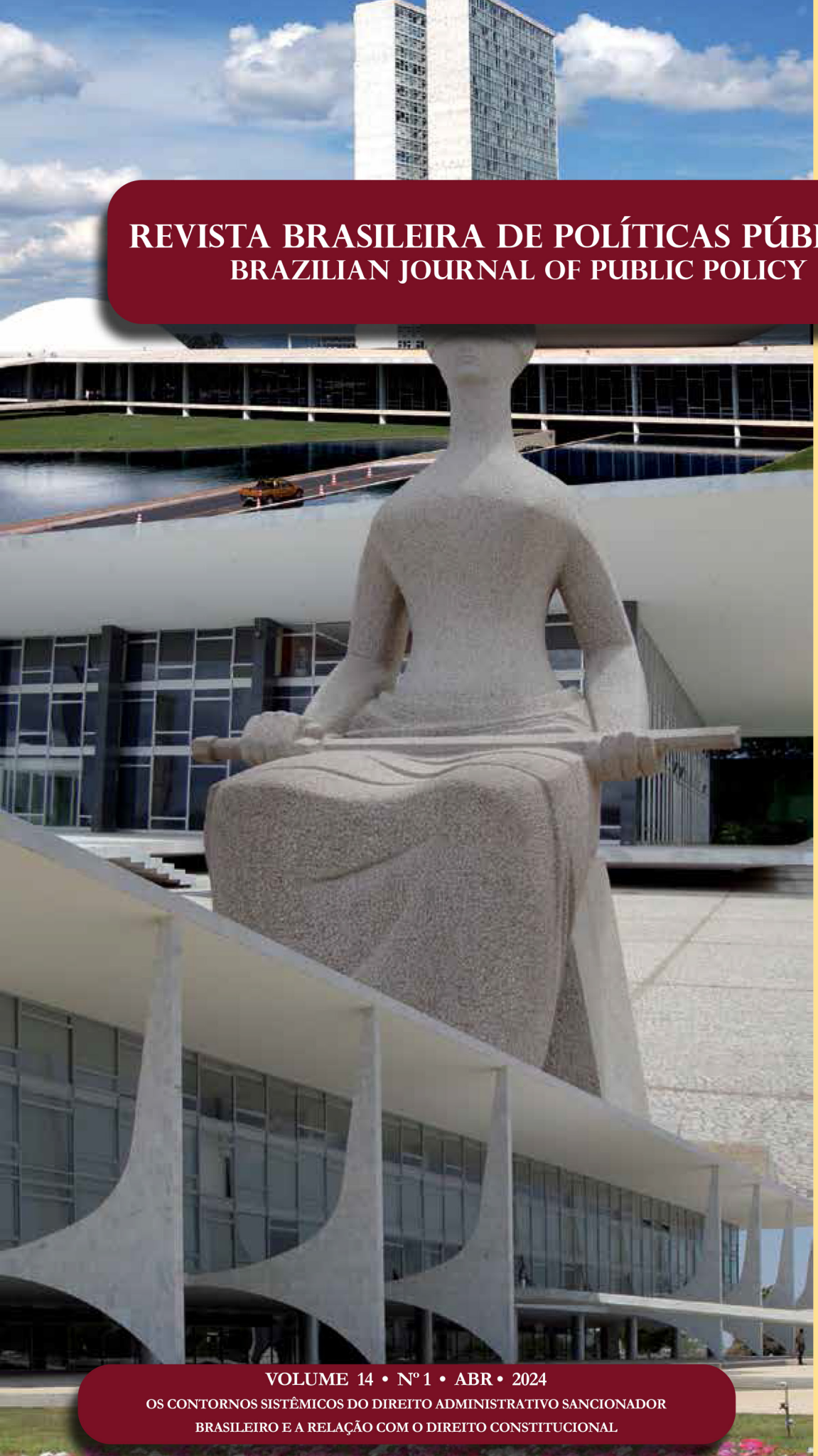

CEUB
EDUCAÇÃO SUPERIOR
ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Direito administrativo sancionador e a identidade ontológico-estrutural: entre ilícitos penais e administrativos e seu contributo à matização dos princípios constitucionais

Administrative right to sanctionand the ontological-structural identity: between criminal and administrative offenses and its contribution to the nuance of constitutional principles

Tatiana Maria Guskow

Liziane Paixão Silva Oliveira

VOLUME 14 • Nº 1 • ABR • 2024
OS CONTORNOS SISTÊMICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL

Sumário

Dossiê temático: Os Contornos Sistêmicos do Direito Administrativo Sancionador Brasileiro e a Relação com o Direito Constitucional.....13

Direito administrativo sancionador e a identidade ontológico-estrutural: entre ilícitos penais e administrativos e seu contributo à matização dos princípios constitucionais.....15
Tatiana Maria Guskow e Liziane Paixão Silva Oliveira

O enunciado 665 da súmula do STJ e a estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador: a "ciranda de pedra" da prática constitucional dos novos paradigmas do direito administrativo brasileiro.....29
Pedro Brabo dos Santos e Flipe Lôbo Gomes

Legalidade, juridicidade e convencionalidade no Direito Administrativo Sancionador 49
Luiz Guilherme Arcaro Conci e Livia Fioramonte Tonet

O erro grosseiro previsto no art. 28 do Decreto-Lei n.º 4.657/1942: aportes teóricos para uma conceituação constitucional 69
Marcelo Rodrigues Mazzei, Lucas Oliveira Faria e Sebastião Sérgio da Silveira

Parâmetros de aferição da culpa e do erro grosseiro: o homem médio morreu?.....84
Odilon Cavallari

A retroatividade da Lei Mais Benéfica no contexto do Direito Administrativo Sancionador: uma análise à luz da reforma da Lei de Improbidade..... 110
Alberth Sant´Ana Costa da Silva, Alfredo Ribeiro da Cunha Lobo e Marco Antônio R. Sampaio Filho

Tipicidade nas Infrações Disciplinares: o desafio da certeza do direito em um dos principais capítulos da competência sancionatória estatal..... 125
André Petzhold Dias e Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho

Militares estaduais e movimentos grevistas: dividendos político-eleitorais e instabilidade disciplinar interna 145
Juarez Gomes Nunes Junior e Francisco Horácio da Silva Frota

O direito administrativo sancionador e a legitimação do uso de seguros e de fundos especiais para a proteção do administrador público 158
Sandro Lúcio Dezan e Marcelo Dias Varella

A avaliação de impacto e de resultado regulatório como espectros de política regulatória-sancionatória eficiente em inteligência artificial: reflexões à luz da accountability 183
Luis Henrique de Menezes Acioly, Isabelle Brito Bezerra Mendes e João Araújo Monteiro Neto

Políticas Públicas, Direitos das Mulheres, Infância e Adolescência 208

Desenvolvimento de políticas públicas municipais: redes intersetoriais e as estratégias de gestão 210
Palloma Rosa Ferreira, Diego Neves de Sousa, Amélia Carla Sobrinho Bifano e Maria das Dores Saraiva

O direito ao salário-maternidade nos casos de gestação de substituição: um estudo comparado entre Brasil e Chile 234
Janaína Reckziegel, Rommy Alvarez Escudero e Daniele Vedovatto Gomes da Silva Babaresc

A adoção de crianças e adolescentes e o alcance dos objetivos de desenvolvimento sustentável da ONU: uma análise do Projeto Adoção Segura da Comarca de Maringá –PR e da efetivação dos direitos da personalidade 253
Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro e Ana Maria Silva Maneta

Políticas Públicas em Saúde 279

Serão os meios autocompositivos de resolução de conflitos o caminho para o acesso a políticas públicas de saúde? 281
Danilo Henrique Nunes, Lucas de Souza Lehfeld e Carlos Eduardo Montes Netto

Policy handling to accelerate stunting reduction in Kupang Tengah District, Regency East Nusa Tenggara Province 303
William Djani e Jeny Jacoba Therikh

Outros temas em políticas públicas 318

Harnessing Novel Technologies to Fortify Anti-Corruption Efforts: Assimilating India's Experiences into Uzbekistan's Fight against Criminality 320
Abhishek Thommandru e Fazilov Farkhod Maratovich

Nexus of Public Service Interventions and Social Development: Literature Synthesis 341
Jonathan Jacob Paul Latupeirissa e Ni Luh Yulyana Dewi Dewi

Investimento-anjo: uma proposta de justiça fiscal para investimentos de alto risco 365
Tarsila Ribeiro Marques Fernandes e Paola de Andrade

Motivações dos Consumidores para Incluírem o NIF nas Faturas 384
Gabriel Pinto, Daniel Taborda e Pedro Cerqueira

Building trust in policing: challenges and strategy 402
Baidya Nath Mukherjee e Meera Mathew

doi: 10.5102/rbpp.v14i1.9521

Direito administrativo sancionador e a identidade ontológico-estrutural: entre ilícitos penais e administrativos e seu contributo à matização dos princípios constitucionais*

Administrative right to sanctionand the ontological-structural identity: between criminal and administrative offenses and its contribution to the nuance of constitutional principles

Tatiana Maria Guskow**

Liziane Paixão Silva Oliveira***

Resumo

Neste estudo, lança-se um olhar sobre a base formal da construção do direito administrativo sancionador: a identidade ontológica entre ilícitos penais e administrativos. Parte-se da premissa da existência de dois pilares a fundarem a estrutura do direito administrativo sancionador, um de cariz formal e outro de cariz substancial, busca explorar, à luz da Teoria Geral do Direito, em que consiste a similitude entre normas jurídicas assentadas em cada um dos campos jurídico-epistemológicos, uma distinção relativa à estrutura da norma jurídica (base formal) e não ao conteúdo dos bens jurídicos e deveres nelas traduzidos (base substancial). Suscitam-se conceitos de atos ilícitos, sanções e suas espécies, considerando-se as características que permitem agrupar ilícitos penais e administrativos em um conjunto comum, distinto da ilicitude contida em outros ramos do direito, o que permite consolidar o pilar formal em que vem sendo construído o direito administrativo sancionador.

Palavras-chave: Direito administrativo sancionador. Direito penal. Identidade ontológica. Ilícito penal. Ilícito administrativo. Sanção.

Abstract

The study takes a look at the formal basis for the construction of sanctioning administrative law: the ontological identity between criminal and administrative offenses. Starting from the premise of the existence of two pillars founding the structure of sanctioning administrative law, one of a formal nature and the other of a substantial nature, it seeks to explore, in the light of the general theory of law, what the similarity between legal norms based on each one of legal-epistemological fields consists of. It is a distinction that concerns the structure of the legal norm (formal basis) and not the

* Recebido em: 15/02/2024
Aprovado em: 17/04/2024

** Procuradora da Fazenda Nacional. Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (CEUB). Pós-graduanda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR).
E-mail: tattygus@gmail.com

*** Liziane Paixão Silva Oliveira. Advogada, Doutora em Direito pela Université d'Aix Marseille III, Professora Titular do Programa de Mestrado e Doutorado do CEUB, Professora Colaboradora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UNIT, Professora Colaboradora do Programa de Mestrado Interdisciplinar da UFT, Bolsa da FAP-DF para realização de Estágio Pós Doutoral (2023-2024).
E-mail: lizianeoliveira1@yahoo.com.br

content of the legal goods and duties translated into them (substantial basis). Raising concepts of illicit acts, sanctions and their types, it finds the characteristics that allow the grouping of criminal and administrative offenses into a common set, distinct from the illicitness contained in other branches of law, which allows consolidating the formal pillar on which the administrative sanctioning law has been built.

Keywords: Sanctioning administrative law. Criminal law. ontological identity. Criminal offense. Administrative illicit. Sanction.

1 Introdução

Neste estudo, assentado, essencialmente, em pesquisas bibliográficas de viés jurídico, objetiva-se compreender as bases do direito administrativo sancionador, alegadamente fundado no unívoco poder de punir do Estado e na identidade ontológica entre ilícitos penais e administrativos. Pretende-se, nesta investigação, conhecer o alcance dessa identidade em seu viés estrutural, o que traduz a primeva contribuição para a fixação das feições dos regimes, ou seja, relativas ao delineamento das semelhanças e diferenças entre o regime jurídico do direito administrativo sancionador e do regime jurídico do direito penal.

Apresentaram-se, nesse sentido, os seguintes questionamentos de pesquisa: são aplicáveis ao direito administrativo sancionador os princípios idealizados para o direito penal? Se a resposta for positiva, em que medida os princípios idealizados modulam a atividade administrativa sancionadora? As respostas a essas questões permeiam, primeiramente, a análise formalística dos ilícitos penais e administrativos e, posteriormente, a análise substancial das espécies. Em caso de ilícitos penais e administrativos idênticos, não haveria justificação às diferenças de regimes jurídicos incidentes sobre cada qual, e os princípios constitucionais sancionadores ingressariam no direito administrativo com o mesmo peso do direito penal.

Com o objetivo de analisar a estrutura formal dos ilícitos penais e administrativos — um dos pilares da teorização do novo ramo do direito —, o estudo parte do conceito de ato ilícito e de sanção na Teoria Geral do Direito, de maneira a permitir um vislumbre prefacial da origem remota da ideia da unidade do *jus puniendi* estatal. Não serão analisados, neste estudo, os pilares substanciais em que se fundou a Teoria Sancionadora, que passam pelo esboço histórico da gênese do poder punitivo da Administração Pública e o conteúdo material de cada um dos ilícitos. Tal perquirição será apresentada em futuro estudo. Por ora, pretende-se estabelecer a primeira baliza que permite a aproximação das esferas de atuação punitiva do Poder Público.

Adiantando as conclusões, verificar-se-á que ato ilícito constitui a transgressão de um dever jurídico positivo ou negativo, estampado na ordem jurídica e que está presente em todos os ramos do direito. As características formais que aproximam ilícitos em geral correspondem à estrutura das normas jurídicas, que trazem um preceito primário, como dever jurídico de conduta, e um preceito secundário, acidental, como consequência a ser imposta em resposta ao descumprimento do preceito primário. Ilícitos penais e administrativos se aproximam por ostentarem a mesma natureza às sanções predicadas: as sanções, em ambas as esferas, têm viés *essencialmente punitivo*, representativos da vingança estatal, com finalidade aflitiva, com a privação de um direito ou de um bem. Essa percepção permite inferir que não há diferenças ontológicas entre os ilícitos penais e administrativos, sendo o poder de punir do Estado uno. Eis, então, à luz da Teoria Geral do Direito, o pilar formal a fundar o direito administrativo sancionador.

2 Estrutura da norma jurídica

Todo agrupamento humano organizado pressupõe a existência de valores comuns, ordem e controle. A mantença da coesão na convivência entre as pessoas depende de um elo que indique os valores mais relevantes e trace mecanismos para alcançá-los ou protegê-los. O Direito corresponde a esse elo. O Direito é a ordem que intermedia os valores comuns reconhecidos pela norma — bens jurídicos[1] — e o controle. É o sistema composto por normas que expressam os anseios mais relevantes de determinado grupo social, mediante a exposição da conduta desejada, e expressam a imposição, por meio de ferramentas que garantem a conformidade de cada indivíduo às determinações eleitas pelo corpo social.

Para tanto, o ordenamento jurídico se organiza para criar e efetivar as normas. Há duas espécies de normas jurídicas: as normas de estrutura e as normas de conduta. As normas de estrutura explicitam os procedimentos de criação, interpretação e exclusão de normas; as normas de conduta dirigem-se aos comportamentos desejáveis ou não no seio da sociedade[2].

Grosso modo, as normas de estrutura dizem quem tem o poder e qual é o procedimento para escolha, tracejo e interpretação das normas de conduta. As normas de conduta estabelecem os comportamentos esperados dos indivíduos e se manifestam por meio dos modais deônticos da proibição (imperativos negativos, não fazer), da obrigação (imperativos positivos, fazer) e da permissão (positiva ou negativa, fazer ou não fazer), ora proibindo, ora obrigando, ora permitindo a adoção de determinadas condutas comissivas ou omissivas[3] [4]. As normas não dizem *o que é*, mas *o que deve ser*. "O direito positivo se exprime com locuções como 'estar facultado a fazer ou omitir', 'estar obrigado a fazer ou omitir', 'estar impedido de fazer ou omitir'. E tais locuções não descrevem como factualmente o sujeito agente se comporta, mas como deve comportar-se"[5].

As normas não descrevem fatos, mas os normatizam. Se as normas do Direito fossem leis científicas, descreveriam os fatos como eles são, sob pena de invalidade e exclusão[6]. As normas jurídicas não são, porém, científicas, além de dirigirem-se a comportamentos humanos. Caso não se concretizem, diversamente das normas científicas, não são excluídas ou imediatamente superadas, ensejam, via de regra, uma resposta ao seu descumprimento. A ordem jurídica, de modo geral, não se fia na adesão voluntária aos comportamentos esperados, ela reage com a prescrição de consequências à inobservância das prescrições de conduta.

---

1 "O bem jurídico tutelado pela norma instituidora do ilícito diz respeito ao bem da vida protegido por este instituto (...) factível para a tutela de objetividades em diversos ramos do Direito, não somente em Direito Penal (...). Esses bens podem ser corpóreos ou incorpóreos, imateriais e vinculados ao direito de propriedade ou de posse, direta e são assim considerados em sua significação jurídica quando passíveis de valoração, no sentido de delimitação de importância contextual, e apropriação, apresentando-se como objeto de relações de direito. (...) 'o fim prático das normas punitivas em geral — em que se incluem as penais, administrativas, disciplinares, tributárias e outras — tem por objeto a tutela de valores nela contidos', ao passo que, por exemplo, as normas penais se destinam à proteção de certos bens por ela visados, tais como a vida, o patrimônio, a incolumidade física, a fé pública, a saúde pública, etc., as normas tributárias se destinam à proteção dos interesses fiscais e extrafiscais das pessoas políticas competentes, constituindo-se, dessarte, objetos juridicamente tutelados, por apresentarem importância para a sistematização, protegidos por esses ramos do Direito. (...)" (DEZAN, Sandro Lúcio. *Ilícito Administrativo Disciplinar em Espécie*, Curitiba: Juruá, 2012, p. 60.)

2 BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*, 2ª ed. rev. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru/SP: EDIPRO, 2003, p. 198.

3 BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 2ª ed. rev. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru/SP: EDIPRO, 2003, pp. 109-111 e 125-132.

4 VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Max Lemonad, 1997, p. 72.

5 VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Max Lemonad, 1997, p. 69.

6 "Tanto a norma quanto a lei científica estabelecem uma relação entre uma condição e uma consequência. Se no segundo caso a consequência não se verifica, a lei científica deixa de ser verdadeira. Se, ao contrário, não se verifica no primeiro caso, a norma continua a ser válida. Uma lei científica não observada deixa de ser uma lei científica; uma norma ineficaz continua a ser uma norma válida no sistema." (BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 3ª ed., trad. Denise Agostinetti., São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 144-145.)

Por isso, a normatização por modais deônticos ocorre por uma estruturação binária, composta por um preceito primário e um preceito secundário[7]. A norma, primeiramente, preceitua uma situação fática, que torna uma conduta proibida ou obrigatória e, em segundo plano, preceitua uma consequência negativa ao descumprimento, o que se intitula sanção em sentido amplo. Ressalvadas as proposições permissivas, sem consequentes, posto facultativas, a proposição primária manifesta a ordem ou a proibição, ou — simplificadamente e, às vezes, em interpretação *contrario sensu* — a conduta esperada pelo ordenamento jurídico (ao estabelecer a pena de privação de liberdade para a conduta "matar alguém", a conduta esperada é que não se mate alguém). E, no anseio do cumprimento do objeto pretendido pela norma, prenuncia uma consequência negativa, a proposição secundária. A norma deôntica contém uma advertência sobre a resposta a ser dada pelas instituições (a consequência é externa e institucionalizada[8]) em caso de inobservância da norma.

Essa é a estrutura básica das normas jurídicas, voltadas ao comportamento humano, com ponto de partida e não convergência integral à Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen[9]. O descumprimento do preceito primário, ao qual a ordem jurídica concebe uma consequência negativa, é considerado comportamento ilícito, ou seja, contrário à ordem jurídica. A consequência negativa ou a resposta do ordenamento jurídico é denominada sanção (em sentido amplo).

Sucede que nem todas as normas de conduta preveem consequências a sua inobservância[10]. Mesmo normas de comando — proibitivas ou obrigatórias — podem, eventualmente, ser silentes quanto aos efeitos jurídicos do descumprimento e não deixam de ser normas de conduta, são apenas apontadas como normas de conteúdo imperfeito, ante a possível redução de sua eficácia social:

> "a estipulação de sanção não faz necessariamente parte da norma jurídica. Isso se verifica sempre nas normas de permissão, que, como dissemos, não podem ser associadas a sanções (...). Encontramos, também, normas que, apesar de estabelecerem obrigações, proibições, recomendações, não preveem sanções. São normas imperfeitas que carecem de um elemento decisivo da norma jurídica (...). A consequência da falta de sanção é a diminuição das chances de eficácia social."[11]

> "A existência de sanções jurídicas é absolutamente essencial para o Direito. No entanto, tal não significa que a violação de toda e qualquer norma jurídica dê origem à aplicação de uma sanção. A norma jurídica que não tem sanção é designada por norma imperfeita."[12]

Por sua vez, as normas que apregoam respostas ao descumprimento podem fazê-lo com sanções de diversas substâncias, em reações da ordem jurídica de finalidades e funções distintas. Como resposta à

---

7 (...) a célebre e tradicional divisão das normas jurídicas em primárias, que prescrevem mandamentos, e secundárias, que determinam sanções. A secundária funda-se na primária; o estatuído na secundária encontra-se fundado no da primária, pois a sanção só é possível sobre a base da violação de um dever." (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica. Norma Jurídica e Aplicação do Direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 399).

8 BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 2ª ed. rev. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru/SP: EDIPRO, 2003, p. 111. Também: BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 3ª ed., trad. Denise Agostinetti., São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 152.

9 "Uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas — particularmente contra condutas humanas indesejáveis — com um ato de coação, isto é, com um mal — como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros —, um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física — coativamente, portanto. Dizer-se que o ato coativo que funciona como uma sanção, se aplica um mal ao destinatário, significa que este ato normalmente recebido pelo destinatário como um mal. (...)
Na medida que o ato de coação estatuído pela ordem jurídica surge como reação contra a conduta de um indivíduo pela mesma ordem jurídica especificada, esse ato coativo tem o caráter de uma sanção e a conduta humana contra a qual ele é dirigido tem o caráter de uma conduta proibida, antijurídica, de um ato ilícito ou delito — quer dizer, é o contrário daquela conduta que deve ser considerada prescrita ou conforme ao Direito, conduta através da qual será evitada a sanção." (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8ª ed., tradução João Batista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 35-37.)

10 BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 3ª ed., trad. Denise Agostinetti., São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 158.

11 DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 3ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 115.

12 EIRÓ, Pedro. *Noções Elementares de Direito*. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1997, p. 46.

inobservância da norma, pode suceder a determinação de nulidade do ato ilícito, em retorno ao *status quo* jurídico anterior, pode decorrer o comando de desfazimento da situação fática, em retorno ao estado natural antecedente, pode advir a estipulação de causação de um mal ao agente. Há múltiplas espécies de sanção. A depender do objetivo pretendido pela ordem jurídica, diversificadas sanções podem ser aplicadas. E de forma isolada ou combinada. Em uma primeira aproximação e de forma não exauriente, as sanções podem ser categorizadas de acordo as seguintes funções: compulsória, reconstitutiva, compensatória, preventiva, punitiva[13] e invalidante[14].

Esclareçam-se, abreviadamente, as funções de cada qual. A **sanção compulsória** pretende que o infrator cumpra, mesmo que extemporaneamente, a obrigação normativa, pretende que a pessoa pratique a conduta devida. A infração praticada não deixa de existir, não se busca castigar o infrator e sim que o ato seja praticado. É exemplo de sanção compulsória a prisão do devedor de alimentos e a multa de mora pelo não pagamento de tributos. A **sanção reconstitutiva** visa ao retorno da situação física que teria se mantido não fosse a conduta ilícita. É o caso da demolição de prédio construído em desacordo com as normas urbanísticas; é também o caso da recomposição específica, ou seja, a entrega do próprio bem do qual foi privada a vítima. Quando a reconstituição específica não é possível, a **sanção** cabível é **compensatória**, na tentativa da ordem jurídica de reconstituir a situação anterior. Opera-se pela indenização pelos danos sofridos.

A **sanção punitiva** visa castigar o infrator. Também é denominada pena. Representa uma reprovação e visa impingir um sofrimento. Não haverá a reconstituição de uma situação fática. Seu objetivo é reprimir e retribuir com o mal causado pelo infrator. As penas privativas de liberdade constituem as ilustrações máximas dessas sanções. As **sanções preventivas** têm por objetivo evitar a prática futura de atos ilícitos, sua visão é prospectiva. Exemplificativamente, está a interdição de exercício de determinada atividade profissional, diante do receio de nova prática de fatos empreendidos no seu exercício. As **sanções invalidantes** objetivam o retorno de um estado jurídico anterior, com a invalidação do ato. Não há unanimidade nessa última categoria[15], mas há doutrina que defende tratar-se, sim, de uma sanção, posto consequência estabelecida pela

[13] "As diversas sanções impostas ao violador da norma jurídica podem ser objeto de distinções consoante a função que desempenham.
Embora todas elas se traduzam em consequências desfavoráveis resultantes da violação de uma norma jurídica, não têm todas a mesma função. A reação perante o não cumprimento da norma não se processa sempre da mesma maneira. Tudo depende de qual objetivo que se pretende atingir com a sanção. Ou seja, qual a função desta.
De acordo com este critério, surgem-nos as sanções: compulsórias, reconstitutivas, compensatórias, preventivas e punitivas.
A existência de diversas espécies de sanções não significa que o mesmo fato não possa dar origem à aplicação cumulativa de mais do que uma delas. É assim normal, por exemplo, que a sanção punitiva coexista com a compensatória. (...)" (EIRÓ, Pedro. *Noções Elementares de Direito*. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1997, p. 47.).
"As várias espécies de sanções não se distinguem entre si por traços estruturais, ou por representarem específicas figuras jurídicas: distinguem-se pela função que desempenham. Propõe-se sempre impor uma consequência desfavorável em reação à violação duma regra, mas podem ter finalidade: compulsória, reconstitutiva, compensatória, preventiva, punitiva. (...) Várias sanções podem cumular-se em reação a uma só violação. Por exemplo, um homicídio pode pôr em ação sanções compensatórias (indenização por danos pessoais, por exemplo), preventivas (medidas de segurança) e punitivas (prisão)". (ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito – Introdução e Teoria Geral – Uma Perspectiva Luso-Brasileira*, 10ª ed. revista. Coimbra/Portugal: Almedina, 1999, p. 59.)

[14] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade*, 4ª ed. revista. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 45-46.

[15] ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito – Introdução e Teoria Geral – Uma Perspectiva Luso-Brasileira.* 10ª ed. revista. Coimbra/Portugal: Almedina, 1999, p. 59.

ordem jurídica pela inobservância da norma[16]. São exemplos atos administrativos que, por violarem normas jurídicas cogentes, são nulos[17].

Nesse sentido, sanção constitui a consequência imposta pelo ordenamento jurídico em revide ao descumprimento de normas de comando positivo ou negativo, com a finalidade de proteger o bem jurídico, o valor social abrigado no preceito primário. Há normas que implicam várias consequências; algumas, apenas, uma, e outras, como se anotou, não preceituam consequência alguma.

Maria Helena Diniz, em conhecido estudo, baseado na combinação de respostas da ordem jurídica ao descumprimento da norma e em seus efeitos no sentido de assegurar a ordem e a paz social, classifica as normas jurídicas em quatro categorias: (i) norma jurídica mais que perfeita: em que as sanções consistem no restabelecimento da situação anterior, fática e/ou jurídica (nulidade), e na aplicação de pena ao violador; (ii) norma jurídica perfeita: estabelece o retorno ao estado anterior, sem aplicar um castigo; (iii) norma jurídica menos que perfeita: somente determina a aplicação de uma pena ao infrator; (iv) norma jurídica imperfeita: não acarreta qualquer consequência[18].

Como se vê, ultrapassadas as normas jurídicas imperfeitas, todas as consequências normativas passam pela cominação de sanções. Leia-se, *sanções em sentido amplo*, com uma variedade funcional, na qual idealmente, como melhor reação possível, prefere-se o restabelecimento do estado anterior ao descumprimento ou o estabelecimento do estado desejado, em preceitos que se resolvem com a nulidade ou o desfazimento do ato praticado. A depender da importância dos valores assumidos pelo sistema, a depender da repulsa à ação ou omissão descrita na norma e da consequência possível e desejada àquele ato, a proteção dada pela ordem jurídica varia, de inexistente à mais maléfica possível: o castigo ou a vingança estatal. As sanções não são, todavia, elementos essenciais da norma de conduta. Essencial é o preceito primário identificador do bem ou valor relevante à sociedade e a correspondente ação humana proibida ou obrigatória.

2.1 Ato ilícito

O comportamento contrário ao preceito primário prescrito na norma de conduta é considerado ato ilícito. O ato ilícito é um ato jurídico, sendo o ato o acontecimento em que há manifestação de vontade humana, mediante ação ou omissão, e ilícito a qualidade de contrário ao Direito. O ato ilícito, sinteticamente, é a transgressão de um dever jurídico positivo ou negativo. É a conduta desconforme com a esperada pela ordem jurídica. Pode ser passível de uma resposta do ordenamento jurídico (sanção em sentido amplo) ou pode não sofrer qualquer consequência jurídica.

---

16 "Ora, parece claro, se a contrariedade a direito constitui o cerne da ilicitude e é também, o fundamento da invalidade dos atos jurídicos, não é possível chegar-se a outra conclusão senão a de que o ato jurídico inválido integra o gênero fato ilícito *lato sensu*. É uma espécie de ato ilícito, o ato ilícito invalidante, que, na verdade, tem natureza especial, diferente dos outros atos ilícitos, porque recebe esse caráter de ilicitude por força da incidência de normas jurídicas invalidantes, que atuam já dentro do mundo jurídico, no plano da validade. Ao entrar no plano da existência, o ato jurídico é, como qualquer outro, apenas ato jurídico. Ao alcançar o plano da validade, se há déficit em elemento nuclear de seu suporte fáctico, decorrente de específicas contrariedades a direito, sofre a incidência da norma invalidante, cuja consequência é torná-lo inválido (= nulo ou anulável) em razão de sua natureza ilícita.
(...)
A invalidade, por isso, tem o caráter de uma sanção que o ordenamento jurídico adota para punir certa espécie de ato contrário a direito (= ilícito). É verdade que aparente diferenças relativamente às sanções que, de modo positivo, punem diretamente as pessoas, impondo-lhes ônus (como a perda da liberdade) e obrigações reparativas (como as de indenizar), porque a invalidade, em qualquer de seus graus (= nulidade e anulabilidade), tem efeitos negativos, frustrantes dos fins a que se prestam, regularmente, os atos jurídicos. Mas só aparenta. Em essência não há diferenças. Em qualquer das espécies há punição ao infrator da norma, só que a invalidade, se o não alcança em sua pessoa, diretamente, ou em seus bens, o atinge, recusando-lhe possa obter o objetivo colimado com a prática do ato jurídico invalidado." (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade*. 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 45-46.)

17 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade*. 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 44-45.

18 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica. Norma Jurídica e Aplicação do Direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 410-412.

Usualmente, a doutrina administrativista trata o ilícito e a sanção como conceitos reflexivos[19], isto é, há sanção se há ilícito ou há ilícito se há sanção[20]. No entanto, ainda que não haja cominação de sanção na norma, seu descumprimento amolda-se à figura do ato ilícito. A contrariedade ao Direito advém do descumprimento de uma prescrição de conduta. Apõe-se a qualificação de ilícita à conduta contrária à devida, à conduta antijurídica, enquanto antijuridicidade consiste na "contradição do fato, eventualmente adequado ao modelo legal, com a ordem jurídica, constituindo lesão a um interesse protegido"[21]. Noutros termos, há ilícito quando há o descumprimento de um preceito de conduta que sempre acoberta um bem jurídico. Há ilícito se há sanção, mas a recíproca não é verdadeira. A sanção é um *plus*, é a proteção jurídica dada ao comando do preceito primário para o alcance de maior efetividade social.

Portanto, pode haver ato ilícito mesmo em violação à norma sem previsão de sanção, pois sanção é consequência jurídica e não elemento essencial da norma jurídica. Anotem-se a esse respeito as lições de Maria Helena Diniz e de Sandro Lúcio Dezan:

> "a sanção é a *consequência jurídica* (grifamos) que o não cumprimento de um dever produz em relação ao obrigado. O essencial da norma jurídica não pode ser a consequência jurídica (a sanção), precisamente porque é consequência, a sanção encontra-se condicionada pela realização de um suposto, ou seja, da violação da norma. Se a obrigação for cumprida, a sanção não pode se impor. Portanto, a sanção é indiferente, estranha à essência específica da norma de direito pois é um elemento acidental."[22]

> "o ilícito é a conduta promovida pela ação ou omissão humana ilegal, contrária ao ordenamento jurídico e, por conseguinte, passível de sanção, a qual não se faz elemento desse conceito, mas sim sua consequência, implicada por lei. Busca-se, com isso, resguardar preventivamente a unidade e coerência e completude da ordem jurídica pensada pelo coletivo social."[23]

A ilicitude é uma categoria jurídica[24] ou um conceito lógico-jurídico[25], originária da Teoria Geral do Direito[26], que penetra nos diversos campos jurídico-epistemológicos. Assim, há ato ilícito no direito civil, há ato ilícito no direito penal, há ato ilícito no direito administrativo. Em todos os campos, a ilicitude reside no descumprimento da obrigação jurídica, na contrariedade ao Direito, sendo a consequência jurídica um

[19] Este é o pensamento de Régis Fernandes de Oliveira: "embora o direito discipline comportamentos humanos, há outras ordens normativas que também assim procedem. O que as distingue é a sanção. Como escreve Kelsen, "dessa forma, uma determinada conduta apenas pode ser considerada, no sentido dessa ordem social, como prescrita — ou seja, na hipótese da ordem jurídica, como juridicamente prescrita — na medida em que a conduta oposta é pressuposto de uma sanção. Tem-se, aí, o conceito de ilicitude ou antijuridicidade." (OLIVEIRA, Régis Fernandes de Oliveira. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 14).

[20] "É patente a íntima relação entre ilícito e sanção: só há ato ilícito se uma pessoa adota uma conduta contrária àquela prescrita pela norma primária. A sanção por sua vez, somente pode ser aplicada na hipótese de ocorrer um ilícito. Logo, sem sanção não há ilícito, pois uma determinada conduta apenas pode ser considerada como prescrita na medida em que uma conduta oposta é pressuposto de uma sanção." (MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As Sanções Administrativas à Luz da Constituição Federal de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 37.)

[21] Referindo-se ao conceito dado por Arturo Santoro. (OLIVEIRA, Régis Fernandes de Oliveira. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 17.)

[22] DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica. Norma Jurídica e Aplicação do Direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 400.

[23] DEZAN, Sandro Lúcio. *Fenomenologia e Hermenêutica do Direito Administrativo: para uma Teoria da Decisão Administrativa*. Porto: Editorial Juruá, 2018, p. 49.

[24] DEZAN, Sandro Lúcio. *Uma Teoria do Direito Público Sancionador: Fundamentos da Unidade do Sistema Punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2021, p. 13.
E para José Cretella Junior, categorias jurídicas são formas puras, modelos genéricos ou arquétipos, que são aproveitados depois pelos especialistas do direito privado e do direito público, para plasmar as espécies características e diferenciadas com que trabalham. (CRETELLA JÚNIOR, José. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 110.)

[25] Porque universal, descomprometido com um ramo específico do direito. É válido onde haja Direito. (MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As Sanções Administrativas à Luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 42-43.)

[26] CRETELLA JÚNIOR, José. *Do Ilícito Administrativo*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 68, n. 1, p. 135-159, 1973, p. 137.

elemento adicional, que pode assumir variadas formas, graus e funções, em razão do bem jurídico tutelado e das repercussões esperadas pela ordem jurídica.

Por isso, "não importa a que ramo da Ciência Jurídica pertença a norma violada; não há uma diferença ontológica entre ilícito civil, penal, administrativo ou de qualquer espécie. Todos têm o mesmo cerne."[27] Em todos os ramos do direito, é possível que a norma jurídica seja contrariada. Portanto, em essência, o ato ilícito é o mesmo.

2.2 Sanção nos diferentes ramos do direito

Há deveres de diversas naturezas que podem ser violados. O dever pode ser de cunho absoluto e indistinto, cabendo seu cumprimento a todo e qualquer membro da sociedade ou pode ser um dever relativo, de cumprimento por pessoa determinada; pode proteger direitos subjetivos, interesses comuns, direitos difusos e coletivos[28]. É o bem jurídico protegido pela norma que implica a justaposição ao preceito de conduta da previsão de sanção adequada. A norma de conduta quer evitar um dano a esse bem, seja ele material ou imaterial. Quanto mais importante o valor representado pela norma, mais eficácia social se planeja ao preceito, o que, em tese, é alcançado pela previsão sancionatória. Em todos os ramos do direito, há previsões de sanção em sentido amplo.

Comparativamente, o ilícito civil é o ato do homem, sem tipificação taxativa, que causa danos, cuja sanção mais reconhecida é a obrigação de reparação. Protege interesses privados, interesses da esfera subjetiva da vítima, notadamente de cunho patrimonial. As sanções, para mais da compensação dos danos, passam pela recomposição natural dos fatos, pela compulsão jurídica (e não material[29]) ao cumprimento da obrigação e pela invalidação de atos.[30]

---

[27] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 8ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p.197.

[28] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 8ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p.197.

[29] A compulsão material é ato posterior à aplicação da sanção; é a coação ao cumprimento da sanção. "Sanção e coação não se confundem. A sanção é uma consequência jurídica prevista pela norma jurídica; a coação é sua aplicação efetiva, segundo processos legais ou, (...) é o modo de concretizar-se a sanção. Exemplificativamente: a multa contratual é sanção, e a cobrança judicial dessa multa é coação. (...)
A coação não é elemento constitutivo da norma jurídica, pois se o fosse, nos casos em que se torna impossível coagir, desapareceria a norma jurídica." (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica. Norma Jurídica e Aplicação do Direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 400-402.)

[30] Essa diferenciação entre sanção civil e penal é feita por Guido Zanobini. Segundo o autor, é fácil a diferenciação entre sanções do direito privado e do direito penal. No direito privado, a sanção geral e comum é a reparação de danos, enquanto, no direito penal, a sanção funciona como um castigo, um mal para restaurar a autoridade da lei, mas que não compensa à vítima o dano causado. Também, a pena somente é encontrada nas relações de direito público em que as relações são baseadas nos elementos da supremacia e da subordinação. Confira-se: "nel campo del diritto privato crediamo la risposta presentarsi assai facile ed esauriente. Tutte l enorme del diritto privato, hanno, infatti, come sanzione generale e comune l'obbligo del risarcimento del danno. È evidente che l'obbligo del risarcimento, quando sorge dalla inosservanza di un'obbligazione o dalla violazione di una norma, ha carattere di sanzione: esso è un male (diminuizione di patrimônio), che viene inflitto al violatore dela norma e che è reso necessário per ristabilire l'equilibrio giuridico nei rapporti fra il medesimo e colui o coloro che dalla sua violazione hanno risentito un danno. Se questa è la sanzione própria del diritto privato, è certo purê che la medesima non corre alcun pericolo di essere confusa con le sanzioni del diritto penale: essa, infatti, non è una pena. Sebbene il contrario sia stato talora sostenuto, sono tropo evidenti le ragioni che, perdimostrare la completa separazione fra i due tipi di sanzioni giuridiche, sono state da altri poste in luce. La più decisiva di queste é quella che fa appello alla funzione specifica, che ha il risarcimento, di rimediare al male prodotto dalla violazione, sia pure infliggendo un sacrificio, un male all'autore di essa; laddove funzione dela pena è solo quella d'infliggere un male all'autore del fato illecito: male, che giuridicamente si disse restauratore dell'autorità dela norma, ma che materialmente non restaura l'offensa recata dal delinquente alla vittima e, traverso questa, alla società. Tale differenza è certo più profonda dell'altra, che dichiara il risarcimento stabilito nell'interesse privato dela vittima, laddove la pena sarebbe stabilita nell'interesse generale. (...) La pena s'incontra soltanto nei rapporti del diritto pubblico, nei rapporti cioè basati sopra l'elemento dela supremazia e dela subordinazione." (ZANOBINI, Guido. *Le sanzioni adminsitrative*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1924, pp. 5-7 e 38.)

O ilícito penal é também ato do homem, dessa vez com tipificação taxativa, cuja sanção é uma pena, sanção eminentemente **punitiva**, derivada do "poder geral que compete ao Estado para com os cidadãos que violam a ordem jurídica estabelecida no interesse da sociedade juridicamente organizada"[31].

O ilícito administrativo é o ato humano que contraria normas de conduta das funções *externa corporis* administrativas de gestão, fomento e ordenação[32] e as normas de conduta das funções *interna corporis* da administração. As sanções administrativas não são aplicadas pela função judiciária estatal, mas pela própria Administração Pública, no exercício da potestade estatal. As modificações pelas quais tem passado o Estado, com a inflação de suas funções[33], faz com que a Administração Pública agregue o poder de fiscalização e sanção de uma série de normas de conduta, cujas sanções variam enormemente. Assim, o Estado Administração pode aplicar sanções de quase todos os tipos: compulsórias, reconstitutivas, **punitivas**, preventivas e invalidantes.

Disso se inferem dois pontos em comum entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, que os afastam do ilícito civil[34]. Há ato ilícito com sanções com funções punitivas em ambas as esferas do direito[35]. E o Estado detém o monopólio do poder punitivo, em que pese por autoridades distintas, ora autoridade judiciária, ora autoridade administrativa. São normas conformadoras da atuação repressora estatal, que constituem o direito público punitivo. As sanções punitivas, ou penas, são chamadas *sanções no sentido estrito* do termo. São as

---

31 CRETELLA JÚNIOR, José. Do Ilícito Administrativo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 68, n. 1, p. 135-159, 1973, p. 141.

32 Neste ponto, José Cretella Júnior é restritivo na conceituação das infrações administrativas. Diz: "ilícito administrativo é todo ato positivo ou negativo, imputado a agente administrativo, em virtude de infração a dispositivo expresso estatutário". (CRETELLA JÚNIOR, José. *Do Ilícito Administrativo*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 68, n. 1, p. 135-159, 1973, p. 141.)

33 "A vertente sancionadora do direito administrativo vem se desenvolvendo de modo bastante veloz. A administração brasileira aplica sanções nos mais diversos âmbitos materiais — trânsito, meio ambiente, sistema financeiro, questões tributárias, concorrência, consumidor, medicamentos, dentre inúmeros outros." (COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal: A Necessidade de Desenvolvimento de uma Política Sancionadora Integrada. In: BLAZECK, Luiz Maurício Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coord.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 109.)

34 Sandro Lúcio Dezan explica que a responsabilização civil é unicamente patrimonial, no que difere da responsabilização de direito público sancionador, cujos fins são a retribuição pedagógica e a prevenção geral e especial, com a infligência de um mal em troca do mal praticado anteriormente. (DEZAN, Sandro Lúcio. *Uma Teoria do Direito Público Sancionador: Fundamentos da Unidade do Sistema Punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2021, pp. 3-5.

"Em que pesem importantes e respeitáveis estudos em sentido contrário (que apresentam uma concepção de ilícito civil em sentido lato), o ilícito civil referente à responsabilidade aquiliana não é espécie de ilícito de direito punitivo-sancionador. E isto se dá justamente pelos fins de sua previsão legal, qual seja, o escopo imediato de responsabilização patrimonial. Se há uma coerção de caráter preventivo especial e ou geral, estão não são imediatamente miradas pelos textos legais que estipulam a responsabilidade civil aquiliana, mas tão somente a reparação de um dano, o que afasta a possibilidade de uma sustentação de identidades ontológicas entre o ilícito civil aquiliano e o ilícito de direito público sancionador, dos quais fazer parte os ilícitos penal, administrativo, administrativo disciplinar, dentre outros." (DEZAN, Sandro. *Princípios de direito administrativo sancionador*. São Paulo: Tirant to Blanch, 2022, p. 21-22.)

35 Não tardará, também se defenderá que o direito civil é parte do *jus puniendi* estatal, pois já se reconhece a existência de normas civis puramente repressoras pelo Estado, como a perda da herança por filhos considerados indignos. É uma pena civil, com função repressiva. (cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: Introdução e Teoria Geral: Uma Perspectiva Luso-Brasileira*. 10ª ed. rev. Coimbra/Portugal: Almedina, 1999, p. 68). Há muito, aliás, Basileu García referia-se ao intercâmbio entre ilícitos civis e ilícitos penais. "O Direito Penal, como se vê pela sua evolução histórica surgiu tutelando interesses particulares, não há dúvida, mas elevou-se à defesa e conservação da sociedade. Resguardando os homens, que formam a comunidade, as leis penais protegem precipuamente a segurança e a tranquilidade coletivas. (...) O campo do Direito Penal é variável. Fatos considerados crimes numa época não o são em outra, e, ao contrário, fatos tidos como ofensivos a interesses individuais foram, mais tarde, reputados lesivos também à coletividade e, então, coibidos pelo Direito Penal. (...) Assim, através da evolução do Direito Penal e da progressiva transformação do ilícito civil em ilícito penal, nitidamente se percebem os pontos de contato entre os dois ramos do Direito – o civil e o penal." (GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. vol. I, Tomo I, 4ª ed. ver. e atual. São Paulo: Max Lemonad, 1905, p. 18.). Para mais, já têm sido levantadas críticas à separação absoluta entre o direito penal e o direito civil, por se tratar de uma concepção que deriva de uma construção social, que teve início no século XVIII e se consolidou no século XIX, e não de uma diferença real, ontológica. Não haveria um processo excludente de aplicação de sanções repressoras no direito penal e de aplicação de sanções, ainda que reparatórias, no direito civil (SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza. *Dimensões do princípio ne bis in idem*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013, 294 páginas, pp. 111-112.). Esse tema, porém, não será abordado no presente estudo. Parte-se da premissa de que há uma grande distância entre os ilícitos civil e penal; e que há uma grande proximidade e identificação estrutural entre os ilícitos penal e administrativo.

sanções-castigo, exímios instrumentos de repressão, de fim aflitivo, consistente na privação de um direito ou de um bem (*ad exemplum*, a imposição de multa sancionatória — e não moratória —, a perda de um direito, a retirada de uma autorização).[36]

2.3 Identidade ontológica de ilícitos e potestade punitiva estatal

A similitude entre as normas jurídicas de conduta acopladas a sanções punitivas — identidade ontológica entre os ilícitos administrativo e penal — resulta nas noções que têm sido propagadas na doutrina da unicidade do *jus puniendi* estatal.[37] Afirma-se que, se não há diferenças ontológicas entre os ilícitos penais e administrativos, o poder de punir do Estado é uno. O raciocínio, simples e circular[38], é atribuído às Cortes europeias, nos períodos de democratização da segunda metade do século XX, que buscavam conferir aos ilícitos administrativos as mesmas garantias e os direitos fundamentais dos acusados já reconhecidos em se tratando de ilícitos penais. O *jus puniendi* estatal é único porque não há diferenças ontológicas entre ilícitos penais e administrativos; não há diferenças ontológicas[39] entre ilícitos penais e administrativos, então o *jus puniendi* estatal é único.

No Brasil, já em 1945, Nelson Hungria, observando a estrutura das normas jurídicas, espraiava a noção de identidade ontológica entre os ilícitos administrativo e penal, e das consectárias sanções de caráter repressivo, o que era congruente com a ideia da unidade do *jus puniendi* estatal.

> "A ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico. Dizia Bentham que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: todas podiam ser, por sua identidade substancial, dispostas 'sobre um mesmo plano, sobre um mesmo mapamúndi'. Assim, não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critério de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço. (...)
>
> (...)
>
> Não há falar-se em direito penal subjetivo de justiça, em contraposição a um direito penal subjetivo de administração, mas tão-somente em direito penal subjetivo do Estado. A este, apenas a este, e não aos seus órgãos, cabe o *jus puniendi*. Ordens administrativas são ordens do Estado, e a desobediência contra estas é a essência, o *substratum* de todo e qualquer ilícito, e não uma peculiaridade do ilícito administrativo.
>
> (...)

[36] 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, 255 páginas, p. 91.

[37] Santiago Mir Puig explica que o *jus puniendi* estatal, em sentido subjetivo, é a faculdade de punir do Estado e que essa faculdade hoje se funda na concepção de Estado Social e Democrático de Direito, do que resultam os limites que o legislador e os demais órgãos estatais devem observar no exercício da função punitiva. Embora a enfocar o direito penal, são esclarecedoras as lições sobre estes limites: "el princípio de Estado de Derecho impone el postulado de um sometimiento de la postestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los limites derivados del principio de legalidad. La idea del Estado social sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la socied. Ello implica ya vários limites que giran en torno a la exigência de la necesidad social de la intervención penal. Por ultimo, la concepción del Estado democrático obliga en lo posible a poner el Derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos limites que hoy se asocian al respeto de princípios como los de dignidade humana, igualdad y participación del ciudadano." (MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal: Parte General", 8ª ed. Montevidéo – Buenos Aires: Júlio Cesar Faira Editor, 2009, p. 104.)

[38] Alejandro Nieto, em percepção perspicaz, afirma "(...) se trata de um razonamiento rigorosamente circular: porque si en la sentencia de Llorente se nos disse que la equiparación ontológica de sanciones y penas es consecuencia de la unidad del ius puniendi o potestade sancionadora, em la de Mendizábal se afirma, a la inversa, que es ésta la consecuencia de aquélla. En esta matéria es difícil, por tanto, determinar se el huevo precedió a la gallina." (NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed., Madrid: Tecnos, 2012, p. 128.)

[39] A identidade ontológica, entre os ilícitos, parece estar atrelada, para a maior parte dos autores, aos bens jurídicos protegidos por ambos os ramos do direito, em distinções ou similaridades que, mais à frente, serão expostas. Segundo a Teoria Geral do Direito, porém, a identidade ontológica é estrutural e não depende do valor específico abrigado pela norma, basta que a norma autorize que o Estado exerça o poder de repressão.

> Pena administrativa e pena criminal: (...) Há também uma fundamental identidade entre uma e outra, posto que pena seja, de um lado, o mal infligido por lei como consequência de um ilícito (....)."[40]

A elaboração do raciocínio foi importante passo para que a criação de paradigmas de orientação e operabilidade do conjunto de normas punitivas de direito administrativo, que permanecem em estudo. Afinal, as normas de conduta, à luz do direito administrativo, foram instituídas sem serem acompanhadas pela fixação de um aparato jurídico composto por princípios e ferramentas de aplicação das sanções previstas. A aproximação com o direito penal tem sido buscada, à míngua de metodologias e garantias mínimas, aos destinatários das normas punitivas administrativas.

É certo que os estudos e debates sobre as fronteiras entre ilícitos penais e administrativos ainda estão em evolução e ultrapassaram a estrutura da norma jurídica para atingir o conteúdo dos ilícitos penais e administrativos e de suas correspondentes sanções. Inclusive, as diferenças entre ilícitos penais e administrativos são meramente formais, ou seja, procedimentais, identificando-se ambos tanto em estrutura quanto em substância. A identidade ontológica que se apresentou até aqui se refere ao contexto estrutural da norma — um preceito de conduta justaposto a uma sanção com função aflitiva[41] — e já ampara o raciocínio da unidade do *jus puniendi* estatal.

As semelhanças entre os ilícitos são, porém, estudadas de modo mais profundo, chegando ao campo substancial da norma, oportunidade em que se alteram posições sobre o nível de identificação dos ilícitos. Foram as reflexões que transcendem a estrutura da norma jurídica, que despertaram, efetivamente, a ideia da existência de um único *jus puniendi* estatal. Contudo, como a compreensão de que a identidade ontológica entre ilícitos penais e administrativos reside na estrutura da norma jurídica, as discussões substanciais tornam-se ferramenta auxiliar na compreensão da integração do regime jurídico do direito penal ao direito administrativo sancionador, que ainda carece de definição. O tema será visitado em estudo posterior.

Por enquanto, destaca-se que o reconhecimento do *jus puniendi* estatal único, ainda vacilante no Brasil[42], tem sido valoroso para o direito administrativo que se expressa por meio de sanções, pois sua consequência imediata é a integração com o direito penal, ramo do direito que já alcançou elevado desenvolvimento teórico e principiológico. Está em ascensão o direito administrativo sancionador, um ramo do direito administrativo, paralelo ao direito penal, mas que com ele interage, por serem emanações de uma mesma fonte: o *jus puniendi,* ou poder de punir do Estado. Segundo essa linha de pensamento, a potestade sancionadora da Administração Pública convive com a potestade penal dos juízes e tribunais, formando um poder punitivo geral do Estado, que se subdivide nessas duas manifestações.[43]

---

[40] E prossegue: "e, por outro lado, um meio de intimidação ou coação psicológica na prevenção contra um ilícito. São espécies do mesmo genus." (HUNGRIA, Nélson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, v. 1, n. 1, 1945, pp. 24-31, p. 27.)

[41] Há uma "inequívoca unidade funcional del fenómeno sancionatório y la ausência de discriminación estructural entre ambos tipos de ilícito". (LLOBREGAT, José Garberí. *Derecho Administrativo Sancionador Practico: Comentarios, Jurisprudencia y Normativa Reguladora. Los Derechos Fundamentales del Inculpado en el Procedimiento Administrativo Sancionador.* V. II, Barcelona: Editorial Boch, 2012, p. 53.)

[42] Não há unanimidade relativa à ideia de *jus puniendi* único: "é forçoso concluir que o regime jurídico aplicável tanto ao direito penal quanto ao direito administrativo precisa apresentar um núcleo comum. Entendo que esse núcleo comum não decorre de um suposto *jus puniendi* único, que abrangeria o direito penal e o direito administrativo sancionador, mas sim do simples fato de os dois setores trabalharem com a aplicação de sanções a particulares, atividade que, pela sua natureza, exige legitimação, limitação, garantias e procedimentos próprios." (COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal: A Necessidade de Desenvolvimento de uma Política Sancionadora Integrada. In: BLAZECK, Luiz Maurício Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coord.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 112.)

[43] NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed., Madrid: Tecnos, 2012, p. 145.

3 Considerações finais

O direito administrativo sancionador é um ramo do direito administrativo em plena construção. Há poucas décadas, juristas passaram a defender a existência de um *jus puniendi* único, o que permitiu o intercâmbio do aparato legal e teórico de um ao outro, do mais desenvolvido ao mais desamparado, posto de nascimento mais recente. A manter-se essa unidade em torno de uma figura superior — a ideia do jus puniendi estatal único —, nada impede que o desenvolvimento do direito administrativo sancionador conduza ao empréstimo de princípios originalmente ideados ao direito penal, em um intercâmbio mutualista.

Consabido que a Teoria do Direito Administrativo sancionador se ampara em dois pilares, um de natureza formal e outro de natureza material, o estudo pretendeu desvelar, especificamente, o fundamento formal de aproximação entre ilícitos penais e administrativos, à luz da Teoria Geral do Direito. Como se viu, a normatização por modais deônticos ocorre por uma estruturação binária composta por um preceito primário e um preceito secundário, sendo o ato ilícito a transgressão de um dever jurídico positivo ou negativo, traduzido no preceito primário, e a sanção a consequência imposta pelo ordenamento jurídico em revide ao descumprimento de normas de comando positivo ou negativo, com a finalidade de proteger o bem jurídico, o valor social abrigado no preceito primário.

Há variadas espécies de sanções, sob o enfoque da função que visam desempenhar. Citam-se, em retomada das espécies deslindadas, sanções: compulsória, reconstitutiva, compensatória, preventiva, punitiva e invalidante. Nem todas as normas de conduta preveem consequências a sua inobservância. Normas podem ser silentes quanto aos efeitos jurídicos do descumprimento, sendo apontadas como normas de conteúdo imperfeito, ante a possível redução de sua eficácia social.

Com ou sem a previsão de sanção, ato ilícito é um conceito lógico-jurídico, que reside no descumprimento da obrigação jurídica, na contrariedade ao direito. Está presente em todos os campos jurídico-epistemológicos. Por isso, há ato ilícito no direito civil, no direito penal, no direito administrativo. A consequência jurídica constitui, apenas, um elemento adicional, que pode assumir variadas formas, graus e funções, como se disse, em razão do bem jurídico tutelado e das repercussões esperadas pela ordem jurídica.

Nesse cenário teórico geral, ilícitos penais e administrativos se aproximam por um detalhe crucial: ademais de serem normas de conduta *necessariamente* estatuidoras de sanções, as sanções *necessariamente* apresentam cunho repressor, punitivo, lastreado no poder geral que compete ao Estado de reprimir cidadãos que violam a ordem jurídica estabelecida no interesse da sociedade. Essa similaridade das normas jurídicas de conduta acopladas a sanções punitivas — identidade ontológica entre os ilícitos administrativo e penal — já ampara as noções que têm sido propagadas na doutrina da unicidade do *jus puniendi* estatal.

Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito - Introdução e Teoria Geral - Uma Perspectiva Luso-Brasileira*, 10ª ed. revista. Coimbra/Portugal: Almedina, 1999.

BLAZECK, Luiz Maurício Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coord.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*, 2ª ed. rev. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru/SP: EDIPRO, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 3ª ed., trad. Denise Agostinetti., São Paulo: Martins Fontes, 2010.

CRETELLA JUNIOR, José. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CRETELLA JUNIOR, José. *Do Ilícito Administrativo*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 68, n. 1, p. 135-159, 1973.

DEZAN, Sandro Lúcio. *Fenomenologia e Hermenêutica do Direito Administrativo: para uma Teoria da Decisão Administrativa*. Porto: Editorial Juruá, 2018.

DEZAN, Sandro Lúcio. *Ilícito Administrativo Disciplinar em Espécie*, Curitiba: Juruá, 2012.

_____, Sandro Lúcio. *Uma Teoria do Direito Público Sancionador: Fundamentos da Unidade do Sistema Punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2021.

_____, Sandro. *Princípios de direito administrativo sancionador*. São Paulo: Tirant to Blanch, 2022.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 3ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica. Norma Jurídica e Aplicação do Direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

EIRÓ, Pedro. *Noções Elementares de Direito*. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1997.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. vol. I, Tomo I, 4ª ed. ver. e atual. São Paulo: Max Lemonad, 1905.

HUNGRIA, Nélson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, v. 1, n. 1, 1945, pp. 24-31.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8ª ed., tradução João Batista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LLOBREGAT, José Garberí. *Derecho Administrativo Sancionador Practico: Comentarios, Jurisprudencia y Normativa Reguladora. Los Derechos Fundamentales del Inculpado en el Procedimiento Administrativo Sancionador*. V. II, Barcelona: Editorial Boch, 2012.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 8ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade*, 4ª ed. revista. São Paulo: Saraiva, 2000.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As Sanções Administrativas à Luz da Constituição Federal de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2007.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 8ª ed. Montevidéo – Buenos Aires: Júlio Cesar Faira Editor, 2009.

NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed., Madrid: Tecnos, 2012.

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, 255 páginas, 2012.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de Oliveira. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza. *Dimensões do princípio ne bis in idem*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 294 páginas, 2013.

VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Max Lemonad, 1997.

ZANOBINI, Guido. *Le sanzioni adminsitrative*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1924.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.