



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

Haryan Gonçalves Dias Júnior

**OS LIMITES ENTRE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E DIREITO
PENAL**

BRASÍLIA-DF

2025

Haryan Gonçalves Dias Júnior

**OS LIMITES ENTRE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E DIREITO
PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Othon de Azevedo Lopes

BRASÍLIA-DF

2025

Haryan Gonçalves Dias Júnior

**OS LIMITES ENTRE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E DIREITO
PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no dia 13 de fevereiro do ano de 2025.

Banca examinadora

Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes
Universidade de Brasília
Orientador

Prof. Dr. Mauro César Santiago Chaves
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)
Membro

Me. Pedro Aurélio Azevedo Lustosa
Universidade de Brasília (UnB)
Membro

Prof. Dr. Henrique Araújo Costa
Universidade de Brasília
Suplente

AGRADECIMENTOS

À Universidade de Brasília, seus professores e demais profissionais, nobre instituição que no coração do Brasil me proporcionou inigualáveis conhecimentos e a possibilidade de me especializar e me aprimorar profissionalmente e como pessoa.

À Universidade Federal do Rio de Janeiro e à Universidade Federal do Rio Grande do Norte, seus professores e demais profissionais, que foram responsáveis pelo início de minha jornada acadêmica.

Ao Grupo de Estudos em Teoria da Regulação da Universidade de Brasília e seus membros, que trouxeram para mim um contato maior com a área do Direito Administrativo, grandes doutrinadores e profissionais da área.

Ao Professor Othon de Azevedo Lopes, que tive eu o privilégio de ter como orientador para este escrito, que me indicou e manteve no caminho certo a seguir para que este fosse concluído.

À banca de avaliação pela disponibilidade em contribuir com o presente escrito.

Aos meus colegas e futuros colegas juristas, que me ajudaram ao longo de minha jornada.

A minha querida mãe, Glaecir, e meu querido pai, Haryan, que me proporcionaram tudo para que essas oportunidades fossem possíveis e que tanto trabalharam por mim, são grandes fontes de inspiração para o sucesso, responsáveis por tudo de bom que sou hoje como pessoa graças às suas lições e amor.

A minha querida irmã Alyssa, que desde que nasceu esteve ao meu lado proporcionando inúmeras alegrias e uma amizade inigualável.

Ao meu avô Ary, a minha avó Vida *in memoriam*, a minha avó Glaci, e aos meus tios Jaldir, Joca e tia Sid, que sempre me proporcionaram muita felicidade e carinho e também foram responsáveis pela pessoa que sou hoje.

Aos meus grandes amigos Isaque, Daniel, Ilha, Murilo, Gaby, Ana, Fernando, e todos os outros grandes amigos que desde a época do Ensino Fundamental até o Ensino Médio, me proporcionaram grande felicidade por estarem ao meu lado enquanto crescia como pessoa.

A minha querida gata de três cores, Cookie, que esteve ao meu lado enquanto fazia este escrito.

“É uma experiência eterna a de que todo homem
que tem poder tende a abusar dele;
ele vai até onde encontra limites.”

Montesquieu

“As prerrogativas da administração não podem ser vistas
ou denominadas como poderes ou como poderes-deveres.
Antes se qualificam e melhor se designam como deveres-poderes”

Celso Antônio Bandeira de Mello

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo a análise dos limites e as relações que existem entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal, utilizando-se o método da revisão bibliográfica, e sua consequente análise teórica. Dessa maneira, buscou-se delimitar e concluir sobre quais são as diferenças mais essenciais entre dois dos grandes ramos do Direito, ambos representantes do poder coercitivo estatal, de modo a se traçar com maior clareza suas fronteiras de modo a se permitir o melhor discernimento entre as duas áreas. Foi feito então, com esse objetivo em mente, uma série de conclusões lógicas expostas pela bibliografia utilizada que permitiram sublimar e esclarecer o que se busca, de modo a se concluir pela existência de uma série de elementos que podem ser usados para se traçarem tais limites e diferenciações. Se concluindo que estes elementos são relacionados ao objetivo de cada um dentro do Ordenamento Jurídico e da sociedade, com como cada um se relaciona com a Legalidade, e, de maneira condicionada, com a autoridade constituída para cada um.

Palavras-chave: Legalidade, administração, função, delegação.

ABSTRACT

This work aims to analyze the limits and relationships that exist between Sanctioning Administrative Law and Criminal Law, using the bibliographic review method, and its consequent theoretical analysis. By this way, we sought to delimit and conclude what are the most essential differences between two of the great branches of Law, both representatives of state coercive power, in order to draw their borders with greater clarity in order to allow better discernment between both areas. It was then made, with this objective in mind, a series of logical conclusions exposed by the bibliography used that allowed sublimating and clarifying what was sought, in order to conclude that there is a series of elements that can be used to draw such limits and differentiations. Concluding that these elements are related to the objective of each one within the Legal System and the society, with how each one relates to Legality, and, in a conditioned way, with the authority constituted for each one.

Keywords: Legality, administration, function, delegation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	1
2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E A DIFERENCIAÇÃO FINALÍSTICA ENTRE O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E O DIREITO PENAL	3
2.1 DIFERENÇA DE FINALÍSTICA E DE FUNÇÃO SOCIAL.....	6
2.2 IMPLICAÇÕES	9
3 O INTERESSE PÚBLICO COMO O LEGITIMADOR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	11
3.1 OS FINS DO ESTADO COMO OS FINS DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	11
3.2 PROBLEMÁTICA COMO MEIO DE DIFERENCIAÇÃO ENTRE AS ÁREAS.....	13
4 A LEGALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E NO DIREITO PENAL	16
4.1 A CONSOLIDAÇÃO DA DIVERGÊNCIA CONFORME CADA ÁREA SE DESENVOLVIA.....	18
4.2 A DIFERENÇA NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	22
5 O ASPECTO SUBJETIVO NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	24
5.1 A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA COMO O ELEMENTO SUBJETIVO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	24
5.2 DOS LIMITES DO USO DO ELEMENTO SUBJETIVO COMO DELIMITADOR	26
5.3 PROTEÇÕES CONSTITUCIONAIS E O ELEMENTO SUBJETIVO NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	28
6 DA DIFERENÇA DE APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO ELEMENTO DIFERENCIAL DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	33
6.1 REFLEXOS EM OUTROS PRINCÍPIOS	35
CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS	42

1 INTRODUÇÃO

A ciência do Direito surgiu de maneira gradual, após um longo processo histórico de constituição e evolução, que terminaria por culminar em sua forma moderna, extensa, bastante complexa, e que, além de baseada em parâmetros e disposições objetivas e definidas junto a uma série de princípios guias, precisou teoricamente fracionar-se em diversos ramos, cada um com suas próprias subdivisões especializadas internas. Isso ocorreu porque existe uma grande diversidade de relações sobre as quais o Direito e cada uma de suas áreas se debruça, sendo elas praticamente impossíveis de serem definidas por apenas uma área do conhecimento unificada, ou única, em uma sociedade. Com, praticamente quaisquer relações formais e informais entre indivíduos, instituições, organizações, e o Estado que evoluiu junto a estas sociedades humanas, podendo ser de uma forma ou outra abarcadas como relações jurídicas, e, portanto, podendo ser teoricamente abordadas pelo Direito.

Essas categorias se tornaram uma necessidade, assim, de modo a definir e separar cada seara do Direito, de modo a permitir ao seu operador e aos juristas se especializarem e se debruçarem sobre as questões que se apresentam. As duas grandes áreas do Direito Civil e do Direito Penal, e suas respectivas áreas processuais, por exemplos notórios, tratam de assuntos e questões bastante diferentes, possuindo uma série de divergências principiológicas, de organização, de *modus operandi* e de objetivos a serem atingidos. Ainda assim, ambas continuam sendo partes essenciais do mesmo Ordenamento Jurídico em que se inserem.

Entretanto, ao mesmo tempo em que essas subdivisões são compreensíveis, são frequentemente arbitrárias, com limites pouco objetivos, “fronteiras” mal delimitadas ou facilmente confundíveis, com mais de uma área possuindo características pontuais de mais de outra, de modo que frequentemente ocorrem disputas doutrinárias e de aplicação do Direito relacionadas a esses conflitos. Em verdade, isso, entretanto, não torna esses limites descartáveis, e muito menos diminui a importância de áreas do Direito que são essenciais para a estruturação de uma sociedade organizada. Isso é o que, frequentemente, ocorre com o chamado Direito Administrativo, responsável pela organização da própria autoridade estatal, organizar a relação entre o indivíduo e organizações com esta, e ordenar a execução do dever desta de atender e proteger interesse público, devido a este possuir uma subdivisão responsável pela aplicação de sanções administrativas.

Assim, tem-se o chamado Direito Administrativo Sancionador, que, junto com o Direito Penal, são duas áreas do ordenamento jurídico que possuem, apesar de suas diferenças estruturais e objetivos específicos, a semelhança de se ocuparem da imposição de sanções a

condutas que, de alguma forma, perturbam a ordem social, porém, apresentam peculiaridades quanto aos sujeitos envolvidos, à natureza das infrações e às consequências jurídicas que delas decorrem. As duas áreas possuem, assim, diferenças estruturais e objetivos específicos, e uma relação teoricamente complexa no cenário doutrinário jurídico contemporâneo.

O estudo dessas diferenças é fundamental para compreender as fronteiras entre essas duas esferas normativas e as implicações que surgem ao tratar de infrações que envolvem tanto aspectos administrativos quanto penais.

A intersecção e as relações existentes entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal causaram consideráveis polêmicas entre doutrinadores, e levantam importantes discussões sobre a natureza das infrações que envolvem condutas que podem, ou por um ou por outro, ou simultaneamente, serem enquadradas por dispositivos jurídicos que pertençam a seus universos. Esse fenômeno gera um campo fértil para o debate sobre os limites entre essas duas esferas. Além disso, as implicações sobre o devido processo legal e a legalidade das sanções aplicadas são questões de fundamental relevância quando se analisam as relações entre essas duas esferas jurídicas.

A problemática dos limites e das relações entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal, portanto, se coloca como um tema de grande relevância para o entendimento da atuação do Estado na repressão de condutas socialmente indesejáveis. A necessidade de equilibrar a atuação administrativa com a judicial, respeitando garantias constitucionais e os direitos fundamentais, enquanto se busca a efetividade das sanções, é uma questão que atravessa o debate jurídico atual, assim como até que ponto as duas grandes áreas se inserem dentro do mesmo ordenamento jurídico e axiológico.

Assim, este trabalho se propõe a fazer uma análise, com base em diversos elementos essenciais dessas duas grandes áreas da ciência do Direito, a analisar seus pontos de divergência e de convergência, com o objetivo de evidenciar e delimitar critérios que ajudem a tornar possível determinar e diferenciar as duas áreas, ao mesmo tempo em que se relevando suas semelhanças e de serem duas partes de um mesmo todo que é o Ordenamento Jurídico completo. Foi feita uma revisão bibliográfica sobre o tema utilizando por base a literatura produzida por diversos autores, assim como sobre seus pontos de vista, de modo a se possibilitar o proposto, por meio de ponderações teóricas que isto evidencie.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E A DIFERENCIAÇÃO FINALÍSTICA ENTRE O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E O DIREITO PENAL

A sociedade moderna com toda sua complexa rede de relações interpessoais e estruturais não surgiu de maneira espontânea, ou pronta por mera osmose da convivência entre seus membros, tendo sido possibilitada por uma série de elementos institucionais e sociais que foram sendo forjados através dos séculos pelos quais a civilização humana passou. Desde o início da História, as sociedades humanas consideraram que certos comportamentos e práticas são lesivos à convivência comunitária e aos indivíduos nela inseridos, com certas ações sendo quase que universalmente repudiadas e reprimidas nas mais diversas civilizações que surgiram na face da Terra.

Assim, pode-se dizer que desde o início da História, a sociedade criou comportamentos tipificados como “crimes” e com “penas” prescritas, seja de maneira totalmente informal ou formal e oficialmente organizados sobre a estrutura coercitiva ou burocrática de algum ente com o poder de agir como tal, que se consolidaria com o tempo na forma do Estado, que viria a assumir a posição de o grande ordenador da sociedade, após ter que repartir esse poder com outros entes durante muito tempo (tais como, no Ocidente medieval, a Igreja Católica e os senhores feudais locais). Conforme o Estado moderno foi tomando seus contornos e formatos, a aplicação dessas sanções e a tipificação dessas condutas tomaram limites e configurações mais delineados, com o Direito moderno possuindo como um de seus grandes ramos o chamado Direito Penal.

Uma definição simples de Direito Penal que pode ser adotada é de que este consiste como sendo “o conjunto de normas jurídicas mediante as quais o Estado proíbe determinadas ações ou omissões, sob ameaça de pena” (FRAGOSO, 2003, p.4), de modo a se reprimirem as condutas socialmente tipificadas como criminosas por serem consideradas, como explicadas, socialmente lesivas, com esta grande área do conhecimento jurídico tendo evoluído junto às sociedades humanas em termos de complexidade e civilidade. Segundo Miguel Reale (2013), o Direito Penal é um meio de controle social necessário por ter como finalidade principal a proteção de bens jurídicos essenciais, como a vida, a liberdade, o patrimônio, e outros direitos fundamentais. A necessidade de proteção desses bens em conjunto com o poder de fato exercido pelo Estado portador do monopólio da força legitimada antes a sociedade cria, dessa maneira, um poder- dever de punir e reprimir as condutas que ferem esses bens jurídicos.

Paralelamente, as sociedades humanas sempre souberam reconhecer, por mera obviedade, que certas atividades e comportamentos são socialmente necessários e benéficos,

como as que se relacionam com a produção e ao comércio de bens e serviços demandados, contudo então sendo necessário que isto fosse feito de determinada maneira de modo que os resultados positivos se realizassem por completo, não fossem acompanhados por consequências colaterais negativas, e de que, além disso, não se lesassem os demais. Desse modo, a execução de atividades socialmente desejáveis e essenciais sempre esteve cercada, obviamente, da ideia de que existem métodos, parâmetros e boas práticas que devem ser seguidos e observados, de modo a que a sociedade permaneça funcional.

Entretanto, a evolução social e a sua complexificação com o tempo naturalmente passaria a demandar também a complexificação da autoridade e de seu exercício. Não mais apenas a vontade quase que discricionária do soberano e de seus delegados poderia ser a responsável por ordenar e preservar a ordem social, e o próprio tamanho dessas sociedades demandava que esses delegados fossem muitos e precisassem operar por diretrizes e regulamentos claros, comandados e organizados por um grande sistema. Assim, em paralelo com a evolução do Estado moderno que traria consigo o Direito Constitucional limitando e delineando a sua organização e os seus poderes, surgiu o Direito Administrativo. Esse ramo do Direito tem por grande função a organização prática do próprio Estado e de seus órgãos internos que compõem a Administração Pública, além de regular também, em grande parte, a relação entre a pessoa (seja um indivíduo, ou uma pessoa ficta convencionada como as pessoas jurídicas do ordenamento pátrio) e esse Estado, de modo que seja possível a este exercer sua autoridade com eficiência e eficácia real, conseguir e administrar seus recursos, e atender a seus próprios fins maiores, e, de acordo com o paradigma moderno que o legitima, seus “representados”, o povo. Pode ser definido como, dessa maneira, sendo o “conjunto de normas e princípios que, visando sempre ao interesse público, regem as relações jurídicas entre pessoas e órgãos do Estado e entre este e as coletividades a que devem servir” (CARVALHO FILHO, 2017. p. 9).

Pode-se dizer que, desde que houve um Estado, o que pode ser considerado, como já explicado, desde o início da história, houve uma “administração” pública de uma forma ou outra, e, portanto, um ramo do Ordenamento Jurídico que a reja e ordene em paralelo a seu grau de desenvolvimento institucional e civilizatório, de tal modo a possibilitar o exercício de suas funções.

A Revolução traria para a França a ideia de uma carta constitucional, que deveria se irradiar sobre o resto do Ordenamento Jurídico (embora, sua absolutidade e supremacia seriam ideias que se desenvolveriam apenas posteriormente), com essa evolução teórica trazendo a princípio uma limitação dos poderes estatais por meio da constitucionalização do Direito (ARAGÃO, 2013, p. 2).

Embora, essa evolução foi a princípio teórica apenas, com o Direito Administrativo francês tendo por principal função consolidar a autoridade no âmbito do Estado revolucionário que se desenvolvia, e que demandava a supressão pela força dos que se opunham, e fazer valer a vontade estatal (BINENBOJM, 2008, p.01), com a ideia de proteção do cidadão em relação à própria autoridade sendo desconsiderada diante das necessidades do novo soberano, que dessa vez não possuía a face de um único monarca.

As sociedades modernas também chegaram a novos patamares de evolução econômica e social. Em apenas alguns séculos, usando essas menções de maneira ilustrativa, foi a raça humana do arado puxado por bois e barcos a vela para foguetes espaciais e reatores nucleares, em alguns milênios a humanidade passou de pequenas sociedades vivendo para agricultura de subsistência e outras atividades de baixa complexidade para uma civilização tecnológica e industrial que cobre todo o globo em uma rede incomensurável de relações econômicas, políticas e sociais.

A economia que se apresenta então, desde há muito tempo, depende de atividades complexas e que dependem de grande quantidade e deslocamento de recursos, que podem gerar potenciais consequências desastrosas em caso de alguma falha ou erro em suas atividades, assim como novas possibilidades para ações malignas por parte de indivíduos e organizações. Ademais, as sociedades, conforme o modelo democrático de governança passou a se espalhar junto com os novos paradigmas que definiram e atrelaram os Estados pelo mundo, passou-se a demandar que as autoridades passassem a evitar que atividades essencialmente desejáveis, isto é, atividades econômicas produtivas recompensadoras socialmente demandadas, fossem observadas e reguladas em escala muito maior que antes, pois a nova realidade não mais permitia que normas consuetudinárias, normais penais generalistas, ou a mera boa-vontade e honestidade individual fossem suficientes para se evitarem consequências maléficas maiores. Ou seja, isso permitiu que as consequências negativas de uma atividade desejável fossem mitigadas e que eventos não desejáveis fossem impedidos de acontecer com uma maior eficácia que passou a ser, inclusive, necessária.

Os exemplos disso são incontáveis, desde os diversos acidentes industriais que, desde o começo da 1ª Revolução Industrial no século XVIII até a atualidade, fizeram com que governos criassem legislações, regulações e entidades reguladoras sobre as mais diversas atividades nesse setor, junto com regulações sobre os próprios produtos que saem dessas atividades, sobre seu comércio. Da mesma forma, ocorreu isso com outros setores da economia como o primário e o terciário, pois a agricultura moderna assim como as atividades industriais também envolve o uso de meios que podem afetar o ambiente e a sociedade, e os

serviços consistem no atendimento a incontáveis necessidades sociais que podem vir a criar as mais diversas situações negativas indesejadas em caso de erro ou malícia.

Foi conforme o Século XX avançou que o Direito Administrativo foi-se avolumando e abarcando em si contornos mais amplos. Conforme explica Othon (2018), tal evolução e avanço do sistema econômico mostrou uma força tão tremenda sobre as sociedades humanas em que este se desenvolveu ao ponto que passaram a haver uma série de demandas sociais no sentido de limitá-lo, o condicionando de modo a o harmonizar com a realidade da vida. Relações antes tidas como exclusivamente privadas, como as de trabalho, por exemplo, devido às características exploratórias que desenvolveram, foram levadas para a esfera pública, e para a política. Até aquele momento, vigorava a ideia de um Estado liberal que deveria abster-se de interferir em tais relações, devendo apenas guardar os acordos entre os cidadãos e preservar a ordem sem ferir os direitos de seus cidadãos, com a ideia de “liberdade” sendo no sentido da não interferência estatal.

Com esse paradigma sendo superado, e o Estado Social surgindo com o objetivo de controlar as consequências da industrialização que continuava a se espalhar e acelerar rapidamente. As novas realidades e possibilidades materiais fariam com que Estado continuasse a receber novas demandas de modo a proporcionar maior segurança e qualidade de vida para os membros de determinada sociedade, de modo a abranger diversas esferas de convivência e relações sociais, com o Estado de Bem-Estar Social ascendendo, principalmente, na Europa no pós-2ª Guerra Mundial, em um momento em que as sociedades buscavam maior segurança, paz e prosperidade após tal grande trauma civilizacional.

A ascensão do Estado Social e do Estado de Bem-Estar Social criou a necessidade de se criarem novos elementos jurídicos que os possibilitassem, com então o ramo administrativista do Direito crescendo de modo a conseguir regular, ordenar e manter uma série de novos elementos que antes eram alheios a ele.

2.1 DIFERENÇA DE FINALÍSTICA E DE FUNÇÃO SOCIAL

Diferente do anteriormente mencionado Direito Penal, que se destina a reprimir atividades que em essência são socialmente repudiáveis e lesivas, o Direito Administrativo passou a ter por um de seus objetivos regular toda uma série de complexas atividades positivas, socialmente necessárias e benéficas de modo a preservá-las como tal, por meio da mitigação das consequências negativas colaterais, e da prevenção das fatalidades potencialmente associadas a essas atividades, devendo o Direito Administrativo Sancionador

focar na criação de incentivos para que a conduta dos cidadãos seja conformada a busca de comportamentos socialmente desejáveis, em atenção ao interesse público em cada caso (VORONOFF, 2018, p. 218). Dessa forma, garante-se que as atividades necessárias sejam exercidas e concretizadas de modo a atender uma série de fins sociais, estabelecendo a harmonia entre os processos produtivos de uma sociedade e maximizando o bem-estar de seus membros.

Devido a ter por característica essencial reger sobre determinados temas e assuntos, o Direito Administrativo, assim como os demais grandes ramos da área jurídica, possui diferenças que o tornam significativamente distinto dos demais. Ele preservou sua função basilar de regular e ordenar a própria Administração Pública, esta que é o braço do Estado para a execução de seus fins, e que se avolumou conforme mais demandas recebeu a autoridade pública, enquanto também se expandiu muito a sua abrangência sobre as relações entre o Estado e os indivíduos e agentes privados. Ainda assim, continua estando inserido em um mesmo paradigma principiológico e axiológico uno com os demais ramos do Direito, sendo legitimado por ser parte de um Ordenamento Jurídico maior com fins sociais definidos de maneira implícita, ou explícita (constitucionalmente previstos), o Direito Administrativo acaba por ter contato com todos os demais. Nenhuma das grandes áreas do Direito existe blindada e selada uma da outra, estando o Direito Administrativo sempre associado ao exercício da autoridade em si, caracterizando que a função administrativa de regulação sobre atividades socialmente desejáveis, da mesma maneira, acaba por ter contato com outras grandes áreas do Direito.

Portanto, percebe-se que a regulação sobre os agentes privados que desempenham essas atividades obviamente não pode depender apenas da boa-vontade e da consciência destes, com a autoridade, imbuída do poder legitimado do Estado para isto, tendo assim emergido a necessidade social para a criação de um Direito Administrativo Sancionador.

A definição do Direito Administrativo Sancionador pode ser resumida brevemente como sendo a parte de tal seara que regula as sanções, e sua respectiva aplicação, que a Administração Pública pode impor sobre indivíduos e entidades que infrinjam certas normas ou regulamentos administrativos. Trata-se então da possibilidade de se invocar a imposição de penalidades, como multas, suspensão de atividades, apreensão de bens, interdição de serviços, entre outras medidas, em resposta a condutas que violam normas estabelecidas pelo poder público com finalidades de regular uma atividade socialmente benéfica e desejável de modo a mitigar seus efeitos negativos colaterais, prevenir acidentes, dentre outras situações indesejáveis, e garantir que os fins maiores do próprio Ordenamento Jurídico sejam atingidos.

Verifica-se que o Direito Administrativo Sancionador assim tem a função essencial de ser o meio coercitivo do Direito Administrativo, a ser usado quando meios menos coercitivos e baseados na educação, senso comum, boa-vontade e consenso não mais bastam e funcionam. Pode-se, então, dizer que é uma ferramenta essencial para a garantia dos interesses coletivos e a própria saúde econômica e social que o Direito como um todo almeja proteger com o grande Ordenamento Jurídico organizado. As sanções no Direito Administrativo Sancionador podem ser aplicadas em diversas áreas, como fiscalização ambiental, defesa do consumidor, normas de trânsito, entre outras. Para que a sanção seja válida, é necessário observar princípios diversos, como a proporcionalidade e a legalidade das infrações e penalidades.

O Direito Administrativo Sancionador, entretanto, ao mesmo tempo em que também exercendo uma função baseada no uso do poder coercitivo por parte do Estado, ainda assim não é parte da seara penalista, ainda que se interligue com ela devido a esta sua essência. O Direito Penal é usado para situações em que não restam alternativas, após um determinado fato criminoso tipificado ter ocorrido, diferente do Administrativo Sancionador que se baseia, embora também em reprimir condutas já em curso, em fazer cessar atividades danosas ou que criem risco de modo a reduzirem-se os riscos associados à determinada atividade, ou a prevenir ou mitigar maiores danos. Possuindo uma função muito mais preventiva, focada para o futuro, do que para o passado. Isso criou uma situação de discussões e discordâncias entre juristas, em que se buscou separar as duas searas e as reclassificarem, de modo a preservar a essência do Direito Penal como *ultima ratio* focado em reprimir condutas essencialmente lesivas e a do Direito Administrativo Sancionador como focado em reprimir condutas lesivas, ou potencialmente lesivas, em atividades socialmente benéficas e necessárias.

A fim de preservar o Direito Penal como *ultima ratio* no exercício do poder punitivo do Estado, Winfried Hassemer propôs o Direito de Intervenção que, fora do âmbito do Direito Penal, passaria a tratar dos problemas da sociedade moderna relacionados aos danos coletivos e difusos, buscando meios mais eficientes para a responsabilização dos que deram causa esses eventos danosos (FÉO, 2021, p. 4).

O Direito Administrativo Sancionador assim está na posição em que, ao mesmo tempo de também ser parte do poder punitivo do Estado, tem uma função social diferente, assim como rege sobre uma série de condutas diferentes, onde a atividade benéfica sendo desenvolvida deve ser preservada enquanto se eliminam os efeitos negativos, os efeitos colaterais, ou os abusos, *et cetera*, ao invés de inteiramente destruída, portanto, tendo um alcance diferente.

2.2 IMPLICAÇÕES

Assim, traça-se uma diferenciação elementar material entre a seara administrativista sancionadora e a penal, em que sua função é mais de “separar o joio do trigo” que de reprimir condutas totalmente negativas. É sobre esse objetivo que se desenvolve todo ordenamento administrativista que atua sobre agentes privados e particulares desenvolvendo atividades econômicas ou outras atividades benéficas, assim como sobre a Administração Pública, devendo se garantir que não se aniquile o que está sendo executado ao mesmo tempo em que se eliminam as externalidades negativas e os riscos à coletividade.

Dessa forma, assim como o Direito Penal demanda uma série de garantias processuais e de métodos para se prevenir a tirania estatal e abusos e destruição de liberdades básicas de sujeitos de direitos, o Direito Administrativo Sancionador também demanda limites principiológicos e expressos de modo a que não apenas não se torne abusivo contra as liberdades e direitos de pessoas, como também de modo a que não destrua atividades socialmente necessárias e positivas. Assim, possuem as duas áreas em comum a necessidade de possuírem uma série de balizadores e moderadores que são parte essencial dos mesmos.

A discussão sobre a comunalidade destes entre as duas áreas, entretanto, é bastante longa e já desenvolvida, como há de ser visto.

Diante do exposto, nota-se que a área do Direito Administrativo, com seu braço sancionador, está em uma posição em que está essencialmente em contato com outras, mesmo que ainda tenha suas próprias características e identidade. Como explicado, o Direito Administrativo Sancionador é uma área que desempenha funções essenciais, sendo, consequentemente, de suma importância dentro do Ordenamento Jurídico, ainda que enfrente, justamente pelas características que o fazem diverso, uma série de dilemas. Segundo Alejandro Nieto (2005), o Direito Administrativo Sancionador por muito tempo foi tratado como se fosse uma área de ninguém em específico, como se um limbo entre o resto do Direito Administrativo e do Direito Penal fosse ignorada e pouco desenvolvida pelos juristas dessas duas áreas por cada um considerar que era ela mais própria de ser analisada pelo outro. Com os administrativistas buscando apenas análises limitadas e a aplicação relacionada a leis setoriais específicas, sem buscarem a princípio uma sistematização ou teoria geral para ser usada como base, e os penalistas buscando a separação do Direito Administrativo Sancionador da esfera criminal, por meio de observações quanto às diferenças entre as classes de ilícitos e de regime jurídico aplicáveis em casos concretos.

Tal situação foi sendo elucidada conforme as doutrinas e a jurisprudência nacionais evoluíram. No entanto, com a natureza do Direito Administrativo Sancionador ainda permanecendo relativamente nebulosa, ou mesmo um campo de disputa como se uma fronteira contestada fosse.

As complexidades e as várias possíveis diferenças sobre os tipos de relações econômicas e sociais sobre as quais o Direito Administrativo Sancionador fazem com que esse ramo do Direito tenha desenvolvido características que podem ser associadas a ambas as áreas, como parte do Direito Administrativo, mas com uma função coercitiva.

Esse fato faz com que impere uma necessidade de analisar suas semelhanças e diferenças com a área do Direito Penal, destacar suas características próprias junto àquelas que são típicas da área a que pertence, qual seja o Direito Administrativo *lato sensu*, contextualizá-lo no Ordenamento Jurídico pátrio observando como está ele posicionado dentro da organização maior deste, tudo isso destacando a sua importância em proteger interesses sociais maiores e dar-lhe maior robustez ou corpulência teórica, e assim contribuir para seu desenvolvimento e melhor aplicação concreta.

No caso do Ordenamento Jurídico pátrio, essa é uma necessidade que se impera, pois, conforme coloca Rebecca Féo (2021) não há no Brasil uma sistematização específica, com diretrizes gerais, de regras aplicáveis para o Direito Administrativo Sancionador, havendo apenas uma grande diversidade de previsões em leis esparsas e normas específicas emitidas pelos órgãos e pessoas jurídicas de direito público dos diversos entes federativos. Ao mesmo tempo, a Constituição Federal de 1988 impõe uma série de proteções contra a arbitrariedade das autoridades que são associadas devido a seu conteúdo com o Direito Penal, mas que permeiam todo o Ordenamento Jurídico dada sua previsão constitucional.

3 O INTERESSE PÚBLICO COMO O LEGITIMADOR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Nota-se logo uma semelhança essencial então entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, junto a seu braço mais punitivo, o Sancionador. Como explica Enterría (2014 *apud* FÉO, 2021), essa ideia é amplamente reconhecida pela doutrina jurídica no exterior, principalmente nas nações europeias, onde se consolidou o entendimento de que os princípios que ordenam a seara penalista se aplicam com certos matizes sobre o Direito Administrativo Sancionador, pelo simples fato de ambos serem exercícios do poder ordenamento punitivo do Estado, parte do exercício de seu poder coercitivo e como manifestações da autoridade nela imbuída. Com assim, ambos trabalhando para a proteção de bens jurídicos relevantes. Os bens jurídicos em questão, entretanto, como mostra a mencionada origem do Direito Administrativo, são originados e definidos no contexto do próprio Estado.

3.1 OS FINS DO ESTADO COMO OS FINS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Considerando isso, deve-se reconhecer que o Estado Democrático de Direito, ou o que se chama de democracia liberal ou democracia ocidental, não foi a regra ao longo da história. Longe disso, este meio de organização do poder estatal foi um desenvolvimento recente que levou séculos para firmar-se com tal, e, como no caso francês, frequentemente precisando ele mesmo chegar por meios não consensuais em momentos de crise e revolução em que uma contra elite revolucionária insurgiu-se contra o *status quo ante*, e que encontrou frequentemente contrapontos de natureza autoritária ou mesmo totalitária.

Casos notórios como exemplos, os fascismos europeus que antecederam e levaram a 2ª Guerra Mundial, os sistemas comunistas que dominaram uma larga fatia do globo e da população mundial no Século XX, e, no caso latino-americano, as ditaduras de caráter militar que conseguiram manter-se por décadas no poder em alguns países. Em todos esses casos o Direito Penal foi instrumentalizado pelo regime para seus próprios fins repressivos e de controle, assim como o foi todo aparato administrativo do Estado e o Direito que o rege. Destacar isso não visa tentar diminuir a importância do Direito Administrativo como mero instrumento do Estado e negar seu papel essencial de defender o interesse público, mas relevar que para que este fim seja atingido uma série de requisitos de abertura social e política são necessários. E que, assim como o Direito Penal precisa ser balizado por certos limites que são essenciais a sua própria legitimidade em um sistema jurídico sobre um paradigma

democrático, o Direito Administrativo e seu braço sancionador também precisam estar devido a semelhança que ambos têm de serem exercícios do poder estatal com o fim de proteger tais bens jurídicos.

Considerando isso, nota-se, que o *status quo* político e social de um Estado moldam o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador que estão dentro de seu respectivo Ordenamento Jurídico.

Este breve histórico permite-nos observar um movimento pendular entre a criminalização de condutas pelo Direito Penal e pelo Direito Administrativo Sancionador, dependendo das opções políticas de determinada época, da conformação do Estado, mais ou menos intervencionista e também de motivos menos “nobres” para o Direito Penal, como sua instrumentalização, em termos de crise, para garantir o cumprimento de normas protetoras da ordem econômica. (OLIVEIRA, 2012, p. 91).

Assim, a relação entre os dois então é complementar, com ambos seguindo a mesma direção conforme são os fins da autoridade que os institui, mesmo quando ocorre de uma conduta ser tipificada e sancionada apenas por um deles. Essa possibilidade, por coexistir com condutas que são tipificadas e sancionadas pelos dois, além de algo esperado, demonstra que um possui função complementar ao outro ao focar cada um em determinado tipo de conduta não desejável, ao invés de serem áreas totalmente separadas e sem conexões.

Evidentemente, sendo estas partes do mesmo Ordenamento Jurídico, ambos encontram limites. Independentemente de, se as autoridades administrativas e criminais possuem poderes com balizas diferentes e atuam reprimindo condutas diversas, é o tipo de Ordenamento Jurídico em que estão que, primeiramente, há de impor até que ponto estas irão e sobre quais diretrizes, ou mesmo se estas de fato existem. Nas experiências autoritárias e totalitárias, ou mesmo nos períodos temporários de fechamento político devido a eventos como guerras e outras situações que levam a leis marciais e similares, a autoridade criminal e a administrativa, ambas possuem e recebem grandes poderes, ou mesmo *de facto* totais, com total discricionariedade sendo dada aos agentes públicos que servem ao Estado para que os fins deste sejam atingidos. O Direito Administrativo, tendo a função de mediar à relação entre a autoridade e o cidadão e agentes privados, sempre há de seguir os limites e direções desta própria.

Não se visa afirmar que uma estrutura administrativa grande (esta palavra em seu sentido literal) apenas é algo típico de Estados autoritários, algo que poderia ser erroneamente concluído por uma análise feita por sujeitos de ideias liberais mais ideológicas, mas que o *modus operandi* da administração pública e da autoridade administrativa encontra-se sempre dentro de paradigma maior que é o *status quo* do Estado. Um aparato administrativo grande,

como mostram os exemplos, norte-americano e dos países europeus, convive muito bem dentro de um Estado Democrático de Direito e sobre uma economia de livre-mercado típica exercendo as funções que lhe são delegadas pelas autoridades democraticamente constituídas e pelo sistema jurídico, porém estando subordinada a princípios axiológicos e proteções explícitas constitucionais e estatutárias com efetividade real.

Sobre um Estado Democrático de Direito, *la volonté du peuple* de fato consegue manifestar sua força nos rumos da administração, com políticas públicas precisando ser feitas se levando em conta uma série de balanços de poder e popularidade que não fazem diferença sobre regimes autocráticos, e sua aplicação se dando conforme um Ordenamento Jurídico cuja legislação escrita precisou ser feita e aprovada por representantes que naturalmente temem o possível desprezo de seu eleitorado.

Pois, já foi mencionado como a ampliação da influência sobre a sociedade do Direito Administrativo, e de seu braço sancionador em conjunto, foi um processo que foi consequência do processo de desenvolvimento econômico pelo qual passou boa parte do mundo no passado, em que as sociedades passaram a pedir a autoridade estatal que medidas fossem tomadas de modo a reequilibrar as relações sociais com as relações econômicas de produção que avançavam em complexidade, e que estavam a mudar profundamente a experiência de viver dessas sociedades, com diversas consequências desejadas e indesejadas que se estenderam sobre todo o mundo que existia anteriormente.

A realização dos direitos fundamentais exige não apenas um Estado de Direito caracterizado pela omissão em face da realidade socioeconômica. A evolução da Civilização impõe que esse Estado de Direito incorpore instrumentos de realização de valores essenciais – o que é indicado pela expressão Estado Social e Democrático de Direito. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 10)

O que se visa reforçar então é a noção de que para que isso seja possível de acontecer é que certos requisitos de abertura democrática, proteções fixas na forma de disposições constitucionais (ou princípios e disposições com a mesma força que estes, como no caso dos países do *Commonwealth* que usam sistemas de *common law* devido a herança britânica) e instituições inclusivas e transparentes são necessários. E que a análise sobre o Direito Administrativo e o Direito Penal deve não deixar de fora o contexto sócio-político que o originou ou formatou.

3.2 PROBLEMÁTICA COMO MEIO DE DIFERENCIAÇÃO ENTRE AS ÁREAS

Dada essa demonstração, nota-se então uma situação paradoxal. O Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador são ambas as manifestações da autoridade estatal, que

seguem a direção para a qual esta se dirige, com ambos possuindo balizas e limites, além de um plano de fundo político-jurídico-social em comum. Tendo isso como objetivo, o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador têm ou não as mesmas limitações? Como podemos diferenciar e limitar as duas áreas?

A resposta encontra-se na observação de suas diferenças, que permitem distinguir suas diferentes funções dentro do Ordenamento Jurídico, e as diferenças de princípios que os guiam, com mais clareza. Assim como, no caso brasileiro, como se dá a aplicação da delimitação entre eles nos casos concretos.

Inicialmente, ocorra destacar que seria um erro presumir que, pelo que foi exposto, o Direito Administrativo Sancionador poderia ser tido com um mero reflexo do Direito Penal no Direito Administrativo como se este fosse um espelho que não possuísse objetos próprios e apenas mostrasse sobre outros ângulos institutos das demais searas jurídicas. Não é o caso, sendo fato que o Direito Administrativo como um todo opera sobre um paradigma próprio, e já sendo incontestável sua existência própria entre a doutrina e os operadores do Direito. Assim, algo que está dentro da seara administrativista jamais poderá ser puramente uma sombra de algo que veio de outra.

A partir da premissa de que o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador constituem ramos com fonte comum: o poder de punir do Estado observa-se que se, por um lado, a transposição irrefletida das normas daquele ramo a este não é adequada por haver diferenças quanto à finalidade da punição; de outro, as garantias quanto à punição adequada e ao respeito dos direitos individuais é uma exigência do Estado de Direito, aplicável, portanto, em qualquer âmbito de ação punitiva estatal (FÉO, 2021, p.05).

A partir disso, torna-se necessário também definir quais são os bens jurídicos que o Direito Administrativo protege. Evidentemente, definir isso se trata de uma tarefa essencial para se entender qual a essência do objeto de análise do presente trabalho, pois se trata de analisar qual o fim último de tal grande seara do Direito. Já se mencionou qual é a área de atuação desta, o Direito Administrativo é aquele que estrutura e ordena a administração pública que é o “corpo” do próprio Estado e regula a ação e a relação deste com os particulares, com sendo, entretanto, isto diferente da definição do que este visa proteger e garantir como área, com isto sendo concluível a partir de se compreender de para qual objetivo isso é feito, para a quais fins o Direito Administrativo “serve”.

Considerando-se o exposto até aqui, conclui-se que o Direito Administrativo tem como bem jurídico a ser protegida a Administração Pública *per se*, isto é, a estruturação do serviço público, com está, servindo aos fins do Estado.

E o que são os fins do Estado? Como se explicou anteriormente, de maneira concreta, estes podem variar conforme são os fins da autoridade constituída. Porém, após séculos de evolução histórica e social das doutrinas jurídicas e sobre o atual paradigma axiológico do Direito e do Estado moderno, este foi definido como o interesse público.

Pois é apenas o interesse público que é capaz de atrelar toda a Administração Pública enquanto fim em si mesmo, de modo a justificar sua existência. Um interesse abstrato, que comporta inúmeros interesses concretos, de modo a tornar possível a coexistência ótima em sociedade de múltiplos indivíduos, organizações, etc., cada um com interesses próprios. Mesmo quando tal ideia não estava na posição central em que se encontra hoje, havia-se ainda que de maneira relativa a ideia que uma autoridade pública possuía a responsabilidade de zelar pelos que estão abaixo dele e preservar a funcionalidade da sociedade. No paradigma do Estado Moderno pós- Revolução Francesa, o interesse público é o objetivo maior do exercício da autoridade, e o bem jurídico que esta protege por sua própria essência.

Porém, se é o interesse público o que justifica todo exercício do poder de autoridade estatal, portanto conclui-se que este não é o bem jurídico apenas da seara administrativa e reguladora, mas do Direito moderno como um todo, com assim tanto o Direito Penal quanto o Direito Administrativo estando indiretamente atrelados a proteger este. Sendo, portanto, um essencial ponto de ligação entre estes.

4 A LEGALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E NO DIREITO PENAL

Além desse ponto de ligação, uma análise do processo de evolução teórica histórica do Direito pós-revolução francesa, e, portanto, da tradição continental europeia como todo, começa a revelar o processo de separação paradigmática entre a seara administrativista com a seara criminalista, que refletir-se-ia, portanto, no resto do mundo e principalmente nas nações que possuem sistema de *civil law*.

Por caminho diverso, e que também fez alcançar a promulgação de uma Carta Política (1791), a festejada Revolução Francesa, ocorrida em 1789, derrotou as tradições jurídicas do absolutismo e do *ancien régime* e materializou a filosofia política insculpida, notadamente, por John Locke e Montesquieu, que buscava a preservação da liberdade individual e a segurança do território. (...) A liberdade individual decorreria desse *nouveau régime*, essencialmente, do primado da lei geral e abstrata (GUERRA, 2023, p.58).

O chamado “Princípio da Legalidade” encontra-se hoje em posição central em todas as áreas de conhecimento com ligação ao Direito, além dele próprio, ainda nos que admitem maior discricionariedade por parte da autoridade, ainda mais nos países que seguem ou que herdaram e copiaram a tradição jurídica continental europeia que viria a se espalhar pela Europa e pelo mundo pelas botas dos exércitos napoleônicos e pela busca pela modernização de Estados fora do Ocidente. Sua origem foi uma consequência das ideias que motivaram e legitimaram a Revolução Francesa. Até aquele momento, a “lei” era a vontade e o arbítrio do soberano, legitimado por direito divino a exercer seu poder sobre toda uma sociedade, com demais limitações sendo meramente por forças axiológicas como costumes ou a religião, ou as limitações materiais que se apresentavam na época. Era esta a tradição jurídica do Estado Absolutista, que era a de ser a *longa manus* da vontade do soberano, apenas.

A ideia de limitação do poder por meio de uma carta constitucional já estava consolidada desde a Revolução Inglesa de 1642 até 1651, com, porém a Revolução Francesa de 1789 indo além. Após a derrota da tradição jurídica da era absolutista, o novo constitucionalismo francês buscava aplicar as ideias lockeanas, rousseauianas e montesquianas, e dentre estas a ideia de que a lei deveria ser a manifestação da vontade geral do povo por ser feita em assembleia eleita após os sufrágios.

Sob a premissa do “reino das leis” ou de que “o Direito tem de expressar-se precisamente por meio de leis”, a norma jurídica seria válida não por ser justa, mas, apenas, por haver sido posta por uma autoridade dotada de competência normativa. Desse modo, sustentava-se naquele importante momento histórico para a humanidade que todas as carências deveriam ser supridas pelo contido na lei, que a liberdade consistia no direito de fazer tudo que as leis permitiam (GUERRA, 2023, p.60).

Fica bastante óbvio que esse foi o momento de consolidação do que entraria para a tradição jurídica moderna como sendo o mencionado Princípio da Legalidade. O Estado agora possuía a função de ser o aplicador não mais da vontade do soberano, mas do povo em si mesmo, de tal modo que as normas jurídicas tem sua validade devido a terem sido postas pelos representantes destes. A justiça destas estaria garantida pela razão humana usada para a elaboração de tais leis por parte dos legisladores em determinado contexto.

A era da ascensão do Iluminismo e das revoluções que este motivou, foram, portanto, para o Direito, um tempo em que este tomaria boa parte de seus contornos modernos, assim como em que princípios que hoje são considerados como básicos foram afirmados. Uma das propostas mais buscadas pelas autoridades constituídas, e intelectuais e operadores do Direito, da época era a de se criar um sistema legal e jurídico objetivo e definido, com segurança jurídica absoluta, por meio da ideia de que isso seria possível por meio de normas explícitas a serem universalmente aplicadas. Assim, todas as decisões judiciais e todos os atos administrativos estariam cobertos de legitimidade devido à lei ser a expressão da vontade da nação e do povo, ao mesmo tempo em que seriam uniformes através de todo território de determinado Estado, com a mesma lei sendo aplicada igualmente, assim, a todos.

Ocorreu então uma refundação do Direito com o Princípio da Legalidade como um de seus paragões máximos, como se este bastasse para a certeza da preservação da liberdade frente à arbitrariedade (GUERRA, 2023, p.61).

A centralidade da lei para a autoridade e para o operador do Direito e os magistrados, hoje é uma noção comum em todo o mundo portador do *civil law*, mas que ainda estava na época em formação, e ainda sendo testada em como poderiam essas ideias ser aplicadas de maneira prática. Durante o próprio caos político pós-Revolução, seria difícil achar que se tratava de um regime com um pleno sistema legal funcional em vigor, ou mesmo que a arbitrariedade estatal havia sido afastada. Muito pelo contrário, por várias vezes a lei fundamental seria alterada, e estados de exceção seriam implementados. O “Reino do Terror” comandado pelos jacobinos, o Comitê de Salvação Pública como governo provisório, com seu líder Maximilien Robespierre (1758-1794), que levou milhares de pessoas para a morte na guilhotina e instaurou um clima de terror estatal para solidificar o novo regime que estavam a buscar, foi um perfeito exemplo da arbitrariedade de autoridades estatais em prática mesmo sobre um novo paradigma jurídico-social e axiológico.

Mesmo se considerando essas contradições, fato é que a partir deste novo paradigma, a Administração Pública passaria então a estar totalmente atrelada à lei, que apesar de partir da autoridade, não era mais a mera *longa manus* desta, e devendo agir e decidir com base

exclusiva no que estava legalmente previsto e não mais em decisões arbitrárias do soberano em pessoa. O Poder Executivo, portanto, seria como seu próprio nome indica um mero executor das decisões do legislador, com a delegação do poder de decisão sendo vedado (GUERRA, 2023, p.62). Desse modo, havia um protagonismo do Poder Legislativo, com a atuação do Estado tornando-se assim bastante limitada. Este apenas poderia definir as condutas a serem reprimidas, com assim a sociedade ficando no geral extremamente livre para firmar suas próprias relações, por meio da cooperação e concorrência praticamente ilimitadas de seus membros. Relações e atividades contratuais e econômicas, de forma geral, ficariam assim no geral fora do alcance da Administração Pública, salvo pontuais atuações legislativas que, por sua própria natureza, seriam generalistas, considerando a impossibilidade de o legislador prever as mais diversas situações específicas no âmbito de tais complexas ações.

Assim, havia apenas uma “fôrma” legal para a sociedade, com a intervenção estatal sendo extremamente limitada. Era este o paradigma do Estado Liberal.

4.1 A CONSOLIDAÇÃO DA DIVERGÊNCIA CONFORME CADA ÁREA SE DESENVOLVIA

O Princípio da Legalidade assumia assim uma centralidade absoluta no Estado Liberal, com qualquer autoridade delegada contando então com pouca discricionariedade ou autonomia para regular ou interferir em situações concretas, com a preservação das liberdades individuais e da segurança jurídica sendo o principal objetivo junto a proteção aos acordos interindividuais na esfera cível. O Direito Administrativo Sancionador, era praticamente inexistente ou bastante limitado e atuante apenas dentro da própria Administração Pública. O Estado não poderia ter uma ampla função regulatória sobre a ordem econômica e social, pois a lei positivada por si mesma apenas não seria capaz de prever e legitimar intervenções estatais específicas e setorializadas.

Como mencionado, a ideia de que o Estado segue a vontade popular é algo que precisa ser analisado sempre de maneira crítica de modo a não haver uma contaminação apologética do *status quo*, e que isso simplesmente se torna inválido quando se trata da análise de Estados autoritários e totalitários do passado e hodiernos. Mesmo assim, a análise do porquê passaria a partir do Estado Liberal e da divisão de rumos entre o Direito Penal, Processual Penal, e do Direito Administrativo e de seu braço sancionador, assim como a experiência ganha devido à exata ocorrência e derrocada dos regimes não democráticos, não excluindo as demandas das

sociedades que estavam a conviver com profundas transformações econômicas e rápidas mudanças de organização social e cultural.

O Direito Penal pós-Revolução Francesa não perderia seu condicionamento absoluto ao Princípio da Legalidade. Para deixar isso evidente, pode-se citar, por exemplo, o Código Penal pátrio que sacraliza em seu exato primeiro artigo que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1940). A ideia de que uma pena possa ser aplicada sem uma previsão legal pelo crime parece hoje algo simplesmente bárbaro, alienígena, não sem razão. O sangue derramado na Revolução Inglesa e da Revolução Francesa foi o preço cobrado para que essa ideia se consolidasse, sendo hoje tida como tão básica.

Porém, conforme o Século XX passou, a seara penalista passaria a receber reforços em suas barreiras axiológicas, o que a limitaria consideravelmente. Isso foi consequência das experiências autoritárias e totalitárias anteriormente mencionadas. Após incontáveis horrores terem sido feitos sobre longos mantos de legalidade formal e em suposta coerência com os ordenamentos jurídicos nacionais, e o quanto o aparato repressivo do Estado pode ser usado com fins extremamente malignos e anti-humanos, o Direito Penal passaria a ser visto com maiores desconfianças por parte da academia e dos operadores e doutrinadores da área jurídica e de demais ciências sociais.

O Princípio da Legalidade não perdeu importância para este, porém passou a não ser visto como suficiente por si mesma, e novos limites passariam a serem impostos aos processos e procedimentos penais e processuais penais ao redor do mundo democrático. A legislação penal passaria a ser iluminada por novos paradigmas principiológicos e axiológicos garantistas, estatutários e constitucionais dentro das nações, e supranacionais com os novos órgãos e tratados internacionais que surgiram e foram firmados, e a legalidade passaria a ser absoluta para o setor penalista.

A legislação penal passou a jamais poder se desviar do explicitamente previsto na lei positivada, não havendo espaço para grande discricionariedade e possibilidade de adaptativa por parte da autoridade executiva e judiciária, ainda que estes possam ter fins e resultados socialmente benéficos como possíveis, sobre o risco de permitir a arbitrariedade estatal que seria útil a potenciais governos autoritários, e a interpretação da lei passaria a ser condicionada de modo a se preservar, primariamente, os direitos e a suposição de inocência do réu. *In dubio pro reo* não é apenas um mero princípio de Direito Penal e Processual Penal modernos, mas um de seus pilares mais essenciais. Criou-se um *status quo* em que um dos próprios fins da área jurídica penalista, além da preservação dos bens jurídicos relevantes que

a área visa proteger, é o de preservar os direitos dos acusados contra abusos por parte das autoridades que representam e atuam para o, e em nome do Estado. De tal forma que a própria essência do Direito Penal foi alterada após os desenvolvimentos históricos e consequentemente teóricos do Século XX.

O Direito pátrio foi um receptáculo direto das ideias continentais europeias, assim como foi o Brasil parte dos ventos históricos que levaram aos mencionados desenvolvimentos. Enquanto a Europa foi dominada pelos fascismos, o Brasil estava sob o Estado Novo, de viés autoritário, liderado pelo ditador Getúlio Vargas. Ainda assim, teve seu governo um caráter bastante populista, de intervencionismo econômico, e de expansão da ação do Estado na economia e na providência de serviços sociais básicos, porém as garantias processuais aos acusados de crimes sendo suprimidas e negligenciadas. Anos depois, já no pós-2ª Guerra Mundial, o Brasil viveria a sua segunda ditadura no Século XX, que durou de 1964 até 1985, a Militar, que também iria ao mesmo sentido. Enquanto isso, teorias com forte viés garantista chegavam à academia brasileira e aos operadores e doutrinadores do Direito, havendo assim um forte contraste entre a evolução teórico-jurídica no resto do Ocidente de *civil law* e o contexto político-jurídico em vigor no Brasil. De tal maneira, passou haver forte demanda após a redemocratização e a Assembleia Nacional Constituinte de 1987 que criou a atual carta magna pátria para que passassem a haver fortes limitações a serem impostas sobre o exercício do *jus puniendi* estatal, com isso se firmando de maneira bastante forte dentro do desenvolvimento teórico e doutrinário dos juristas e operadores do Direito. Com isto tudo posto, nota-se que o Brasil foi bastante afetado não só por correntes de pensamento do exterior como também pelo seu próprio contexto e evolução histórica que com estas convergiram no que levariam para.

Necessário dizer, o mundo anglo-saxão, mesmo possuindo instituições jurídicas bastante diversas do resto do Ocidente devido a serem nações que herdaram o Império Britânico seu *common law*, também receberam tais influências, dentro de seus próprios contextos que levaram a revisão do campo de atuação e *modus operandi* do Direito Penal e Processual Penal, de tal modo que de maneira geral a direção foi a mesma que nos demais ordenamentos.

Tudo isso levou conforme decorreu a história da evolução doutrinária da área penal pelo mundo democrático (ou, ao menos, sobre influência das ideias deste) que esta viesse a divergir consideravelmente dos rumos que tomara o Direito Administrativo.

Como pode-se auferir, a evolução histórica do desenvolvimento do sistema econômico e dos métodos de produção massificados, assim como dos meios e da extensão das redes de

comércio mundiais, que evoluíram junto com as tecnologias envolvidas, levou a profundas disrupções entre os modos anteriores convencionais de vida assim como a profunda desigualdade entre as diversas partes de uma sociedade, com relações entre indivíduos e organizações mais hipossuficientes que outros sendo a mais absoluta regra, e ao aumento do potencial lesivo de práticas malignas, desonestas ou fraudulentas, e do potencial destrutivo de fatalidades e de resultados não desejados pelos agentes econômicos. Isso se intensificou com o tempo, e continua sendo um processo que ocorre aceleradamente conforme evoluem novos desenvolvimentos tecnológicos e de relações econômicas.

Assim, como explicado, a área jurídica administrativista e regulatória receberia estímulos por parte da sociedade para expandir-se, de tal modo a cobrir mais e mais setores, relações econômicas e sociais dentro das sociedades, e assim como para poder suportar o estamento burocrático para isso requerido. As demandas foram por parte tanto das sociedades, como já explicado, como mencionado, quanto das próprias autoridades. Não foram apenas demandas sociais em Estados democráticos já economicamente prósperos e consolidadas que ajudaram a expandir a área de influência do Direito Administrativo, mas também demandas por parte das próprias autoridades estatais em busca de modernização e desenvolvimento nacionais, reforço das forças produtivas e industriais, de exercício de poder militar e geopolítico para autoproteção e projeção de poder e influência, *et cetera*, que motivaram esse fenômeno de crescimento administrativo.

Novas teorias econômicas desenvolvimentistas e intervencionistas foram adotadas por diversos países em busca de rápida modernização e firmaram a função do Estado e da administração pública de ativamente estimular e ajudar setores inteiros de economias nacionais, e assim como de regular e controlar o comércio internacional para este fim. A rápida industrialização, modernização e elevação do padrão de vida e da produtividade de diversos países, como no caso da República da Coreia, da República Popular da China, *et cetera*, ainda que feita de maneira baseada em propriedade privada (ou, similar, divergindo da noção tradicional desta, como no caso chinês) e direitos de livres trocas, foi feita com base em massivas ações e investimentos estatais em estratégias de *catch up*, como explicou o economista sul-coreano Ha Joon Chang (2002). O próprio Brasil foi um exemplo notório disso, com o nacional-desenvolvimentismo tendo sido a principal ou uma das principais linhas de pensamento econômico por décadas em seguida, passando por períodos autoritários e democráticos.

Como pode-se notar, os fins da Administração Pública seguem os fins da autoridade, de tal modo que mesmo nos Estados (no passado ou atualmente) não democráticos, o

Direito Administrativo e seu braço sancionador se expandiram. Com esse fenômeno, assim, sendo praticamente regra, ainda que com variáveis motivações conforme o contexto apresentado em cada país. As demandas sobre o Direito Administrativo, portanto, cresceram quase que incessantemente.

Pode-se dizer que nem mesmo a ascensão da corrente de pensamento “neoliberal” acabou por reverter essa tendência. Ao contrário, a desestatização de setores estratégicos levou em diversos países a criação e a expansão dos poderes e competências de agências reguladoras, como no exemplo brasileiro isso sendo notável no governo de Fernando Henrique Cardoso de 1995 até 2013, com a criação da, por exemplo, Agência Nacional de Águas (ANA), Agência Nacional de Petróleo (ANP), Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), ou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), dentre outras. O mesmo ocorreu em outras nações, com, por exemplo, no Reino Unido as privatizações massivas do governo da primeira-ministra Margareth Thatcher de 1979 até 1990 criando a necessidade de expansão do setor regulatório, de tal modo que, não houve contradição entre o aumento da influência do mercado e da administração pública.

4.2 A DIFERENÇA NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Devido a essa enorme expansão e crescimento da atribuição de funções pelo qual passou o Direito Administrativo, incluso seu braço sancionador, o Princípio da Legalidade passou a ser necessariamente interpretado de uma maneira diferente e muito menos rígida na seara administrativista. Como dito, considerando a impossibilidade de que a lei venha a prever toda potencial ação ou inação lesiva aos demais em uma atividade socialmente desejável, o Direito Administrativo depende para seu pleno funcionamento de atos infralegais, baseados principalmente em conhecimentos técnicos específicos, e a fiscalização por parte da autoridade competente dependendo de um grau maior de discricionariedade. Por isso, o Direito Administrativo recebe um tratamento diferenciado pelo Ordenamento Jurídico quanto ao Princípio da Legalidade, incluso no brasileiro.

Sob outro prisma, o alcance do princípio da legalidade na esfera administrativa sancionadora é distinto em relação ao Direito Penal. Ainda que as punições aplicadas pela Administração Pública devam vir acompanhadas de garantias aos administrados, a fim de evitar arbitrariedades e supressão de direitos fundamentais, a concepção da máxima taxatividade do Direito Penal não comporta transposição para o Direito Administrativo Sancionador (ARAÚJO; BRANCO; COSTA, 2020, p. 744)

Esse padrão rigoroso de legalidade não se estende ao Direito Administrativo Sancionador. Em primeiro lugar, porque não há na Constituição a previsão de reserva legal específica, nos moldes da penal, para a instituição de infrações e sanções administrativas. E não se pode interpretar de modo extensivo à reserva

absoluta do art. 5º, XXXIX, para sustentar uma limitação implicitamente pretendida pelo constituinte. As hipóteses reservadas pela Constituição à lei em caráter absoluto são restrições severas ao exercício do poder normativo pelo Poder Executivo. Não há como interpretá-las de modo expansivo, sem incorrer em violação ao específico arranjo instituído pelo constituinte em matéria de separação de poderes (VORONOFF, 2018, p. 217).

Não significa que o Princípio da Legalidade inexistente ou insignificante seria para a seara administrativista, longe disso, que seria permitir a total arbitrariedade por parte da autoridade. Mas sim que sua interpretação dentro desta acaba por ser muito mais, percebe-se, delegativa, com a lei prévia, tendo por objetivo constituir e empoderar a autoridade para a função administrativa para a busca exclusiva de determinados fins em determinado contexto, com o legislador de atribuindo a competência ao Poder Executivo para detalhar tipos administrativos ou para especificar sanções deve ser expressa e estar clara no texto legal (ARAÚJO; BRANCO; COSTA, 2020, p. 749), e para estipular diretrizes e limites para a aplicação de sanções administrativas (ARAÚJO, 2019, p. 442; VORONOFF, 2018, p. 231).

Dessa maneira, a seara administrativista sancionadora pode ser separada da penalista também por um limite de abordagem axiológica: o Princípio da Legalidade, valor maestral e absoluto do Direito Penal, são abordados nessa área de maneira menos absoluta, com função de constituição e de delegação de funções e competências.

5 O ASPECTO SUBJETIVO NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Essa expansão do Direito Administrativo também levaria a uma série de várias disputas doutrinárias quanto ao posicionamento de seu ramo sancionador dentro do Ordenamento Jurídico. A capacidade do Estado de aplicar sanções é, de maneira óbvia, por sua própria natureza, associada à seara penalista, enquanto exercício da aplicação do *jus puniendi* essencial a ele. Afinal, tanto no caso da aplicação das sanções de caráter penal quando as de caráter administrativo estão cidadãos e pessoas jurídicas diante do poder público muito a eles superior, sujeitos a sofrerem restrições de seus direitos.

Isso criou uma dicotomia e a uma emergência de complicações e problematizações teóricas sobre a natureza e o limite entre a sanção ser de caráter administrativo e de caráter penal, e até que ponto as proteções típicas do Direito Penal podem ser aplicadas na seara administrativa sancionadora. Como já exposto, é considerado uma impossibilidade que o Princípio da Legalidade seja aplicado de maneira absoluta na última como o é na outra, com, porém outras noções garantistas sendo fonte de discussões, o que se torna bastante revelador para a análise do limite entre elas.

No caso brasileiro, assim como da maior parte do mundo como explicado, diferente do caso europeu, principalmente do francês, não há uma jurisdição administrativa própria, de tal modo que os limites entre estes ficam mais diluídos, irregulares. Como dito, inexistindo no Ordenamento Jurídico brasileiro um sistema normativo próprio aplicável para o Direito Administrativo Sancionador, com o que existindo no lugar sendo leis normas dispersas, frequentemente sobre assuntos específicos, emitidas por entes diversos dentro de suas competências, de cada esfera da Federação.

5.1 A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA COMO O ELEMENTO SUBJETIVO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A partir do exposto até o momento, devem-se analisar quais elementos podem ser usados para a delimitação entre as duas searas. De acordo com Osório (2023), antes da constituição do que seria o Poder Judiciário, era o Poder Executivo que detinha as funções sancionadoras e repressivas, sem haver ainda a tripartição de poderes tão típica do mundo moderno, de tal modo que competia também ao executor julgar desobediências e desentendimentos dos comandos da autoridade constituída. Assim, no passado, não havia sequer o pressuposto para se tentar delimitar a diferença subjetiva entre o aplicador da sanção

penal e da administrativa, com isso sendo a origem de uma atual tentativa doutrinária de se separar a sanção administrativa da sanção penal se usando como referência se quem as aplica é a autoridade judiciária ou a executiva. Seria apenas após a Revolução Francesa que grande e maior parte dos poderes repressivos e sancionatórios do Estado seriam transferidos e fixados para o Poder Judiciário que passaria então a receber a essencial função de aplicá-los de maneira imparcial, impessoal e em conformidade com a lei positivada. Com, entretanto, sendo uma impossibilidade física que todos os tipos de sanções saíssem da mão da Administração Pública devido a ser impossível que o Judiciário cobrisse toda e qualquer falta e violação cotidiana, ou de caráter técnico, por exemplo, e a que este não ficasse totalmente paralisado pela colossal demanda que isso criaria. Dessa maneira, com no caso da maior parte das nações não havendo uma jurisdição específica para casos administrativos dentro do próprio Poder Judiciário, assim seria impossível que este aplicasse sanções administrativas, com estas então possuindo um caráter essencialmente executivo e sendo o que sobrou para a Administração Pública aplicar por apenas esta poder o fazer de maneira eficaz.

Por exemplo, Rafael Munhoz de Mello (2007) analisa que existem três elementos fundamentais inerentes ao conceito de sanção administrativa. Que a medida afliitiva deve, primeiro, ser imposta pela Administração Pública, segundamente, possuir caráter negativo e, por último, ser aplicada em resposta a um comportamento ilícito.

Desse modo, haveria assim um caráter subjetivo essencial que poderia ser usado para diferenciar a área do Direito Administrativo Sancionador da do Direito Penal. O objeto da querela, assim, seria algo secundário para se auferir qual o assunto sendo tratado, com sendo necessário se observar de acordo com tais correntes doutrinárias se o ente competente para se aplicar a sanção é o Poder Judiciário ou um ente da Administração inserida no Poder Executivo.

As sanções que poderiam ser dadas no contexto do Poder Judiciário ainda teriam como característica estarem cercadas de garantias muito maiores ao polo passivo da relação jurídica (OSÓRIO, p. 79, 2023), com assim sendo também conluível haver uma diferença de paradigmas de princípios entre os dois tipos de sanção. As sanções de caráter administrativo se inserem em contextos que demandam maior agilidade, imediatez, de modo a não apenas exercerem o poder punitivo estatal, mas também, frequentemente, prevenir e mitigar danos da continuidade da conduta lesiva. Enquanto, por sua vez, as sanções penais são quase que sempre, *post facto*, após os atos terem sido completamente investigados e analisados minuciosamente pela acusação e pela defesa ao longo do processo judicial.

5.2 DOS LIMITES DO USO DO ELEMENTO SUBJETIVO COMO DELIMITADOR

Esse método para se delimitar o Direito Administrativo Sancionador do Direito Penal possui, entretanto, falhas essenciais e questionamentos que podem ser feitos. Limitar a característica essencial do Direito Administrativo Sancionador como sendo apenas quem promove a sanção acaba por ignorar todo componente material do Direito Administrativo, todas as situações e relações concretas por ele coberto, o reduzindo a apenas seu aspecto processual, como se não possuísse substância própria. Algo que é incondizente com a própria doutrina sobre este que prova, simplesmente por ser tão extensa e especializada, que não é este o caso. O aspecto material do Direito Administrativo não é menos importante que o seu processual, com ignorar o primeiro sendo ignorar sua própria razão de ser.

Sem embargo, em que pese a validade da dimensão processual do Direito Administrativo, inegavelmente este também ostenta uma dimensão material, não menos importante que a primeira, decorrente da expansão das sanções administrativas e da constitucionalização desse ramo jurídico, tutelando as mais variadas matérias, das mais distintas formas e nos mais insuspeitos ramos jurídicos (administrativização das disciplinas jurídicas). (OSÓRIO, 2023, p. 82)

As relações jurídicas em que a Administração Pública pode se encontrar também são mais complexas que apenas está sendo o sujeito ativo da sanção administrativa. Podendo ser também vítima de ilícitos, tendo então que vir a se defender judicialmente em nome do interesse público, assim como promotora de acusações dentro do próprio Poder Judiciário sobre os assuntos que lhes competem, ou as duas coisas ao mesmo tempo, caso não tenha a competência para conduzir um processo punitivo por si mesma. Mas, mesmo nessas situações, as questões de mérito e processuais serão também da seara do Direito Administrativo, ainda que o operador do Direito venha a ser o *parquet* (no caso do Brasil, o Ministério Público) e decisão final da aplicação da sanção seja pelo Poder Judiciário. Este que nestes contextos tem a plena competência de aplicar sanções de caráter administrativo e não criminal.

Nota-se que assim, o poder do Direito Administrativo Sancionador não é exclusivo da autoridade executiva, e com mesmo assim não se falando que o Judiciário estaria a performar funções administrativas (OSÓRIO, 2023, p.83).

Por sua vez, coloca Dellis (1997 *apud* OSÓRIO, 2023) que uma sanção administrativa possui como definição quando ligada a presença de uma autoridade administrativa, sendo medidas repressivas das mais diversas espécies ligadas a setores como o econômico, da saúde, *et cetera*, impostas pela administração ativa (ou seja, com o fim de proteger uma atividade socialmente desejável e benéfica ao invés de reprimir condutas tidas e definidas pela autoridade constituída como sendo essencialmente socialmente lesivas e disfuncionais, como já mencionado). Assim, poder-se-ia concluir que a presença de uma autoridade administrativa

é uma indicação do que se pode definir como sendo da seara do Direito Administrativo Sancionador, mesmo que a participação desta não seja a que aplique a sanção sobre a conduta.

Existem, entretanto, também infrações administrativas que, reconhecesse, podem ser aplicadas diretamente pela autoridade judiciária, essas são as do caso do Direito Administrativo francês, porém dentro da jurisdição própria dos tribunais administrativos que são próprios do país gaulês. Entretanto, o Direito francês é forte fonte de influências para os demais países juscivilistas, com o sistema jurídico pátrio admitindo a possibilidade de que um juiz aplique sanções administrativas com a condição que isso seja explicitamente previsto na lei positivada (ou seja, dependendo da delegação explícita do legislador).

No Brasil, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8249/92) explicitamente determinou o cabimento da aplicabilidade dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador as condutas lesivas que visa combater, e deu o poder de aplicação de sanções administrativas para o Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que estendendo as proteções constitucionais também aplicáveis ao Processo Penal aos acusados, assim se criando uma situação em que é impossível de se considerar como sendo puramente administrativista ou penalista.

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.

(...)

§ 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador (BRASIL, 1992).

Por outro exemplo notório, a Lei 8069/1990 (o Estatuto da Criança e do Adolescente) explicitamente delega ao magistrado a competência de impor sanções de natureza administrativa.

Art. 194. O procedimento para imposição de penalidade administrativa por infração às normas de proteção à criança e ao adolescente terá início por representação do Ministério Público, ou do Conselho Tutelar, ou auto de infração elaborado por servidor efetivo ou voluntário credenciado, e assinado por duas testemunhas, se possível.

§ 1º No procedimento iniciado com o auto de infração, poderão ser usadas fórmulas impressas, especificando-se a natureza e as circunstâncias da infração.

§ 2º Sempre que possível, à verificação da infração seguir-se-á a lavratura do auto, certificando-se, em caso contrário, dos motivos do retardamento.

(...)

Art. 196. Não sendo apresentada a defesa no prazo legal, a autoridade judiciária dará vista dos autos do Ministério Público, por cinco dias, decidindo em igual prazo. (BRASIL, 1990)

Assim, tentar delimitar o Direito Administrativo Sancionador do Direito Penal apenas com base em qual é a autoridade a determinar a aplicação da sanção mostra-se impossível, pois hodiernamente admite-se amplamente a aplicação da sanção administrativa por parte da autoridade judiciária, de tal modo que o elemento subjetivo não pode ser usado solitariamente para a delimitação da fronteira entre as duas áreas.

[...] já que estas não integram sequer nenhuma função privativa do Poder Executivo, não se confundindo com funções administrativas. As sanções não pertencem ao campo das funções, de modo que as sanções administrativas não se confundem com as funções administrativas (OSÓRIO, 2015, p. 96).

Não configura, portanto, elemento indissociável da sanção administrativa, a figura da autoridade administrativa, visto que podem as autoridades judiciárias, de igual modo, aplicar essas medidas punitivas, desde que outorgada por lei, à respectiva competência repressiva, na tutela dos valores protegidos pelo Direito Administrativo (OSÓRIO, 2015, p. 97).

A possibilidade levantada não deve ser encarada como uma intromissão do Poder Judiciário na seara administrativa: é da natureza deste poder ter a “palavra final” dentro de um sistema democrático baseado na supremacia da Constituição, o pilar fundamental de todo um Ordenamento Jurídico. A aplicação de princípios constitucionais a casos que envolvam a seara administrativista também é algo totalmente legítimo e esperado, considerando que é característica essencial de uma Constituição e de seus dispositivos e princípios universais que esta irradie o que neles está disposto por todo o Ordenamento Jurídico, não apenas sobre áreas específicas do Direito que a terá como centro.

5.3 PROTEÇÕES CONSTITUCIONAIS E O ELEMENTO SUBJETIVO NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Em tal contexto, tem-se admitido amplamente que proteções constitucionais tipicamente aplicadas ao Direito Penal sejam possivelmente aplicadas em contextos de casos administrativos, pela própria natureza central a proteção das garantias fundamentais dos valores constitucionais envolvidos.

Alguns princípios advindos da dogmática penal são dotados de tamanha relevância que foram elevados ao patamar constitucional. Eles estão situados no art. 5º da Constituição da República na condição de direitos fundamentais. São eles: o princípio da legalidade estrita e da anterioridade penal (art. 5º, XXXIX, CRFB), a retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu (art. 5º, XL, CRFB), a previsão do caráter inafiançável dos crimes de racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo, crimes hediondos e a ação de grupos armados, civis ou militares (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV, CRFB), a intranscendência da pena (art. 5º, XLV, CRFB), a individualização da pena (art. 5º, XLVI, CRFB) e a vedação às penas de morte, caráter perpétuo, trabalhos forçados e banimento (art. 5º, XLVII, CRFB). Outros princípios dizem respeito mais diretamente ao processo penal, tais como o devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB), o direito ao contraditório e à ampla defesa dos

acusados (art. 5º, LV, CRFB) e a presunção de inocência (art. 5º, LVII, CRFB). (Araújo, Branco e Costa, 2020, p. 741)

Tais princípios, apesar de terem uma origem na área penalista, pensados principalmente por juristas dessa área com o processo penal em mente, tem por objetivo maior a prevenção ao abuso do poder estatal conta o particular, seja este uma pessoa física, ou ficta (como uma Pessoa Jurídica). Criados após longa evolução histórica como anteriormente mencionado, após diversas experiências revolucionárias, autoritárias e totalitárias que demonstraram os altíssimos custos de suas ausências, ao serem constitucionalizados se tornaram parte dos próprios fins maiores do Ordenamento Jurídico, de modo a poderem garantir os limites à autoridade a que se comprometem proteger.

Entretanto, a aplicação dos princípios constitucionais mencionados também não se dá de maneira totalmente igual nos contextos de infrações administrativas: o Direito Administrativo opera no Brasil sobre o procedimento estabelecido pelo Código de Processo Civil, o Direito Administrativo tem também o fim essencial de proteger os fins e a integridade da Administração Pública de modo a que esta possa zelar pelos interesses coletivos, e no caso dessa área, diferente da penalista, a proteção dos direitos dos acusados recebe uma dimensão menos central diante dos demais objetivos.

Ainda assim, conforme coloca Féo (2021), todos os ramos do Direito bem como suas aplicações tem recebido nos desenvolvimentos doutrinários e jurisprudência dos últimos anos crescente influência da Constituição de 1988, com o prisma desta sendo essencial para a interpretação normativa, com a posição desta em relação as demais normas estatais sendo a de supremacia, não havendo assim ato jurídico ou manifestação de vontade que possa permanecer válida no ordenamento em caso de incompatibilidade de seu conteúdo com a norma fundamental, conforme coloca Barroso (2003 *apud* FÉO, 2021).

Por exemplo, a retroatividade da prescrição no contexto administrativista seria uma das conclusões lógicas da constitucionalização de uma série de princípios protetivos que, integrando parte do Ordenamento Jurídico, seriam parte da constitucionalização do Direito Administrativo. Entretanto, a jurisprudência pátria foi no sentido de afirmar que, conforme voto do Ministro Alexandre de Moraes na Repercussão Geral ARE 843.989/PR do Supremo Tribunal Federal, considerando a jurisdição cível das causas administrativas, imperando o princípio de que *tempus regit actum*, de tal modo que não se poderia transportar para o Direito Administrativo Sancionador o princípio da retroatividade da lei mais benéfica. O Ministro, em seu voto, então passaria a instituir uma retroatividade mitigada, com o intérprete da lei passando a necessitar seguir uma série de parâmetros aos casos concretos.

Na presente hipótese, portanto, para a análise da retroatividade ou irretroatividade não da norma mais benéfica trazida pela Lei 14.230/2021 – revogação do ato de improbidade administrativa culposo – o intérprete deverá, obrigatoriamente, conciliar os seguintes vetores:

- (1) A natureza civil do ato de improbidade administrativa definida diretamente pela Constituição Federal;
- (2) A constitucionalização, em 1988, dos princípios e preceitos básicos, regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos, dando novos contornos ao Direito Administrativo Sancionador (DAS)
- (3) A aplicação dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador ao sistema de improbidade administrativa por determinação legal;
- (4) Ausência de expressa previsão de “anistia geral” aos condenados por ato de improbidade administrativa culposa ou de “retroatividade da lei civil mais benéfica”;
- (5) Ausência de regra de transição (STF, ARE 843989, relator Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 12/12/2022).

De acordo com Osório (2023), tal concepção de Direito Administrativo Sancionador que comporta uma retroatividade mitigada contraria a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), incorporada no Ordenamento Jurídico pátrio pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, assim como os entendimentos do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH). O mesmo autor coloca que, sendo o direito material o que justificou a retroatividade foi o Administrativo Sancionador, e que regulou a sanção administrativa, atraíram-se as regras e os princípios penalistas por simetria, pois a natureza cível não se reporta ao direito material, mas a jurisdição. A própria Lei 8249/92 coloca que a ação de improbidade administrativa não tem natureza cível, ainda que a potencial indenização a tenha.

Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado. (BRASIL, 1992)

No mesmo julgamento da mesma Repercussão Geral, entretanto, o Ministro Ricardo Lewandowski votou com noções divergentes as do Ministro Alexandre de Moraes e em convergência com as do autor, reforçando a divergência inaugurada pelo Ministro Nunes Marques, e estando ambos em maior consonância com as jurisprudências supranacionais e estrangeiras por ele mencionadas, entretanto tendo sido votos vencidos. Para eles, o art. 5º, XL, da Constituição Federal de 1988, sendo uma cláusula pétrea e um dos pilares do Estado Democrático de Direito, previsão da garantia individual de todos os cidadãos, deve ser aplicada ao microsistema da improbidade administrativa por ser o Direito Administrativo Sancionador parte do poder punitivo estatal o princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao réu.

Por todas essas razões parece-me adequado estender o quanto possível, para o campo da improbidade, as garantias próprias dos direitos penal e processual penal, sobretudo quando o legislador assim o determinar. Não se trata de justapor os dois regimes, nem de afirmar que a improbidade é um ilícito criminal. Trata-se somente de reconhecer que a improbidade administrativa, posto que seja um ilícito administrativo, tem repercussões de grande alcance sobre a paz e a dignidade dos réus que por ela respondem, devendo, assim, ser tratada com o máximo de cuidado pelo aplicador das normas (STF, ARE 843989, Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 12/12/2022).

E ainda:

A toda evidência, portanto, o direito administrativo sancionador traduz uma das manifestações do *jus puniendi* estatal, o que, exatamente por sua natureza conceitual, a meu ver, reclama moderação hermenêutica. Para tanto, é preciso haver o diálogo de fontes entre o direito administrativo sancionador e o direito penal, este, com a autoridade de tutelar os bens jurídicos mais relevantes contra as infrações mais graves. Disso decorre a máxima retroatividade da lei mais benéfica, constitucionalmente assegurada, e que deve ser aplicada, com a devida vênia àqueles que pensam em sentido contrário, ao microssistema da improbidade administrativa (STF, ARE 843989, Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 12/12/2022).

Destacando-se que mesmo o Ministro Ricardo Lewandowski reforça o voto do Ministro Alexandre de Moraes de que o conceito de sanção administrativa pertence ao campo do direito material e não do direito processual, ou seja, que o elemento subjetivo não é o principal definidor de que algo é parte do Direito Administrativo Sancionador.

Para isto, nota-se, que o aspecto objetivo e material a ser analisado não pode jamais ser deixado de lado em favor do aspecto subjetivo, pois este último mostra-se insuficiente, com um precisando necessariamente observado junto ao outro. Conforme todo o exposto, a natureza do Direito Administrativo é tanto formal quanto material. Entretanto, conclui-se que a presença de uma autoridade administrativa, quando observada, de fato é indicativa de que o caso está dentro da área administrativista, sendo apenas a ausência desta que não necessariamente impossibilita que este seja o caso.

Outro indicador de que se trata de algo típico da seara administrativa é que o sujeito aplicador da sanção pode não necessariamente ser uma autoridade pública, mas uma corporativa, regulada pelo Direito Público, com diversas entidades do tipo sendo dotadas de poderes fiscalizadores e sancionadores, e com filiação obrigatória aos particulares que as exerçam, sobre determinadas áreas de atividades econômicas e profissionais. Essas entidades passam então, devido a terem poderes de exercício da autoridade estatal apesar de não serem *per se* parte da Administração Pública estabelecidos de maneira explícita pela legislação (ou mesmo, no caso da Ordem dos Advogados do Brasil, previsão constitucional), a se submeterem ao Direito Administrativo Sancionador. Assim, não resta discussão que um processo que seja movido por uma dessas organizações trata-se de um da seara

administrativista, pois seria de uma grande absurdidade dar a uma corporação a autoridade policial e julgadora sobre determinado crime. O poder de exercer o Direito Penal é exclusivo do Estado por essência, exatamente de modo a se evitar qualquer forma de tirania privada e de concorrência à autoridade estatal, que existe para preservar o interesse público e não de certos segmentos profissionais.

Desse modo, qualquer sanção que é aplicada por essas corporações é da seara extrapenal, com o Direito Administrativo Sancionador sendo o único que deve e que é capaz de proteger o interesse público, assim como dar ao polo passivo da relação processual as garantias processuais constitucionalmente previstas para que não se permitam abusos, mesmo que não cometidos diretamente por ela, em nome da autoridade pública. Porém, considerando a natureza do que é uma sanção, o único meio de se garantir que o acusado não esteja em situação de desvantagem, por sua hipossuficiência na relação processual, é que se apliquem por analogia os princípios e proteções constitucionais típicos da seara penal ao processo administrativo.

6 DA DIFERENÇA DE APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO ELEMENTO DIFERENCIAL DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

É inegável que todas as áreas do Direito pátrio têm passado por uma considerável constitucionalização, com esse fenômeno se definindo como sendo a maior irradiação dos princípios e disposições constitucionais de maneira direta sobre áreas específicas do Ordenamento Jurídico, e, mais fortemente, para aquelas relacionadas à atuação estatal e ao seu uso coercitivo. A constitucionalização do Direito Civil, por exemplo, já é um fenômeno amplamente documentado, reconhecido e analisado pelos doutrinadores da área, assim como utilizado por seus operadores. O Direito Administrativo, como já se mencionou, passou a ser diretamente reinterpretado, com normas e valores constitucionais passando a ser tanto “lente” de análise e interpretação como fins a serem obtidos, pois é o disposto na Constituição o centro da razão do Estado. Toda a Administração Pública passou a se vincular aos valores constitucionais, que refletem os valores que Estado almeja defender.

O Direito Administrativo se vincula a realização dos direitos fundamentais, definidos a partir da dignidade da pessoa humana [...] disciplinando um setor de atividades e um conjunto de organizações estatais e não estatais para produzir a limitação dos poderes que são gerados por sua existência. O Direito Administrativo visa a evitar que a concentração de poderes políticos e econômicos, relacionados com as atividades de satisfação de interesses coletivos, produza o sacrifício da liberdade e de outros valores fundamentais.

(...)

O Direito Administrativo tem um compromisso com a realização dos interesses coletivos e com a produção ativa dos valores humanos. Há valores fundamentais a serem realizados, cuja afirmação é inquestionável e cuja produção não pode ser deixada às escolhas individuais e egoísticas. [...] O Direito Administrativo é o instrumento jurídico e social para a atuação dessas organizações e para a realização dessas atividades. (JUSTEN FILHO, 2009, p. 03).

Assim sendo, é inegável que o Direito Administrativo Sancionador está sempre subordinado à Constituição e às regras e valores nela previstas, incluso, por simetria, aquelas tipicamente se associam ao Direito Penal. Desse modo, ambos se inserem no universo do Direito Público Punitivo. Pois, na definição do penalista alemão Edmund Mezger (1989), consiste no Direito Penal como sendo “...o conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, ligando ao delito, como pressuposto, a pena como consequência”, com porém o Direito Administrativo Sancionador também tendo essas característica.

Ao mesmo tempo, continua sendo uma seara do Direito diferente, com finalísticas próprias, e elementos materiais próprios. Assim, também estando inserido no universo do Direito Público Punitivo.

No exterior, já se é consolidado pelo TEDH que as proteções e garantias fundamentais da seara penal se aplicam por simetria ao Direito Administrativo Sancionador, com as separações teóricas e oficiais entre as áreas sendo menos significantes que a gravidade concreta das sanções pelas condutas previstas como reprimíveis.

A aplicação dessa ideia torna-se uma necessidade conforme não apenas o Direito Administrativo Sancionador passou a ser revisto sobre as lentes do constitucionalismo moderno, mas conforme seu próprio rigor, e a gravidade das sanções e consequências, foram se intensificando conforme os anos devido à necessidade vista pelas autoridades em aumentar a resposta as violações cometidas por particulares. O Direito Administrativo Sancionador, ao enrijecer-se, torna-se mais parecido com o Direito Penal, e passa a demandar que a ele se apliquem as garantias típicas da seara penalista para que não afronte princípios constitucionais básicos e destrua a segurança jurídica de atividades socialmente desejáveis e necessárias.

Como visto o Supremo Tribunal Federal brasileiro, e, portanto, a jurisprudência pátria, tem adotado visões bastante destoantes desta, adotando formas mitigadas de aplicação de tais garantias constitucionais. Discordâncias quanto a essas posições partiram, primeiramente, desde dentro da própria corte, com vários dos Ministros da corte mostrando em seus votos vencidos sua oposição contra a ideia de que direitos e garantias constitucionalmente previstas poderiam ser aplicados de maneira condicional ou mitigada ante o poder coercitivo da autoridade estatal, ideia esta que parece tão estranha ao paradigma de constitucionalização do Direito Administrativo e das demais searas que o próprio Supremo Tribunal Federal parece frequentemente tão disposto em afirmar e consolidar.

Os direitos fundamentais, por sua própria natureza, ocupam a centralidade do Ordenamento Jurídico em razão de sua importância de serem os próprios mantenedores de um *status quo* que pode ser definido como um Estado Democrático de Direito. Dessa maneira, a ideia de que as proteções constitucionais sequer podem ser aplicadas “pela metade” ou de maneira condicional e mitigada em qualquer área que possua as características típicas do Direito Público Punitivo mostra-se questionável.

Apesar de ser então possível criticar essas posições da suprema corte da República, fato é que o operador do Direito precisa estar ciente de que as garantias constitucionais podem vir a ser menos amplas em casos administrativistas, assim como se impera reconhecer que, no caso do Brasil, este é um elemento que pode vir a ser útil para a diferenciação entre a área do

Direito Administrativo Sancionador e a do Direito Penal. Ainda que não poder-se-ia fazer o mesmo no contexto europeu, por exemplo.

6.1 REFLEXOS EM OUTROS PRINCÍPIOS

Como se viu no caso concreto levantado, essa aplicação menos absolutista e de maneira relativizada do Princípio da Legalidade também se reflete em outros princípios vindos da seara penalista dotados de elevação explícita a esfera constitucional por parte do Poder Constituinte Originário, como da retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu prevista no artigo 5º, XL da Constituição da República. Assim, com outros desses princípios também sendo aplicados de maneira relativizada ou cercados de querelas doutrinárias e jurisprudenciais devido à questão de que até que ponto podem eles se estenderem para a esfera administrativa sancionadora, dado que pelo Ordenamento Jurídico pátrio, diferente do europeu, não se estendem essas garantias de maneira absoluta e total para esta.

Afinal, é a Legalidade um princípio tão basilar de todo o Direito dos tempos modernos, considerando que sua origem no Ocidente se deu com a antiga Magna Carta britânica de 1215, tendo então um caráter tão básico, que, admitindo-se pela necessidade social sua aplicação mitigada, se torna inevitável que se reflita isso em mais uma série de princípios básicos. O Princípio da Legalidade, afinal, também possui “ramos” que tem nele diretamente sua origem, como a proibição da analogia *in mala* parte, a proibição do uso do mero costume social ou jurídico para fundamentar ou agravar a pena de tal modo a haver a primazia da lei escrita, e a própria vista proibição da retroatividade da lei penal (*lege praevia*) junto com a proibição de incriminações vagas e indeterminadas (SOUZA; JAPIASSÚ, 2015, p. 90-91). Assim como, conforme previsto pela Constituição da República e também sendo este o caso em nações estrangeiras com instituições sólidas, que a lei tenha sido aprovada pelo rito legislativo próprio nela previsto para que esta exista no Ordenamento Jurídico como tal.

Como dito, o papel de delegação que a lei tem no contexto administrativista cria uma situação diferenciada, em que a Legalidade deixa de ser como nos termos próprio art. 5º, inciso II, da Constituição da República, que coloca que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, que nos contextos penais é interpretado conforme o princípio da “legal literalidade” (MIRANDA, 1971, p. 1 apud. ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 202), que determina a precisão da norma penal com a conduta a ser tipificada, para ser para uma série de atos e condutas que são tipificadas como

sendo de um determinado alcance estipulado pela lei para que a ação da administração seja legítima, isto é, dentro de sua competência.

A partir disso, outros princípios constitucionais passam a também ter uma aplicação diferenciada no contexto administrativo sancionador, se expandindo assim um limite criado jurídico-principiológico entre as áreas penalista e administrativista sancionadora.

No mesmo caminho, a própria diferença entre as razões de justificação, isto é, seus fins sociais diferenciados, do ilícito coberto pelo Direito Penal e do ilícito coberto pelo Direito Administrativo cria uma diferença de compreensão sobre a ideia de culpabilidade em cada uma. A concepção de culpabilidade na área penalista, e como é ela frequentemente entendida pelo legislador ordinário, reflete um caráter de retribuição, com a violação de norma levando a necessidade de se impor uma medida afliitiva ao violador (como indica o próprio nome dessa grande área, “penal” tendo um significado essencialmente punitivo). Já a sanção no contexto do Direito Administrativo tem viés dissuasão, com o objetivo de se criarem incentivos complexos e variáveis para o modo de agir dos particulares, por meio de normas de comando e controle (ARAÚJO; BRANCO; COSTA, 2020, p. 750).

Pode-se chegar à conclusão que, tendo então as sanções no contexto do Direito Administrativo Sancionador e no do Direito Penal, finalidades diferentes a serem atingidas, a interpretação do Princípio da Proporcionalidade também será alterado substancialmente, este que está presente no Ordenamento Jurídico pátrio por força do que está implicitamente previsto no art. 5º, §2º, da Constituição da República e pela consolidação doutrinária de que a pena deve se adequar a conduta e não ser uma manifestação de arbitrariedade estatal. Considerando que as finalidades do Direito Administrativo Sancionador são de adequar o modo de ação de pessoas, reais ou fictas, sem destruir sua atividade socialmente benéfica, a proporcionalidade deve ser observada com isto em mente (ARAÚJO; BRANCO; COSTA, 2020, p. 754), ao invés de se observar a proporcionalidade com o objetivo (por exemplo, não sufocar ou tornar impossível a concorrência no contexto de ação sobre um determinado setor econômico) de se mensurar uma pena que possui finalidades punitivas como as do contexto do Direito Penal.

CONCLUSÃO

Diante do referencial teórico desenvolvido ao longo do presente trabalho, pode-se traçar uma série de conclusões que podem expor os limites entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal. Por meio da exposição e sublimação das características amostradas das duas áreas, torna-se possível a elaboração de critérios que podem servir para a criação de elementos diferenciadores que as delimitam de maneira consideravelmente precisa.

Como demonstrado, cada um desses dois ramos do Direito evoluiu de modo a atingir que um determinado objetivo fosse atingido, de tal modo a exercer dentro da sociedade uma função essencial para a preservação e para o progresso desta, com cada um atendendo a um tipo de demanda diferente para os fins da sociedade representada pelo Estado (ou para os fins da autoridade estatal em si, no caso de regimes não democráticos). Assim, havendo em cada uma dessas duas grandes áreas do Direito um aspecto material próprio, que é definido pela finalística que cada uma busca dentro do Ordenamento Jurídico de determinada sociedade.

A diferença de finalidade entre essas duas áreas, como já se desenvolveu ao longo desse escrito, que altera e define a própria essência de cada uma, é que uma busca reprimir condutas que são socialmente consideradas como essencialmente lesivas a funcionalidade e a estabilidade de uma determinada sociedade humana, ao ponto de demandar repressão estatal para se as extirpar e para afastar e, no paradigma mais moderno, ressocializar forçosamente os indivíduos que as praticam. Certas práticas são tidas como quase que universalmente negativas, como é o caso do homicídio fora de contextos de guerra ou autodefesa, ou outras situações específicas, com motivos notáveis, claros e reconhecíveis também de maneira praticamente universal, enquanto outras variam severamente conforme o contexto político, social e valorativo de determinadas sociedades, como é o caso de pautas que são hodiernamente politicamente polêmicas ou das leis de regimes teocráticos ou pesadamente religiosos e tradicionalistas que existiram e existem em certas partes do globo, ou de antigas leis opressivas contra minorias sociais. Essa é a área englobada pelo Direito Penal, que trata de tudo que uma determinada sociedade considera que seria melhor se não mais existisse, isto é, o crime. Desde os crimes “pequenos” (frequentemente enquadrados como “contravenções” ou em categoria semelhante) como, por exemplo, simplificado, o abandono do próprio lixo em ambientes de uso público, até os crimes mais abomináveis que se pode pensar como os contra a vida, os de caráter sexual e contra a integridade física de uma pessoa, que agredem o bem supremo da dignidade humana (no Brasil, este considerado pela doutrina como o valor maior da Constituição do Estado). Não há externalidade negativa ou efeito colateral a ser

evitado nessas condutas, são as condutas em si que precisam ser extirpadas da sociedade, presume-se. Este é o aspecto material do Direito Penal, e elemento que o define.

O Direito Administrativo Sancionador, como analisado, diferentemente, não atua no universo daquilo que a sociedade considera como condutas a serem totalmente evitadas e como erradas em essência. Mas, ao contrário, sobre condutas que são socialmente desejáveis, ou mesmo essenciais tidas como positivas e como a serem preservadas, mas que, entretanto, possuem consequências negativas potenciais ou colaterais a serem evitadas ou mitigadas, ou que se assume que precisam ser feitas de determinada maneira, ou serem feitas com determinado objetivo em mente. Regula-se, administra-se, fiscaliza-se, e legisla-se sobre a atividade industrial de modo a se mitigarem as consequências ambientais negativas e os riscos de acidentes, ao mesmo tempo em que se preservando a produção e a agregação de valor, assim como sobre o mercado financeiro e acionário de modo a se evitarem os *crashes* que já causaram devastação econômica ao longo da História, mas de modo a se permitirem os investimentos e os lucros, ou sobre o comércio de modo a se evitar a dependência total do exterior, mas de modo a permitir o intercâmbio necessário de bens e serviços entre as sociedades, ou também sobre a agricultura de modo a se evitar que o solo se empobreça e contamine ao ponto de futuramente não mais ser produtivo, mas de modo a se preservar a produção de alimentos e bens úteis, *et cetera*. Há uma conduta necessária e positiva a ser preservada, não destruída. É este o elemento material do Direito Administrativo Sancionador, que visa fazer isso por meio de instrumentos coercitivos e repressivos de sujeitos que não aceitam adequarem suas ações por meios mais amigáveis que presumem a colaboração de cidadãos que deveriam ser compreensivos sobre os fins positivos a serem atingidos.

Assim, como explorado, o Direito Administrativo Sancionador possui um elemento material que o limita diante do Direito Penal, que é a busca pela preservação de atividades socialmente benéficas de modo a se evitarem externalidades negativas ao invés da repressão a condutas tidas como socialmente malignas e indignas.

A partir disso, podem-se traçar outros aspectos para a delimitação entre as duas áreas.

Conforme essa necessidade de atendimento de determinados fins, ambos desenvolveram uma relação diferenciada com o resto do Ordenamento Jurídico, incluso como se dá a interpretação e aplicação de princípios constitucionais sobre cada um deles. Como se analisou no presente trabalho, a aplicação do Princípio da Legalidade no contexto do Direito Administrativo Sancionador se dá de maneira bastante diferente do Direito Penal, sendo esta de maneira menos absolutista e mais no sentido da lei positivada ser delegativa, não havendo a necessidade de previsão legal específica de uma série de disposições administrativistas,

enquanto naquele apenas condutas que podem ser especificamente enquadradas nas tipificações da lei podem ser consideradas como infrações. Isso se dá por uma limitação material, que é a impossibilidade de que o legislador tenha o conhecimento técnico para prever as infinitas condutas potencialmente lesivas dentro das mais diversas áreas específicas de uma complexa economia moderna (com o desenvolvimento tecnológico criando cada vez mais um aumento desses *gap* de conhecimentos, com atualmente o conhecimento técnico estando quase que totalmente apartado do que o senso comum poderia orientar), e de que a atividade administrativa pudesse ser minimamente eficaz se atrelada a previsões positivadas extremamente específicas. Ao mesmo tempo, ambos tiveram desenvolvimentos históricos totalmente diferentes, o Direito Penal foi mais limitado conforme o tempo passou devido a sua função essencialmente repressiva ter sido usada para fins malignos e de controle por parte de Estados autoritários e totalitários, e também de outras maneiras, reconhece-se atualmente, pelos democráticos, no passado. Devido a novas leis, doutrinas e jurisprudências então terem sido desenvolvidas então no sentido de melhor o balizar e direcionar. Enquanto que, em sentido contrário, o aumento da complexificação social e econômica assim como o aumento da necessidade de se haver uma administração pública que tenha o tamanho necessário e que seja capaz de exercer as mais diversas funções, o Direito Administrativo e, portanto, seu ramo sancionador cresceram e aumentaram seus raios de atuação devido a receberem crescentes demandas por parte da sociedade.

Com isso levando a uma aplicação mais relativizada de outros princípios e disposições constitucionais aos casos da área administrativa sancionadora, vide o caso concreto do ARE 843989/PR mencionado no presente trabalho, em que, tratando sobre a prescritibilidade dos atos de improbidade administrativa, houve a decisão de não se admitir a retroatividade da lei mais benéfica ao acusado por parte do Supremo Tribunal Federal da República, ainda que sobre bem elaboradas divergências por parte de vários dos ilustríssimos ministros. Com a mesma consequente relativização ocorrendo então com outros princípios protetivos tipicamente associados à seara penalista.

Mesmo no mencionado caso europeu, em que foi a jurisprudência no sentido oposto e o TEDH consolidou que as proteções e garantias fundamentais da seara penal devem se aplicar simetricamente ao Direito Administrativo Sancionador, a controvérsia doutrinária e jurisprudencial ainda estava presente, com isso atestando que há o reconhecimento por parte dos operadores do Direito e doutrinadores que existe alguma diferença essencial entre as duas áreas, o que forçou após anos de disputas que o TEDH firmasse suas posições de modo a estabilizar a situação.

Não apenas, a relativização da Legalidade e da aplicação diferenciada de princípios de caráter penal elevado à esfera de proteções constitucionais ou como de sendo basilares ao Direito moderno também se manifesta com uma diferente aplicação dos conceitos de proporcionalidade e de culpabilidade. Como no contexto do Direito Administrativo Sancionador, este precisando ser analisados em conformidade com as consequências práticas da sanção a ser aplicada sobre o sujeito atuante em setor ou área da sociedade de tal modo que a prática benéfica não seja destruída ou comprometida com objetivo sendo uma adequação de conduta ao invés do caráter aflagante típico da esfera penalista.

Assim, há uma diferença jurídico-principiológica que pode ser usada para se traçar o limite entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal, que é como se dá a interpretação sobre a Legalidade, e de demais princípios, em cada um deles e se existem ou não querelas judiciais e doutrinárias, ou de fato uma aplicação relativizada, de princípios protetivos e constitucionais associados a seara penalista por terem a finalidade de protegerem a pessoa (física ou convencionada) da arbitrariedade estatal.

Esses dois aspectos, conclui-se, já são bastante fortes para a indicação dos limites entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal, com um terceiro entretanto tendo sido exposto também ao longo do presente escrito que pode ser usado contanto que se tome determinado cuidado.

É inegável que toda seara do Direito possui um aspecto subjetivo: não existe Direito sem aplicação do Direito e não existe aplicação do Direito sem uma autoridade constituída para tal. Como já exposto, se admite amplamente no Ordenamento Jurídico pátrio que um magistrado do Poder Judiciário ministre sanções de caráter administrativo, contanto que a lei preveja tal aplicação. Assim, não necessariamente uma determinação dada pela autoridade judicial indicará que o caso concreto em questão será do Direito Penal e não da seara do Direito Administrativo Sancionador. Não serve, portanto, usar como critério de limite entre as duas áreas a ideia de que a sanção da seara do Direito Penal é aplicada pela autoridade judiciária enquanto que a sanção administrativa da seara administrativista é aplicada pela autoridade executiva.

Notou-se conforme se expos neste escrito, dessa maneira, que embora a presença da autoridade judiciária não indique necessariamente que o caso sendo visado se trata de algo da seara do Direito Penal, continua notável que a presença de uma autoridade administrativa do Poder Executivo continua sendo um indicativo válido e certo de que seria algo da seara do Direito Administrativo Sancionador.

Havendo assim, concluem-se finalmente, estes três aspectos de análise para que se tracem os limites entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal, sendo eles o aspecto material, ligado a finalística e a função social de cada um, o jurídico-principiológico, ligado à como se dá a aplicação de princípios protetivos e da Legalidade em cada um, e o subjetivo, que pode ser usado apenas no sentido de que a presença de uma autoridade administrativa serve para atestar que se trata de algo ligado ao Direito Administrativo Sancionador.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, 236. Rio de Janeiro, p. 51-64, Abr./Jun., 2004.

ARAÚJO, V. S.; BRANCO, T. R. E.; COSTA, V. N. Transposição de institutos do direito penal para o direito administrativo sancionador. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro. vol. 13, nº. 02, p. 738-764, 2020. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/40568>>. Acesso em: 15 de dez. de 2024

ARAUJO, Valter Shuenquener de. **Direito administrativo sancionador no Brasil**: uma contribuição para a efetividade dos direitos fundamentais. In: ARABI, Abhner Youssif Mota; MALUF, Fernando; MACHADO NETO, Marcello Lavenère (Coord.). Constituição da República 30 anos depois: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao ministro Luiz Fux. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, n. 13, mar./abr./maio 2008. Salvador. Disponível em: <ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/A-Constitucionalizacao-do-direito-administrativo-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 15 de dez. de 2024.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 de janeiro de 2025.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 de janeiro de 2025.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992**. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 10 de dez. de 2024.

BRASIL. Lei nº 8.069, 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<https://cutt.ly/yECVBmB>>. Acesso em: 18 de dez. 2024.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 18 de dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no ARE nº 843.989/PR**, Relator Min. Alexandre de Moraes. Relator p/ acórdão Min. Luiz Edson Fachin. DJ 24/02/2022.

Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=1199> >. Acesso em: 13 de dez. de 2024.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31ª ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CHANG, Ha-Joon. **Chutando a escada**: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

DELLIS, George. **Droit penal et droit administratif: l'influence des principes du droit penal sur le Droit administratif répressif**. Paris: LGDJ, 1997.

FÉO, Rebecca. **Direito Administrativo Sancionador e os Princípios Constitucionais Penais**: Análise dos Processos da ANP. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16ª ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**, I. Nova ed. rev. por C. A. Sundfeld. Tradução de J. A. Froes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade, regulação e reflexividade**: uma Nova Teoria sobre as Escolhas. Administrativas. 7. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2023

JÚNIOR, Miguel Reale. **Instituições de direito penal**: parte geral. 4ª ed., rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2013

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LOPES, Othon de Azevedo. **Fundamentos da Regulação**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1998. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Din, 1989.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: RT. 1971. v. V, p. 1.

NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 5ª ed., ver. reformada. Madrid: Tecnos, 2005.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador**: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 9ªed., ver. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters, 2023.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Eduardo Adriano. **Curso de direito penal: parte geral**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.