidadão transgrida posturas urbanísticas, na medida que a ofensa, nessa hipótese, atinge precipuamente os interesses difusos da comunidade tutelados pelas normas administrativas.

As infrações à lei penal são mais acentuadamente gravosas à ordem social, razão pela qual são, em geral, apenadas com severidade maior, levando, em extremo, à cominação de penas privativas da liberdade.

Em consequência desse maior rigor punitivo, o direito penal se caracteriza por voltar-se com acentuado destaque para os direitos do acusado, enquanto o direito administrativo sancionador, embora igualmente salvaguarde as garantias individuais, destina-se primordialmente a proteger e fomentar os interesses gerais e coletivos.<sup>64</sup>

O direito administrativo de caráter sancionatório não persegue a prevenção ou a repressão da delinquência, mas a proteção da ordem e disciplina necessárias para o correto exercício das funções administrativas e por isso não integra o exercício da jurisdição criminal propriamente dita.<sup>65</sup>

Não se pode deixar de reconhecer, como é óbvio, que existem princípios que, pela sua relevância, têm aplicação extensa e simultânea tanto ao direito penal quanto ao direito administrativo, como os princípios da legalidade e do contraditório. Dada a dimensão deste estudo, os esforços seguintes serão centrados no princípio da legalidade.

*Portanto, a terceira conclusão deste trabalho é a de que não é correto falar em aplicação analógica dos princípios de direito penal ao direito administrativo sancionatório. O que existe é uma base principiológica comum, da qual se destacam princípios setoriais específicos a cada uma das esferas punitivas.*

---

64 Nesse sentido a observação de Alejandro Nieto (*Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 22-23).

65 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*, cit., p. 32, que se apoia na doutrina de Julio Comadira.

## 5 O princípio da legalidade e da tipicidade nos ilícitos administrativos

O texto constitucional prevê o princípio da legalidade como um dos pilares da atuação da Administração Pública (art. 37, *caput*). Diz-se que a atuação da Administração Pública em um Estado de Direito está essencialmente marcada pelas regras fixadas pelo ordenamento jurídico. A Administração está sujeita a vinculação positiva à lei, podendo fazer apenas aquilo que o ordenamento jurídico admitir.

Pode-se falar em princípio da legalidade e princípio da reserva legal, com significado diverso. Legalidade assume contexto mais amplo de regência da atuação administrativa pelo conjunto normativo que compõe o direito. O atuar administrativo é marcado pela lei em sentido formal, emanada do Poder Legislativo, e pelas demais formas de expressão do direito, o que inclui os princípios jurídicos e demais atos normativos de caráter infralegal, como os regulamentos. Por “reserva de lei” entende-se a estrita observância à lei formal (votada pelo parlamento), ou aos atos normativos que tenham a mesma força de lei (medidas provisórias e leis delegadas).

A reserva absoluta de lei na hipótese em estudo conduz à necessidade de que o texto legislativo descreva suficientemente a conduta ilícita, determinando a sanção respectiva. A mera exigência de “cobertura legal”, expressão utilizada por Ramón Parada, torna admissível que um regulamento de aplicação desenvolva a matéria, sendo necessária, apenas, uma descrição legal genérica das condutas sancionáveis e das classes de penas aplicáveis.<sup>66</sup>

No direito penal, o princípio da legalidade significa a necessidade de que a conduta punida esteja antecipadamente prevista no ordenamento jurídico como ensejadora de uma pena também predeterminada, na medida que não há crime nem pena sem lei prévia (art. 5º, inc. XXIX, da CF: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”).

Em matéria penal, não há dúvida de que a lei prevista no texto constitucional é a lei formal, oriunda do Poder Legislativo. Não podem

---

66 PARADA, Ramón. *Derecho administrativo*. 12. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000. v. 1, p. 504.



atos infralegais prever tipos penais ou criar sanções. Mesmo a edição de medidas provisórias em matéria penal é vedada pelo nosso ordenamento jurídico (art. 62, § 1º, I, “b”, da CF).

No campo penal, em consequência, prevalece o princípio da legalidade estrita.

A questão que se põe é se na repressão aos ilícitos administrativos impera o princípio da reserva legal, a restringir a discricionariedade administrativa, ou se o fundamento autorizador da ação repressiva pode ser buscado mais livremente no ordenamento jurídico em sentido amplo.

A resposta não é simples, comporta divergência de opiniões e exige o cuidadoso exame do papel do regulamento em matéria sancionatória.

Esse ponto ganha maior relevância, ademais, no contexto das agências reguladoras e sua atividade normativa, na medida que se discute se os próprios regulamentos das concessões e/ou os atos normativos por elas editados podem fixar ilícitos e sanções.

Anote-se que a Lei n. 8.987/95 é extremamente lacunosa em matéria sancionatória. Limita-se a reconhecer ao poder concedente atribuições de fiscalização e sanção, sem delimitar os tipos sancionatórios. As leis de criação das agências igualmente pouco têm disciplinado o tema.

As sanções da Lei n. 8.666/93 podem ser subsidiariamente invocadas, mas suas especificações são flagrantemente insuficientes para normatizar a complexa situação decorrente da prestação de serviços públicos por concessionárias e permissionárias.

Seria suficiente, então, a mera e lacunosa atribuição de competência sancionatória ao poder concedente pela Lei n. 8.987/95, deixando-se ao edital e contrato da concessão, bem como aos atos normativos das agências reguladoras o poder de disciplinar a matéria? Essa questão será enfrentada a partir do estudo da deslegalização e da remissão normativa.

Por ora, basta reafirmar a necessidade de as sanções administrativas contratuais terem fundamento em lei formal, observadas, no entanto, as peculiaridades próprias do regime administrativo aplicável às relações especiais de sujeição.

A matéria tem estreita conexão com o princípio da tipicidade.

No campo penal, o princípio da tipicidade implica a descrição da conduta delituosa com a indicação da pena respectiva.

Igual ideia permeia o sentido de tipicidade no direito administrativo. García de Enterría e Ramón Fernández se referem à tipicidade como a descrição legal de uma conduta específica que ensejará a cominação de uma sanção administrativa<sup>67</sup>. O fundamento da exigência de tipicidade das condutas passíveis de apenamento, para os mesmos autores, assenta-se em duplo alicerce: de um lado, o princípio geral de liberdade, que informa o Estado de Direito e a segurança jurídica, a exigir que os cidadãos possam saber a extensão de suas condutas.<sup>68</sup>

Alejandro Nieto refere-se a um “mandato de tipificação”, em que estão presentes as condições de previsão e certeza da norma, na medida que se exige que a conduta apenada esteja expressa em norma legal e que essa previsão seja precisa (no sentido de evitar formulações genéricas de ilicitude).<sup>69</sup>

Em matéria sancionatória, a dinâmica da vida administrativa impede a rigorosa e precisa descrição das condutas infracionais em tipos administrativos exatos e detalhados. Fala-se, assim, na tipicidade aberta dos ilícitos administrativos. Os estatutos de servidores lançam mão de um elenco de deveres a serem observados, ensejadores, em caso de transgressão, de penalidades genericamente apontadas pela lei. Assim, fala-se em procedimento irregular de natureza grave, em ineficiência no serviço ou insubordinação grave, na Lei estadual n. 10.261, de 28 de outubro de 1968 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo) ou em incontinência pública e insubordinação grave, na Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (Estatuto dos Funcionários Públicos Federais).

Em matéria contratual, igualmente grassa a tipicidade aberta, prevendo a Lei n. 8.666/93, de maneira genérica e imprecisa, que o inadimplemento contratual enseja a cominação das penas elencadas.

---

67 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, cit., v. 2, p. 172.

68 *Ibidem*, p. 172.

69 NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 200.

A Lei de Concessões, Lei n. 8.987/1995, em seu já destacado laconismo, remete o poder sancionatório do concedente às “penalidades regulamentares e contratuais” (art. 29, inc. II).

Alejandro Nieto, discorrendo sobre a experiência espanhola em matéria de sanções administrativas, relata a técnica de a lei genericamente tipificar como infração a violação a normas regulamentares, fórmula que satisfaz às exigências do Estado de Direito.<sup>70</sup>

O campo deixado à discricionariedade administrativa na valoração das condutas gravosas é grande, ainda que, por óbvio, sujeito ao controle judicial e à observância dos princípios regedores da atuação administrativa.

Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari contestam a tipicidade aberta, por entenderem que sua concepção afronta as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa.<sup>71</sup>

Também Marçal Justen Filho tem sido crítico severo dessa tipicidade aberta, apontando-lhe a inconstitucionalidade, por violação do princípio do devido processo legal substantivo<sup>72</sup>, em posicionamento que não tem sido acolhido pelos nossos tribunais que, embora sem enfrentar diretamente essa questão, têm reputado válidas as sanções aplicadas pelo Poder Público com base nessa sistemática.

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, em voto do Ministro Sepúlveda Pertence, embora reafirme a subordinação da infração disciplinar ao princípio da reserva legal, aponta que “o que se tem tolerado aí, ao contrário do que prega, com relação aos crimes, a melhor doutrina penal, são tipos mais abertos, sempre legais, todavia” (STF – MS n. 21.294-2, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 23.10.1991, *DJ*, de 21.09.2001).

---

70 NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 201.

71 FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson de Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 155.

72 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 582-584. Sobre a associação entre devido processo substantivo e violação do princípio da reserva legal estrita e do princípio da “tipicidade total” em matéria penal, destaque-se o estudo de Carlos Roberto de Siqueira Castro (*O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 95-100).

A inexistência da apontada inconstitucionalidade na tipicidade aberta reservada especialmente às relações especiais de sujeição se justifica justamente pela matização dos princípios penais, quando aplicados em matéria administrativa.

No direito espanhol, Ramón Parada afirma que esse entendimento que admite o recurso ao regulamento em matéria sancionatória administrativa para complementação dos ilícitos administrativos é a tônica, tendo o Tribunal Constitucional daquele país afastado a pretensão de reconhecimento da inconstitucionalidade dessa prática<sup>73</sup>. Assim, por exemplo, o Tribunal Constitucional de Espanha decidiu que “não vulnera a exigência de *lex certa* a regulação de ilícitos mediante conceitos jurídicos indeterminados, sempre que sua concreção seja razoavelmente factível em virtude de critérios lógicos, técnicos ou de experiência que permitam prever, com suficiente segurança, a natureza e as características essenciais das condutas constitutivas da infração tipificada. Não vulnera essa mesma exigência a remissão que o preceito que tipifica as infrações faz a outras normas que imponham deveres ou obrigações concretas, que se tornam elemento definidor da infração sancionável, sempre que, com suficiente grau de certeza, a consequência punitiva derivada daquela transgressão esteja prevista”.<sup>74</sup>

Entre nós, Medina Osório reconhece a maior elasticidade dos tipos infracionais administrativos, em função da dinâmica própria que envolve a máquina do Estado, sujeita à velocidade das mudanças.<sup>75</sup>

Também Maria Sylvia Zanella Di Pietro refere-se a uma atipicidade dos ilícitos administrativos, ampliadora do grau de apreciação discricionária da falta pela Administração.<sup>76</sup>

O rigor da tipificação penal, se transplantado para a seara administrativa, implicaria ampla impunidade, porque muitas condutas disciplinarmente

73 PARADA, Ramón, *Derecho administrativo*, cit., v. 1, p. 504, referindo-se à sentença n. 42, de 7 de abril de 1987.

74 Sentença n. 219/89, de 21.12. 1989, *Boletim Oficial del Estado*, de 11.01.1990 (BOE n. 10), nossa tradução.

75 OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito administrativo sancionador*, cit., p. 205. No mesmo sentido: NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 201.

76 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, cit., p. 496.

relevantes, constatadas no dia a dia da Administração, não estariam formalmente descritas, em manifesto prejuízo ao interesse público e à justiça.<sup>77</sup>

Não se perca de vista, ademais, que no âmbito das relações especiais de sujeição, o princípio da tipicidade é matizado. Nas relações de subordinação específica, a vinculação do indivíduo ao Estado advém de um especial liame mantido, não decorrente exclusivamente da soberania do Estado. É o típico caso dos que mantêm contrato com o Estado. É por isso que Juan Cassagne, embora destaque seu entendimento de que não são cabíveis sanções implícitas, não tipificadas legalmente, reconhece que o contratado se encontra submetido a um estado de sujeição que implica a eventual submissão ao poder sancionatório do Estado. Assim, há sanções que se configuram nos regulamentos de execução de certos contratos administrativos, como é o caso das concessões de serviços públicos.<sup>78</sup>

Na verdade, como se tentará demonstrar no tópico seguinte, a tipicidade aberta, complementada pela atividade normativa da Administração Pública e pelos princípios a ela aplicáveis, notadamente os princípios da motivação, publicidade e razoabilidade, atende aos pressupostos do Estado de Direito, sem atentar contra o devido processo legal substantivo ou contra qualquer outro valor constitucional.

*Como quarta conclusão deste estudo, portanto, pode-se afirmar que as sanções administrativas devem ter fundamento em lei formal. A existência de uma tipicidade aberta dos ilícitos administrativos, possível no seio das relações especiais de sujeição, não caracteriza afronta aos princípios regedores da Administração Pública.*

## **6 A deslegalização e a remissão normativa no contexto da legislação de concessões de serviços públicos**

Em nosso ordenamento jurídico, como já ressaltado ao longo deste trabalho, poucas são as normas sancionatórias em matéria de concessão

---

<sup>77</sup> Nesse sentido a observação de Luis Vasconcelos Abreu, que aponta também sacrifício ao princípio da igualdade (*Para o estudo do procedimento disciplinar no direito administrativo português vigente: as relações com o processo penal*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 30). Em sentido contrário, insurgindo-se contra esse argumento: JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, cit., p. 584.

<sup>78</sup> CASSAGNE, Juan. *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. p. 85-86.

de serviços públicos sacramentadas em lei formal. A lei, na verdade, é lacônica, reservando amplo espaço para as normas infralegais, o que suscita discussões acerca do limite da atuação regulamentar.

Deixou a Lei n. 8.987/1995 de tipificar as condutas puníveis e apontar-lhes as respectivas sanções, limitando-se a reconhecer poderes sancionatórios ao concedente e fazendo referência a “penalidades regulamentares e contratuais”.

A Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995, ao estabelecer normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos nada dispõe sobre esse aspecto específico.

Como se sabe, se em matéria penal, a competência legislativa privativa é da União (art. 22, inc. I, da CF); em matéria de ilícitos administrativos, cada esfera da Federação, em nome de sua autonomia administrativa, tem competência para legislar a respeito, editando a legislação correspondente. Em consequência, cada esfera da Federação, para os serviços a respeito dos quais detém a titularidade, tem competência para reger a matéria.

Assim, o fundamento legal para a atividade sancionatória da Administração Pública deve ser buscado na legislação específica que regula um determinado serviço público, observada a competência legislativa própria de cada esfera federativa.

No Estado de São Paulo, existe uma lei geral dispendo sobre a concessão e permissão dos serviços estaduais, Lei n. 7.835, de 8 de maio de 1992, que igualmente é lacônica em matéria sancionatória, prevendo no artigo 21, na mesma linha da legislação federal, que “a inexecução total ou parcial do contrato acarretará a aplicação das sanções contratuais ou a declaração de caducidade, com rescisão unilateral do contrato”, operando-se, assim, a similar remissão a “sanções contratuais”. Observe-se, no entanto, que a legislação estadual paulista remete o aplicador do Direito às penalidades “legais e contratuais” (art. 15, inc. XI, da Lei n. 7.835/92), não incorrendo na mesma fórmula adotada pelo legislador federal, que se refere à aplicação de “penalidades regulamentares e contratuais” (art. 29, inc. II, da Lei n. 8.987/95).

Essa peculiaridade da legislação federal incita à discussão da consequência jurídica da aparentemente pretendida deslegalização da matéria sancionatória.

Para isso, impõe-se o exame dos conceitos de deslegalização e de remissão normativa, para que se possa bem compreender a técnica utilizada pelo legislador nacional na matéria.

## 6.1 A deslegalização

A prevalência da lei nas sociedades democráticas é ideia sedimentada na consciência jurídica. A noção de que o princípio democrático estará bem preservado se o comando normativo emanar da atuação formal do Poder Legislativo, integrado por representantes eleitos pelo povo para essa função predominante, é um dos pilares da sociedade democrática.

No período do Estado Liberal, a ideia prevalecente era de submissão da Administração Pública à lei emanada do Poder Legislativo. O Estado Social de Direito, desprendendo-se da sujeição exclusiva à lei formal, insere a noção de que a vinculação da Administração Pública se dá à integralidade do direito, o que abrange, além da lei formal, todo o conjunto normativo que o integra. Nesse contexto, porque se reconheceu a necessidade de valorização do conceito de justiça como integrante necessário do direito, ganha destaque a vinculação aos princípios informativos do ordenamento jurídico<sup>79</sup>. Nessa linha, Manoel Gonçalves Ferreira Filho fala em primazia do justo sobre os comandos legislativos.<sup>80</sup>

Assumem relevância, então, os atos normativos de caráter infralegal, cuja observância se impõe como decorrência da submissão ao direito, fazendo surgir a discussão sobre as relações entre lei e regulamento.

García de Enterría distingue três espécies de integração entre lei e regulamento: a delegação receptícia (que seria equivalente à lei delegada

---

<sup>79</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discrecionariade administrativa na Constituição de 1988*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 20-65; e Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.) *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 38-49.

<sup>80</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 11.

prevista no art. 68 da CF brasileira), a remissão normativa e a deslegalização.<sup>81</sup>

Deslegalização, na lição de García de Enterría e Ramón Fernández, é uma técnica por meio da qual um texto legislativo, sem entrar na regulação material de um tema até então regulado por lei, autoriza que a matéria passe a ser regida por normas emanadas da própria Administração.<sup>82</sup>

A lei nova opera tão somente para “rebaixar” o nível da matéria então tratada por lei formal, permitindo que regulamentos passem a regular o tema. A lei deslegalizadora não tem, em si, nenhum comando regedor da matéria objeto da deslegalização, não sendo, portanto, lei de regulação material.<sup>83</sup>

Esse fenômeno da deslegalização tem sido utilizado para explicar e legitimar o processo por meio do qual se tem atribuído às agências reguladoras criadas no direito brasileiro poder normativo. Nesse sentido as lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>84</sup> e Alexandre Santos de Aragão<sup>85</sup>, dentre outros.

Os defensores da deslegalização no direito brasileiro entendem que esse é um fenômeno expressamente previsto na Constituição nacional que, pelas Emendas Constitucionais ns. 8, de 15 de agosto de 1995, e 9, de 9 de novembro de 1995, previram a criação de órgãos reguladores autônomos nos setores de telecomunicações e petróleo. Moreira Neto vai mais longe, no entanto, ao admitir a deslegalização pela própria lei, na medida que não encontra vedação para tanto no texto constitucional.<sup>86</sup>

81 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1998. p. 173-225; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, cit., v. 1, p. 246-247. Entre nós, no mesmo sentido, a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 162-167).

82 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, cit., v. 1, p. 269.

83 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Legislación delegada, potestad reglamentaria e controle judicial*, cit., p. 221.

84 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Mutações do direito administrativo*, cit., p. 170-173; e *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 170-177.

85 ARAGÃO, Alexandre Santos de, *Agências reguladoras*, cit., p. 418-425.

86 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Mutações do direito administrativo*, cit., p. 171-172. No mesmo sentido: ARAGÃO, Alexandre Santos de, *Agências reguladoras*, cit., p. 422.



Não obstante a respeitabilidade das opiniões assim externadas, o problema que se põe, como ressaltado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é justamente que esse processo carece, no direito brasileiro, de fundamento constitucional<sup>87</sup>. Essa também é a opinião de Marçal Justen Filho, que demonstra, ademais, que no próprio direito italiano, em que a ideia de *delegificazione* tem raízes, a noção é severamente criticada, por não ter fundamento na Constituição<sup>88</sup>. Se a Constituição atribui ao Poder Legislativo a competência para reger determinada matéria, não pode ele simplesmente delegar referida competência, sem ao menos exercê-la minimamente.

A questão de fundo que se põe aqui é a indelegabilidade de poderes, preceito que, ao lado das cláusulas de independência e harmonia e inacumulabilidade de funções de poderes distintos, informa o princípio da separação de poderes.

Embora o texto constitucional de 1988 tenha suprimido a referência expressa à cláusula de indelegabilidade, o entendimento que tem prevalecido na doutrina é de que esse princípio é inerente ao nosso sistema jurídico, razão pela qual sua prevalência subsiste à falta de referência expressa a ele. Nesse sentido, pondera Luís Roberto Barroso que a indelegabilidade é regra implícita que decorre dos princípios da separação de poderes, da representação política, da supremacia da Constituição e do devido processo legal<sup>89</sup>. Também José Afonso da Silva observa que a regra expressa da não delegação de poderes existente nas Constituições anteriores é desnecessária, porque decorre de outras normas constitucionais, como a que estabelece incompatibilidades quanto ao exercício de funções dos poderes (art. 54 da CF).<sup>90</sup>

A regra é a separação de poderes, admitindo-se sua derrogação apenas por expressa previsão constitucional.

---

87 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade, in *Direito regulatório: temas polêmicos*, cit., p. 53-54.

88 JUSTEN FILHO, Marçal, *O direito das agências reguladoras independentes*, cit., p. 495 e 497-498.

89 BARROSO, Luís Roberto. Disposições constitucionais transitórias, delegações legislativas e poder regulamentar. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 24, n. 96, p. 74, out./dez. 1990.

90 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 115.

No entanto, as necessidades impostas pelo Estado Intervencionista fizeram com que a Suprema Corte Americana passasse a admitir um espaço normativo a ser preenchido pelo Executivo, a partir da imposição de padrões mínimos delimitadores da matéria pelo texto legal. Surge, assim, a ideia dos *standards* fixados pelo Legislativo por meio de lei, que trariam a normatividade básica da matéria, o núcleo fundamental de caráter indelegável, a partir do qual o Executivo, no exercício de sua função de execução da lei, poderia traçar disciplinamento próprio. A inexistência desses padrões mínimos conduz à invalidade da delegação.<sup>91</sup>

Anna Cândida da Cunha Ferraz, embora ressalve a posição doutrinária majoritária acerca da subsistência do princípio da indelegabilidade de funções de um poder ao outro, pondera que a realidade recomenda um novo olhar sobre a questão, sendo aceitável uma visão mais maleável à adoção da delegação, justamente a partir da importação da teoria dos *standards* jurídicos<sup>92</sup>. Também Luís Roberto Barroso parece admitir que é possível que doutrina e jurisprudência aceitem a ideia dos *standards*, legitimando as delegações legislativas nesses limites.<sup>93</sup>

Essa maior maleabilidade na interpretação do princípio da separação de poderes conduz ao estudo da remissão normativa, mas não aproveita à ideia de deslegalização.

Ademais, em matéria sancionatória, a questão da deslegalização encontra um óbice reconhecido pelos próprios defensores da técnica polêmica: a existência de “limites ao poder constitucional de deslegalizar”<sup>94</sup>, na medida que se entende que existe um campo próprio e reservado à lei, sobre o qual o avanço do poder normativo da Administração não pode afastar a regulação legislativa.<sup>95</sup>

91 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Do processo legislativo*, cit., p. 161-162.

92 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 48-50.

93 BARROSO, Luís Roberto, Disposições constitucionais transitórias, delegações legislativas e poder regulamentar, cit., p. 74.

94 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Direito regulatório*, cit., p. 172.

95 Nesse sentido também o exposto reconhecimento de: ARAGÃO, Alexandre Santos de, *Agências reguladoras*, cit., p. 420.

A reserva de um campo ligado à propriedade e à liberdade, a ser minimamente assentado sobre bases legais, é ideia com marcantes raízes no Estado de Direito. O princípio da legalidade penal, estendido aos ilícitos administrativos, como visto ao longo do presente estudo, é conceito de incontestável aceitação doutrinária e jurisprudencial.

Decorre de todo o exposto que em matéria sancionatória, mesmo os mais ardorosos defensores do poder normativo das agências reguladoras reconhecem a impropriedade da adoção da técnica deslegalizadora.

## 6.2 A remissão normativa

Afastada, nos termos expostos no item anterior, a deslegalização em matéria sancionatória, passa-se ao estudo da remissão normativa.

Por remissão normativa entende-se, na lição de García de Enterría, a circunstância de uma lei, ao regular determinada matéria, expressamente remeter a uma normatização posterior, elaborada pela Administração, determinados pontos que complementarão o comando legal.<sup>96</sup>

A distinção entre deslegalização e remissão normativa está no comando da lei que remete à atividade normativa da Administração. Enquanto na deslegalização a lei deslegalizadora limita-se a invocar o regulamento, sem traçar comandos mínimos acerca da matéria deslegalizada, a lei de remissão normativa fixa pontos a serem explicitados e desenvolvidos pelo regulamento.

García de Enterría e Ramón Fernández exemplificam a remissão normativa no direito espanhol justamente com o decreto editado em matéria sancionatória. Entendeu-se na Espanha que a reserva de lei em matéria sancionatória prevista na Constituição não deveria ser interpretada com excessivo rigor formal, admitindo-se que, por meio do regulamento, seja diminuída a margem de discricionariedade administrativa deixada pela lei.<sup>97</sup>

---

96 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Legislación delegada, potestad reglamentaria e controle judicial*, cit., p. 197.

97 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, cit., v. 1, p. 265.

Reafirmam os autores, no entanto, a necessidade de a sanção ter lastro em lei formal. Com fundamento em jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, reconhecem que a atuação complementar dos regulamentos em matéria administrativa sancionatória é uma das matizações que o tema sofre em relação ao direito penal. Não é admissível assim, para os autores, que o regulamento tipifique condutas sancionáveis ou crie sanções sem cobertura legal. Não se admite também cláusula de deslegalização ou de remissão inespecífica, na medida que o regulamento pode vir apenas a complementar a lei, não a substituí-la.<sup>98</sup>

Nieto, embora reitere a ideia de reserva legal em matéria de sancionamento administrativo, admite a colaboração do regulamento nesse campo, ressaltando, no entanto, seu caráter subordinado e complementar. Para o autor, o conceito de reserva legal nessa seara tem duas fases: primeiro a lei desenvolve parcialmente a matéria e remete o tema ao regulamento; depois este, recebendo a remissão, completa o regime legal e desenvolve seu conteúdo nos termos das instruções expressas recebidas.<sup>99</sup>

Em suma, se a ideia de ser a Administração regida pelo princípio da legalidade uma realidade sem contestações, é necessário medir em matéria sancionatória a extensão desse princípio. Sabe-se que a aplicação do princípio da legalidade em tema de sancionamento administrativo significa que apenas a lei poderá determinar os ilícitos passíveis de apenamento, fixando a sanção correspondente. O ponto central dessa ideia, no entanto, está em saber qual o grau de detalhamento que se exige da norma legal, isto é, qual o grau de especificidade que essa previsão legal deve conter. Nesse ponto, calcado na amplitude dada ao princípio da legalidade, afirma-se que é possível que em matéria de sancionamento administrativo, marcado por uma especial relação de sujeição do contratado ao Estado, a norma legal enuncie genericamente um comportamento a ser sancionado, deixando ao edital, ao contrato e aos atos normativos editados pela Administração em sua atividade de regulação

98 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, cit., v. 2, p. 171.

99 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Legislación delegada, potestad reglamentaria e controle judicial*, cit., p. 258-260.

o poder de detalhar os comportamentos ilícitos e de apontar a sanção correspondente, dentro do rol previamente estabelecido pela lei.

As disposições da Lei n. 8.987/95 em matéria de sanções devem ser reconhecidas como hipótese de remissão normativa.

Como visto, a Lei n. 8.987/95, ao reger as concessões e permissões de serviços públicos no direito brasileiro, refere-se às penalidades regulamentares e contratuais, sem tipificar condutas ilícitas e sem arrolar as sanções correlatas. Poder-se-ia questionar se, ao assim proceder, teria a lei violado o princípio da legalidade e tipicidade penal, o que implicaria o reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

Destaque-se ainda que a Lei n. 8.987/95 não se limita a remeter o intérprete às normas regulamentares, mas o envia também às normas contratuais, o que parece indicar um rebaixamento ainda maior do grau normativo da norma regedora da matéria, ao admitir que a descrição das condutas apenáveis seja feita com mais riqueza de detalhes pelo próprio regimento interno da licitação, expresso na elaboração do edital do certame.

Por óbvio que essa previsão legal não pode ser tida como autorizadora de que o edital crie sanções ou descreva ilícitos sem qualquer fundamento em norma legal prévia. Admitir-se essa hipótese seria admitir a deslegalização em favor do edital e do contrato, em flagrante violação ao princípio da legalidade.

O acordo de vontades decorrente da relação contratual não legitima qualquer exegese que pretenda ver uma submissão voluntária do contratado ao crivo sancionatório, à semelhança do que ocorre com a cláusula penal nos contratos civis. No direito administrativo, a relação contratual está marcada pela posição de supremacia própria da Administração, que atua como traço caracterizador do ajuste, ditado pelas cláusulas exorbitantes de acentuado contorno legal.

Tanto assim que Edmir Netto de Araújo destaca no contexto do contrato administrativo a verticalização da posição do Estado em relação ao particular contratante, “deixando claro que a Administração, ao contratar, não abdica de sua *puissance publique*, mas, ao contrário, dirige o contrato, fiscalizando os atos do contratante particular, aplicando-lhe

penalidades, concedendo-lhe benefícios, determinando-lhe procedimentos, enfim, impondo-lhe sujeições com fundamento no interesse público”.<sup>100</sup>

Assim, embora o contrato administrativo caracterize situação de sujeição especial do contratado em relação ao Poder Público, a que se submete livremente o particular, essa circunstância não caracteriza uma pactuação das condições contratuais como consequência de um acordo de vontades, mas apenas uma adesão aos termos do ajuste administrativo.

Em matéria de concessões de serviço público, o artigo 124 da Lei n. 8.666/93 dispõe aplicarem-se “às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto”. Destarte, à míngua de disposição legal específica que normatize a situação concreta, há que se invocar as normas dos artigos 86 e seguintes da Lei de Licitações, observando-se as peculiaridades próprias de sua aplicação aos contratos de concessão.

Decorre do exposto que em matéria sancionatória cabe ao intérprete verificar na lei específica regedora de determinado serviço público a existência de previsão sancionatória. No silêncio legal, dada a omissão da Lei n. 8.987/95, deve invocar as normas da Lei n. 8.666/93, no que se refere à genérica tipificação das condutas puníveis e às sanções aplicáveis, em conjunto com as normas regulamentares e contratuais específicas.

Por fim, anote-se que a figura da remissão normativa não se esgota no decreto regulamentar. O decreto regulamentar corresponde ao regulamento de execução, por meio do qual o chefe do Poder Executivo, com fundamento no artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal, detém competência privativa para regulamentar a fiel execução das leis. O poder regulamentar, nessa hipótese, está circunscrito ao presidente da República. A figura da remissão normativa ora invocada em matéria sancionatória, além de poder ser utilizada pelo chefe do Poder Executivo, no exercício

---

100 ARAÚJO, Edmir Netto de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 49-50.

da competência regulamentar que lhe é própria, pode ser também utilizada pelas agências reguladoras, ou por órgãos reguladores integrantes da estrutura do Poder Executivo, no exercício da competência normativa prevista em lei. Essa atividade normativa, no entanto, alerte-se, é subordinada à lei, sem poder de inovação na ordem jurídica. Sua fundamentação teórica pode ser explicada a partir dos regulamentos de organização, inerentes às relações especiais de sujeição, em que ao Poder Público se reconhece um poder de normatizar as situações em que se põem determinados sujeitos, submetidos a um vínculo jurídico próprio com o Estado, por força do poder geral de direção da Administração.<sup>101</sup>

*Como derradeira conclusão deste trabalho, portanto, pode-se assinalar que o legislador nacional, ao reger a cominação de sanções no âmbito das concessões de serviços públicos, tem utilizado a definição genérica dos ilícitos reprimidos, admitindo que por meio da remissão normativa, a discricionariedade do administrador seja limitada pela edição de regulamentos que detalhem condutas e fixem as sanções correspondentes, dentro do elenco legal. Assim, o regulamento, longe de criar direito novo, estará apenas reduzindo o âmbito da discricionariedade administrativa.*

## 7 Referências

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*. Coimbra: Almedina, 1987.

ABREU, Luís Vasconcelos. *Para o estudo do procedimento disciplinar no direito administrativo português vigente: as relações com o processo penal*. Coimbra: Almedina, 1993.

ALESSI, Renato. *Diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1949.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

---

101 ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 111-118.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

\_\_\_\_\_. *O ilícito administrativo e seu processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Disposições constitucionais transitórias, delegações legislativas e poder regulamentar. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 24, n. 96, p. 69-80, out./dez. 1990.

\_\_\_\_\_. Introdução: aspectos constitucionais. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 15-66.

BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. v. 1.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.) *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 27-60.



DIAS, Eduardo Rocha. *Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados*. São Paulo: Dialética, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1984. v. 7.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson de Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 5. ed. Madrid: Civitas, 1998. v. 1-2.

GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971. v. 2.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20. ed. alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

\_\_\_\_\_. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 5.

MARTINS, Alberto. Os princípios do processo sancionatório na Lei paulista 10.177/98. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ANDRÉS MUÑOZ, Guilherme (Orgs.). *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 167-186.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*: parte general. Tradução do original francês de Horácio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949. v. 1.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2002.

MIRABETE, Júlio. *Manual de direito penal*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1991. v. 1.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2000.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. A ANEEL e serviços de energia elétrica. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 329-351.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PARADA, Ramón. *Derecho administrativo*. 12. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SUAY RINCON, José. *Sanciones administrativas*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1989.

VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

ZANOBINI, Guido. Rapporti fra il diritto amministrativo e il diritto penale. In: \_\_\_\_\_. *Scritti vari di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 1955. p. 127-143.

\_\_\_\_\_. *Le sanzioni amministrative*. Torino: Fratelli Bocca, 1924.

