

DISTINÇÃO ENTRE OS ILÍCITOS ADMINISTRATIVO E PENAL. A ATIVIDADE PUNITIVA EM MATÉRIA CONTRATUAL. COMPETÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

SÍLVIA DE ALENCAR SOUZA FIGUEIREDO

Advogada da União no Comando da Aeronáutica do Rio de Janeiro

Especialista em Direito da Administração Pública pela UFF

SUMÁRIO: 1 Ilícito Administrativo e Penal;
2 A Atividade Punitiva da Administração Pública.

1 ILÍCITO ADMINISTRATIVO E PENAL

Não há diferença substancial entre os ilícitos penais, civis e administrativos. Essencialmente não se distinguem, são todos atos ilícitos.

A diferença que existe é de natureza legal e extrínseca, porquanto o ilícito penal é sancionado com a pena; o ilícito civil produz sanções civis; e o administrativo, sanções administrativas.

Somente quando atentamos para a natureza da sanção prevista na lei é que podemos determinar o tipo de ato ilícito com o qual estamos lidando.

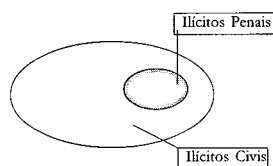
A explicação encontra-se no fato de que uma das características do direito penal é a subsidiariedade. Isso quer dizer que o direito penal não é o único meio usado para punir condutas, existem os ilícitos civis, administrativos, tributários, etc.

Um mesmo bem jurídico pode ser tutelado de diversas maneiras

O fundamento para criar a responsabilidade pela prática do ato

ilícito, em qualquer esfera, é sempre o mesmo. Porém, a responsabilidade criminal é mais exigente quanto aos requisitos que devem estar presentes para que se caracterize. Podemos dizer, então, que o direito tutela todos os bens jurídicos, mas só as condutas de especial gravidade são estudadas pelo direito penal.

Outra diferença apontada é a que separa o ato da Administração, que visa



punir o ilícito administrativo, do ato punitivo do Estado, que sanciona o ilícito penal. Para Hely Lopes Meirelles,¹ trata-se o primeiro de medida de autotutela da Administração; enquanto o segundo seria uma medida de defesa social. Daí por que a punição administrativa compete a todos os

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 178.

órgãos da Administração Pública – vale dizer: de todos os entes da Federação e suas autarquias e fundações públicas – ao passo que a punição criminal é da competência legislativa privativa da União, e só pode ser aplicada pelo Poder Judiciário.

2 A ATIVIDADE PUNITIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A atividade punitiva do Estado não é exercida apenas no âmbito do Poder Judiciário, ainda há uma vasta competência punitiva a cargo da Administração Pública. Para o Prof. Eduardo Dias,² da Universidade de Fortaleza, essa competência pode ser vista como resquício da centralização do poder que existia antes das revoluções liberais burguesas.

Agindo a Administração com poder de império em face dos administrados, pode tornar efetiva a sua vontade diretamente, com os meios que dispõe, sem a necessidade de recorrer ao Judiciário para obter deste uma sentença (que seria o título executivo).

Essa posição privilegiada da Administração, que lhe confere o poder de executar, por seus próprios meios, os atos administrativos editados, é resultante do que os doutrinadores franceses denominam de *privilège du préalable*.³ Essa prerrogativa só é afastada, excepcionalmente, quando se encontra em jogo a liberdade individual ou a

retirada da propriedade sem o competente processo expropriatório.

As decisões administrativas, como sabemos, têm força executória: entram em ação e produzem efeitos imediatos, de forma unilateral. É o que chamamos de executoriedade ou auto-executoriedade do ato administrativo.

Realmente, não dispõem os particulares do direito de agir. Seus atos são desprovidos de executoriedade. O credor que pelos próprios meios tentasse compelir o devedor a cumprir a obrigação assumida ou aplicasse eventual penalidade prevista, cometeria a denominada via de fato, não admitida pelo nosso ordenamento. Cabe aos juízes e tribunais a distribuição da justiça, sendo vedado ao particular – à exceção dos casos expressamente previstos em lei – efetivar seu direito com as próprias mãos.

Por outro lado, a Administração, em princípio, tem o privilégio de fazer executar, por seus agentes, as decisões tomadas, sem apoio em título executivo judicial (sentença).

Aliás, os atos administrativos, pela simples razão de emanarem de órgãos do Estado, trazem consigo a presunção de legitimidade.

Dessa forma, as razões de ordem prática que justificam a competência punitiva conferida à Administração

² DIAS, Eduardo Rocha. *Sanções Administrativas Aplicáveis a Licitantes e Contratados*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 23.

³ *Privilège du préalable* é o nome que os franceses dão à posição privilegiada, sem título, porém eficiente, que a Administração ocupa em relação aos administrados.

Pública são, segundo o Prof. Eduardo Dias, basicamente as seguintes:

1 Maior flexibilidade, celeridade e agilidade do sancionamento administrativo em comparação com o maior formalismo e demora do sancionamento judiciário-penal, o que pode propiciar maior eficácia à sanção do que se a mesma fosse aplicada pelo juiz;

2 A necessidade de conhecimentos técnicos para efetuar a apuração das infrações, conhecimentos esses que nem sempre são partilhados pelos magistrados, mas que são inerentes à atuação da autoridade administrativa que aplica a sanção, que pode, por isso mesmo, melhor avaliar os fatos puníveis;

3 O reduzido número de juízes, o que torna irrealizável o desígnio de concentrar no Poder Judiciário toda a atividade punitiva do Estado e a interpretação rigorosa do princípio da separação dos poderes.

A título de ilustração, vale dizer que o Prof. Hugo de Brito Machado⁴ utilizou-se de argumentos semelhantes para justificar a discriminalização de condutas atualmente tipificadas como crimes contra a ordem tributária. Ele ressalta que, na verdade, o efeito intimidativo da pena reflete a falta de justiça fiscal no Brasil, e que as maiores formalidades e garantias do direito penal tornam a pena pouco eficaz se comparada à maior simplicidade do procedimento sancionatório administrativo.

É verdade que as justificativas apresentadas dizem respeito ao sancionamento administrativo com fundamento na supremacia geral do Estado. No caso das sanções aplicáveis com base em relações especiais de sujeição, como é o caso dos licitantes e contratados, a necessidade de justificação é menor.

Isso porque a necessidade que a Administração tem de celebrar contratos decorre do fato de não ser esta auto-suficiente, necessitando da colaboração de particulares. Porém, ao contratar com particulares, ainda assim permanece o Poder Público com suas prerrogativas. Daí serem os contratos administrativos e o competente procedimento licitatório regidos essencialmente pelo direito público, caracterizado pela supremacia do interesse público em face do interesse particular. É esse princípio que possibilita à Administração aplicar sanções aos licitantes e contratados, prerrogativa normalmente apontada como uma “cláusula exorbitante” dos contratos administrativos.

Deve ser ressaltado que, para o direito brasileiro, não é a voluntariedade da sujeição do particular nos contratos administrativos que transforma o contrato em fonte do sancionamento administrativo. O princípio da legalidade obriga que se procure a fonte na própria Lei das Licitações e Contratos.

⁴ Hugo de Brito Machado (*Revista de Direito Administrativo* n° 199), *apud* Dias, *op. cit.*, p. 24.

A competência punitiva reconhecida à Administração Pública deve servir para que os administrados busquem aumentar as garantias a seus direitos fundamentais, na medida em que o uso das sanções administrativas constitui forte intromissão do Poder Executivo na esfera da Justiça. Mesmo dentro das chamadas relações especiais de sujeição – notadamente nos contratos administrativos – faz-se necessária a observância às garantias e princípios que informam o direito penal. Não se pode aceitar a aplicação de qualquer sanção sem obediência mínima aos princípios da legalidade, da tipicidade e do devido processo legal, sob pena de violação ao princípio do Estado de Direito (CR, art. 1º) e da regra prevista no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República.⁵

O questionamento que se faz é para saber se o Estado-Administração, ao aplicar uma sanção administrativa, e o Estado-Jurisdição, ao aplicar uma pena, estariam exercendo a mesma função. Até porque a identificação da natureza da função exercida serve para se tomar conhecimento dos princípios jurídicos aplicáveis a uma ou a outra atividade do Estado.

É claro que existe certa semelhança entre a atuação do Judiciário e a do Executivo na aplicação da sanção. Em qualquer uma delas, ocorre a concretização da norma jurídica, que consiste num procedimento por meio do qual se aplica a consequência jurídica

prevista na norma geral em decorrência do descumprimento do preceito nela instituído. Porém, a afirmação de que a Administração, ao punir uma infração administrativa, estaria exercendo jurisdição não encontra embasamento no nosso ordenamento jurídico.

Primeiramente, porque a decisão proferida em processo administrativo não faz coisa julgada, podendo a questão ser discutida novamente perante o Judiciário. Em segundo lugar, porque o órgão julgador, muitas vezes parte na relação jurídica conflituosa, em geral é também o interessado na aplicação da sanção, e não sujeito imparcial, em razão da supremacia dos interesses tutelados.

É importante lembrar que até a atividade negocial privada admite o estabelecimento de sanções – que são as cláusulas penais – a serem aplicadas no caso de descumprimento das obrigações assumidas reciprocamente. A utilização desse tipo de cláusula (penal) nos contratos privados tem origem num fenômeno sociológico, anterior ao surgimento do Estado Moderno, denominado controle social. Assim, essas sanções seriam estabelecidas como consequência da inobservância às normas do grupo social, a quem caberia aplicá-las.

Com o desenvolvimento das sociedades e das formas de organização político-jurídica, a atividade punitiva passou a ser exercida pelo Estado. Por uma questão de política legislativa

⁵ CR/88: Art.5º [...] LV. Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

mundialmente difundida, uma parte dessa competência punitiva é atribuída ao Judiciário e outra à Administração.

O exercício de competência punitiva pela Administração é atividade administrativa e, apesar de ser informada por princípios originados no direito penal, sua natureza administrativa demanda um tratamento específico.

Assim, por exemplo, a aplicação de sanção administrativa, como toda atividade da Administração, sujeita-se ao princípio da legalidade. Daí por que afirmar-se que o contrato administrativo não é, por si só, instrumento hábil a criar infrações e instituir sanções. O administrador público não pode inserir no contrato administrativo cláusula prevendo uma conduta ou uma sanção que não tenha sido tipificada em lei.

Deve ser lembrado que o direito penal serviu como parâmetro para as garantias dadas aos particulares submetidos ao sancionamento administrativo. Entretanto, se há o reconhecimento da similaridade entre a atividade punitiva da Administração e a punição penal, é certo também que ambas não se confundem.

Assim sendo, o sancionamento administrativo, não obstante estar desprovido do atributo da coisa julgada e ser exercido por sujeito interessado na aplicação da sanção, sujeita-se aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, e deve ser interpretado como a forma de atuação

administrativa que é. Os bens jurídicos tutelados pelo Direito Administrativo tendem a uma maior generalidade quando comparados aos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal, que costumam ser mais individualizados.

Eduardo Dias,⁶ citando o autor espanhol Alejandro Nieto, distingue as duas atividades punitivas afirmando ser o direito administrativo sancionador, um direito tipicamente de riscos, que pune não o resultado danoso; mas, sim, o potencial dano causado pelo particular que não cumpre as normas jurídicas. Um exemplo seria a multa aplicável ao motorista que avança o sinal vermelho: pune-se o condutor não pelo dano efetivamente causado, mas pelo risco contido em sua conduta. Outro exemplo é a multa moratória aplicada ao contratado que retarda o cumprimento de suas obrigações (Lei nº 8.666/93, art. 86). Ainda que não haja qualquer dano para a Administração-contratante, o dano potencial decorrente do atraso autoriza a penalização.

É importante salientar, no entanto, que o critério distintivo, acima mencionado, perde a sua força argumentativa na medida em que existem muitos crimes que não exigem, para sua consumação, a efetiva ocorrência de dano. São os denominados crimes de mera conduta, como os de periclitación da vida e da saúde, previstos no Código Penal arts. 130 a 135.

⁶ DIAS, op. cit., p.29.