

O TIPO E A TIPICIDADE NO CONTEXTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Anna Flávia Camilli Oliveira

Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania – Unicuritiba

annacamioli@yahoo.com.br

RESUMO

Este artigo procura analisar, inicialmente, o conceito de infração administrativa. Ao se tomar por base o conceito estratificado de infração que a define como comportamento típico, antijurídico e culpável, passa-se à análise da tipicidade como elemento da infração. Analisam-se, então, os elementos do tipo, a fim de se estabelecer quais os requisitos para que haja a conduta típica, punível com sanção administrativa. Os elementos que são estudados são objetivos, subjetivos e normativos. A ausência de qualquer um deles faz com que deixe de existir infração. Importante ressaltar que a tipicidade é consequência do princípio da legalidade e tem por fim proteger as pessoas das ações do Estado, a partir do momento em que se define a conduta reprovável e a sanção aplicada a ela, possibilitando ao indivíduo que condicione seu comportamento a fim de evitar a ação punitiva do Estado. Ainda, neste trabalho, serão analisados os elementos do tipo, a vedação da analogia em direito administrativo sancionador e a possibilidade de normas punitivas em branco.

Palavras-chave: Infração administrativa; Tipicidade; Elementos do tipo; Norma jurídica em branco.

1 INTRODUÇÃO

O poder punitivo do Estado não se limita à esfera criminal, estende-se – também – para a área administrativa (ambiental, tributária etc.). Tendo em vista a infração administrativa que se define como comportamento típico, antijurídico e culpável, o presente artigo pretende fazer uma análise acerca de algumas questões pertinentes à tipicidade. Justifica-se tal opção, uma vez que inexistindo a previsão legal do comportamento indesejável passível de punição preestabelecida, não se pode falar em infração administrativa ou em sancionamento da conduta reprovável.

Alguns bens jurídicos merecem proteção especial, principalmente quando tratamos de liberdade ou propriedade, notamos que há como afetar tais bens sem que haja um justo motivo para tal.

O Estado e a sociedade possuem uma espécie de “respeito” a determinados bens jurídicos, sendo os mesmos tutelados. Não é difícil notar, então, que há uma valoração de

alguns deles por parte do Estado destes bens. Tal valoração se manifesta através de normas jurídica que os tutelam. Tais normas proíbem ações que afetem de alguma forma – lesionando ou colocando em perigo – referidos bens.¹

Quando se trata de Direito Administrativo Sancionador, estamos diante de situações em que a Administração Pública esta agindo de forma a atender os interesses do Estado, podendo, em alguns casos restringir alguns direitos do indivíduo.

O artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988 determina que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Tal disposição refere-se claramente ao Direito Penal ao exigir que haja um tipo penal descrito em lei para que se possa cogitar a possibilidade de sancionamento, no entanto o mesmo dispositivo pode claramente ser aplicado ao Direito Administrativo Sancionador.

Salta-nos aos olhos, aqui, a presença do princípio da legalidade, segundo o qual ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Desta forma, notório que o comportamento indesejado pela sociedade deverá estar previsto em lei para que possa ser exigida do indivíduo conduta condizente com aquela desejada pelo Estado. Lembremos, então, que o princípio da tipicidade é corolário à legalidade, sendo que aquele, nos dizeres de Fábio Medina Osório, “apenas desempenha funções de dar desdobramentos à legalidade garantista do Direito Punitivo”².

O princípio da legalidade é o responsável pela proteção que mencionamos anteriormente. Qualquer ofensa a este princípio é uma ameaça ao Estado Democrático de Direito. É necessário que o indivíduo saiba quais são seus deveres e direitos. E mais, é imprescindível que tenha a certeza de que não terá seus direitos ofendidos por mera discricionariedade.

Desta forma, não há dúvidas que o estudo da tipicidade no Direito Administrativo Sancionador é de extrema relevância. Analisaremos brevemente, então, os conceitos de infração administrativa dados por Heraldo Garcia Vitta, Regis Fernandes de Oliveira e Daniel Ferreira

Em seguida, passar-se-á à análise da tipicidade como princípio e do tipo. Em relação a este, analisaremos além do conceito, os elementos que o compõe que são imprescindíveis para

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. Vol. III. Buenos Aires, Argentina: Ediar, 1999. p. 220-221.

² OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 262.

a compreensão de um comportamento como típico ou não, uma vez que a ausência de qualquer dos elementos (objetivos, subjetivos ou normativos) faz com que não se configure o tipo.

Em seguida, será analisada admissibilidade de normas jurídicas “em branco” no Direito Administrativo brasileiro, bem como em que casos estas normas são admissíveis e sobre a competência da Administração Pública para suprir as lacunas existentes nos dispositivos.

Ao final, abordar-se-á a vedação da analogia em Direito Administrativo Sancionador e a possibilidade da Administração Pública restringir direitos com base nas cláusulas gerais.

2 CONCEITO DE INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA

Antes de iniciar a análise da tipicidade no Direito Administrativo Sancionador, faz-se necessária uma breve análise do conceito de infração administrativa. Justifica-se tal estudo preliminar para poder – antes de tudo – definir o “papal” ou até mesmo, situar a importância da tipicidade para a aplicação da sanção administrativa (que exige norma que determine comportamento reprovável e a respectiva sanção).

Diversos autores definem a infração administrativa. Alguns elementos são comuns a todos os autores. Heraldo Garcia Vitta ensina que

[...] é o descumprimento de um dever (conduta contrária ao comando da norma), pelo destinatário da norma jurídica, cuja sanção possa ser imposta por autoridade administrativa (no exercício da função administrativa), em virtude do ordenamento jurídico conferir-lhe tal competência³.

Para Regis Fernandes de Oliveira, a infração administrativa “significa o comportamento contrário ao previsto na norma, seja obrigatório, seja proibido”⁴ e conclui a esse respeito que “infração é, pois, o comportamento típico, antijurídico, cuja sanção aplicada é por órgão administrativo, ou pelos órgãos judicial ou legislativo, no exercício de função atípica”.⁵

Para Daniel Ferreira, que em sua obra trata do conceito estratificado de infração – que aqui nos é o mais útil tendo em vista a racionalidade lógica nele aplicada o que torna o estudo

³ VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p.35.

⁴ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 19.

⁵ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 19

²⁴ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 5, n. 1, p. 22-34, jan./jun. 2011.

mais claro e sistematizado, nos ensina que “a infração administrativa é, do ponto de vista *analítico-formal*, o comportamento típico, antijurídico e culpável que enseja a aplicação, no exercício de função administrativa, de uma sanção de mesma ordem”⁶. Este autor, bem como o anterior, explicita que a tipicidade é parte integrante da infração administrativa.

Adianta-se, pela análise dos conceitos acima fornecidos que não há como se falar em infração administrativa – e aqui se pode incluir a infração penal – sem que haja o tipo previamente estabelecido.

As infrações administrativas deverão atender a alguns princípios, que conforme elenca Celso Antônio Bandeira de Mello são: “a) princípio da legalidade; b) princípio da anterioridade; c) princípio da tipicidade; d) princípio da exigência de voluntariedade”⁷.

Como podemos notar, é comum a todos os autores, ao conceituar a infração ou estabelecer os princípios que regem as infrações, elencarem a tipicidade. A seguir, analisaremos especificamente a mesma.

3 TIPLICIDADE E TIPO

3.1 TIPLICIDADE

O artigo 5º, inciso II da Carta Magna dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Mais adiante, em seu artigo 5º, inciso XXXIX, que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Ambos dispositivos demonstram que o Estado, para impor qualquer sanção ao indivíduo deverá – primeiramente – definir em leis as hipóteses em que poderá fazê-lo, bem como o tipo de sanção aplicável. Na lição de Luiz Fernando de Freitas Santos temos que

[...] para poder impor a sanção, o Estado precisa antes de tudo definir na lei com as minúcias possíveis aquilo que a sociedade não quer ver realizado e estabelecer a exata sanção que recairá sobre o agente, sanção essa que funciona como ameaça a todos os destinatários da norma⁸.

⁶ FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 231.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 816.

⁸ SANTOS, Luiz Fernando de Freitas. *A tipicidade no direito administrativo sancionador: Balada de La Justicia y La Ley in* OSÓRIO, Fábio Medina (coord.). **Direito sancionador: sistema financeiro nacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 257.

A sanção e a infração administrativas estão sempre juntas quando observamos o tipo. Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello que “a infração é prevista em uma parte da norma, e a sanção em outra parte dela”⁹.

Heraldo Garcia Vitta, citando a lição de Cassagne, destaca que a

[...] tipicidade é um corolário *obrigatório* do princípio da *legalidade*; é garantia quanto à determinação subjetiva ou discricionária dos fatos que configuram o ilícito e forma de prevenção individual e social, pois o conhecimento público e oficial da ação punível desestimula a prática dos fatos reprimidos pela lei¹⁰.

Celso Antônio Bandeira de Mello nos apresenta de maneira muito clara a função e a importância de se ter previamente estabelecida a conduta reprovável, bem como a sanção que será imposta caso o agente incorra nela. Em seus dizeres

[...] A configuração das infrações administrativas, para ser válida, há de ser feita de maneira suficientemente clara, para *não deixar dúvida alguma sobre a identidade do comportamento reprovável*, a fim de que, de um lado, o administrado possa estar perfeitamente ciente da conduta que terá de evitar ou terá que praticar para livrar-se da incursão em penalizações e, de outro, para que dita incursão, quando ocorrente, seja *obviamente* reconhecível (...) Assim, pressuposto inafastável das sanções implicadas nas infrações administrativas é o de que exista a possibilidade de os sujeitos saberem previamente qual a conduta que não devem adotar para se porem seguramente a salvo da incursão da figura infracional; ou seja, cumpre que tenham ciência perfeita de como evitar o risco da sanção e, ao menos por força disto (se por outra razão não for), abster-se de incidir nos comportamentos profligados pelo Direito.¹¹

Quando falamos em imposição de sanção administrativa, devemos lembrar que “para que o Estado possa impor pena administrativa, urge que a *conduta e também a sanção* estejam *previamente estabelecidas em lei*”¹², como ensina Heraldo Garcia Vitta.

Aqui, cabe-nos retomar mais uma vez ao conceito de Daniel Ferreira que nos traz o comportamento como meio de pelo qual se dá a infração. Para que haja comportamento é necessária a voluntariedade. O comportamento deve ser desejado pelo agente. Aqui, se torna latente a razão de se estabelecer previamente qual a conduta reprovável e a respectiva sanção. Ora, se é necessário que o comportamento seja desejado pelo agente é, também necessário,

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 813.

¹⁰ VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 89.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 818.

¹² VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 90.

²⁶ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 5, n. 1, p. 22-34, jan./jun. 2011.

que o agente tenha consciência da reprovabilidade de sua conduta e da sanção que lhe será imposta caso ele a pratique. “Assim, o ‘tipo administrativo’, na *supremacia geral do Estado*, deverá conter a *conduta* e a correspondente sanção”.¹³

3.2 TIPO

Analisada a tipicidade, passemos para o tipo e seus elementos.

Regis Fernandes de Oliveira define tipo como “conjunto de elementos de comportamento punível previsto na lei administrativa”.¹⁴ O mesmo autor nos traz os elementos do tipo

[...] Os elementos do tipo dividem-se em *objetivos*, *subjetivos* e *normativos*: os primeiros dizem respeito ao lugar, tempo, condições do sujeito e objeto da ação punível; os segundos dizem respeito ao fim visado pelo agente, o intuito que o animou à prática do ato; os últimos conduzem a um juízo de valor em relação aos pressupostos do injusto típico (“sem licença de autoridade competente”, “funcionário público”, “sem as formalidades legais”, “decoro”, “injusta” e outras expressões jurídicas ou extrajurídicas que exigem uma compreensão geral do direito ou da realidade social). Faltando algum destes elementos, desde que expressos no tipo, não haverá infração.¹⁵

Analisaremos, a seguir, cada um dos elementos que constituem o tipo.

a) Elementos objetivos

Para Eugênio Raúl Zafaroni, “*el tipo objetivo es el nucleo real-objetivo de todo delito*”¹⁶.

Como já mencionado anteriormente, na lição de Regis Fernandes de Oliveira, os elementos objetivos do tipo são aqueles que se referem ao lugar, tempo, condições do sujeito e objeto da ação punível.

O doutrinador argentino afirma que

¹³ VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 91.

¹⁴ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 20.

¹⁵ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 21.

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. Vol. III. Buenos Aires, Argentina: Ediar, 1999. p. 263.

[...]no hay acciones penalmente relevantes sin resultado físico o material: solo hay formas de individualizar acciones penalmente relevantes y resultados físicos o materiales: en algunos se describe el resultado lesivo, en otros es cualquiera que afecte al bien, em otros, por ultimo, es conceptualmente inseparable de la acción¹⁷

Ora, pelo exposto, vemos que o elemento objetivo da infração abarca também aquelas de mera conduta, uma vez que não são infrações sem resultado material, mas ações com resultado material individualizado de maneira diversa dos outros tipos.

Ainda, deve-se ressaltar que neste tópico que os elementos objetivos referem-se às circunstâncias, à causalidade.

b) Elementos subjetivos

Partindo-se da relação e definição de Regis Fernandes de Abreu segundo o qual os elementos subjetivos do tipo são aqueles que se referem ao fim visado pelo agente quando da prática do ato, ou ainda, o intuito que o animou à prática do ato. Aqui relacionaremos dois conceitos muito comuns do direito penal: o dolo e a culpa.

Eugenio Raúl Zafaroni nos ensina que normalmente há uma congruência entre os elementos objetivos e subjetivos do tipo¹⁸. O mesmo autor define o dolo como “*la voluntad realizadora del tipo objetivo, guiada por el conocimiento de los elementos de éste em el caso concreto*”¹⁹ e continua “*El dolo es finalidad que se individualiza en el tipo en atención a ella misma (y no por El modo de su realización, como sucede en tipos culposos)*”²⁰.

Assim temos que existe dolo quando há o conhecimento da reprovabilidade da ação cometida e o agente opta, mesmo assim, por realizá-la. Supracitado autor expõe com clareza ímpar as condições em que se dá a conduta dolosa

[...] El nexo causal y el resultado físico deben ser previstos por el autor. Cabe insistir aquí en algo que, de suyo, es totalmente obvio: lo que el dolo requiere no es un conocimiento efectivo de la manera en que los hechos se han desarrollado, porque sería logicamente imposible, ya que ese conocimiento sólo puede ser posterior al resultado. Exige una previsión del nexo causal y del resultado, para que el autor

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. Vol. III. Buenos Aires, Argentina: Ediar, 1999. p. 267.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. Vol. III. Buenos Aires, Argentina: Ediar, 1999. p. 295.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. Vol. III. Buenos Aires, Argentina: Ediar, 1999. p.297.

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. Vol. III. Buenos Aires, Argentina: Ediar, 1999. p. 298

siempre serán acontecimientos futuros, que pueden preverse mas no conocerse, por mucha que sea la certeza de la previsión y aunque haya una absoluta confirmación a posteriori (sé que las piedras caen hacia abajo, pero, lo más que puedo afirmar acerca de la que ahora tienes en la mano es que muy probablemente , si la dejase, caería hacia abajo)²¹.

Esta previsibilidade do nexo causal é, portanto para o autor argentino, a característica do dolo. Há culpa quando o agente não pretende o resultado. Explico, quando por imprudência, imperícia ou por negligência, o agente ao praticar determinada ação obtém resultado reprovável. O agente que comete culposamente uma infração não prevê que aquela conduta o levará ao resultado infracional.

Aqui temos então, que a conduta do agente deverá no mínimo ser voluntária, o fim lmejado o é o elemento diferenciador entre a conduta dolosa e a conduta culposa. A conduta, em si, é sempre voluntária, uma vez que se não o for, não se trata de conduta típica.

c) Elementos normativos

Os elementos normativos são aqueles relativos aos pressupostos que deveriam ter sido observados e não o foram. Por exemplo, quando há forma prescrita em lei e a mesma não é obedecida. Ainda, referem-se a elementos que carecem de uma interpretação que exige compreensão geral do direito ou da realidade social.

3.3 NORMAS PUNITIVAS “EM BRANCO”

Luiz Fernando de Freitas Santos conceitua a norma punitiva em branco como “aquela na qual a conduta punida se encontra descrita, mas depende de complementação”²².

Rafael Munhoz de Mello ensina que as normas em branco são aquelas “disposições legais que tipificam as infrações administrativas de modo incompleto, dependendo a tipificação completa de elemento constante de outra norma jurídica”²³, diz – ainda – que no direito administrativo sancionador não há óbice à edição das chamadas normas em branco.

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. Vol. III. Buenos Aires, Argentina: Ediar, 1999. p.325.

²² SANTOS, Luiz Fernando de Freitas. *A tipicidade no direito administrativo sancionador: Balada de La Justicia y La Ley in* OSÓRIO, Fábio Medina (coord.). **Direito sancionador: sistema financeiro nacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 270.

²³ 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.146

Estas complementações podem ser feitas por meio de leis formais, ou ainda por norma infralegal editada pela Administração pública²⁴. O mesmo autor ressalta que usualmente as complementações necessárias são de ordem técnica que carecem de conhecimentos específicos que não são encontrados dentro do legislativo, também pela rapidez da evolução técnica que não faz com que seja recomendável a espera por um processo legislativo²⁵.

Assim temos que não há óbice à Administração Pública para editar regulamentos tendentes a complementar as normas em branco.

No entanto, deve ser lembrada a lição de Fábio Medina Osório que diz

[...] Nem as chamadas normas em branco podem dispor arbitrariamente de suas próprias competências. Não é possível uma lei sancionadora delegar, em sua totalidade, a função tipificatória à autoridade administrativa, pois isso equivaleria a uma insuportável deteriorização da normatividade legal sancionadora, violentando-se a garantia à legalidade.²⁶

Assim, há de se tomar cuidado com as lacunas existentes nas normas em branco. Elas não podem ser excessivas, sob pena de ficar à Administração Pública a incumbência de legislar em matéria infracional, em clara violação ao princípio da legalidade. As normas em branco devem ter seus preceitos carecedores de legislação específica restritos ao estritamente necessário.

3.4 VEDAÇÃO À ANALOGIA

Em decorrência do princípio da legalidade, dá-se a exigência do princípio da tipicidade de que as normas sancionadoras descrevam de modo claro qual é a conduta reprovável e qual é a sanção a ela cabível, não se pode falar em utilização do recurso da analogia para ampliar as normas punitivas²⁷.

²⁴ 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.146

²⁵ 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.147.

²⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.279.

²⁷ 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.149

³⁰ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 5, n. 1, p. 22-34, jan./jun. 2011.

Rafael Munhoz de Mello ensina que, como decorrência do princípio da tipicidade, “a sanção administrativa só pode ser imposta se estiver devidamente configurada a exata situação de fato descrita na hipótese de incidência da norma”²⁸.

Regis Fernandes de Oliveira, em sua obra, ressalta que não se poderá confundir a analogia em Direito Administrativo Sancionador com a interpretação analógica. Segundo ele,

[...] no direito administrativo não há discricionariedade possível para a criação de uma infração, segundo os *standarts* de cada julgador. A conduta ilícita capaz de receber uma sanção administrativa não prescinde de subsunção a norma de direito preexistente. A “ineficiência do serviço”, por exemplo, só é punível em razão de sua expressa ou implícita inclusão em uma regra de direito. O juízo de valor sobre o sentido de “ineficiência no serviço” não cria infração; ao revés, apenas torna possível alargar o alcance da norma jurídica, adequando o fato ao texto legal. Sem a norma de direito positivo a “ineficiência do serviço” não seria capaz de gerar sanção alguma. Por isso que a analogia não pode justificar a imposição de penalidade administrativa (*in malam partem*). Apenas a interpretação analógica, dentro do balizamento legal, pode fazê-lo (...) Na interpretação analógica, entretanto, não há lacunas nem omissões – ao contrário, é a própria lei que manda estender o seu alcance às hipóteses semelhantes às que exemplificou.²⁹

Ainda, com base no princípio da tipicidade e da legalidade, observando os dispositivos constitucionais já citados, temos a lição de Fábio Medina Osório

[...] Sem dúvida, o tipo sancionador deve conter grau mínimo de certeza e previsibilidade acerca da conduta reprovada, que exige do intérprete uma movimentação racional pautada em critérios de razoabilidade e proporcionalidade na definição do conteúdo proibitivo da norma jurídica.³⁰

Rafael Munhoz de Mello ainda diz que se não houvesse a vedação à analogia em Direito Administrativo Sancionador, “os princípios da legalidade e da tipicidade não trariam qualquer segurança jurídica aos particulares”³¹. Estaríamos, então, diante de clara violação a princípios constitucionais, o que não pode em qualquer hipótese ser admitido.

A aceitação da analogia poderia fazer com que houvesse infrações sem previsão legal, criadas pela sensibilidade do julgador e de sua rigidez moral³². é preciso que haja, sim, uma

²⁸ 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.149

²⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 22-23.

³⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.278.

³¹ 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.149

³² OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 23.

interpretação analógica para que sejam supridas algumas lacunas, mas é inadmissível a analogia para a abrangência de comportamentos não tipificados para assim sancioná-los.

3.5 CLÁUSULAS GERAIS E DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Fábio Medina Osório nos ensina que é possível a utilização pela Administração Pública de cláusulas gerais para proibir comportamentos, segundo ele

[...] é possível proibir comportamentos através de cláusulas gerais, especialmente em Direito Administrativo. A legalidade que passa a operar, em tais casos, é bem diversa. Atende finalidades superiores abrigadas na Constituição e outorga espaços generosos de movimentação à Administração. (...) Cabe assinalar, todavia, que a cláusula geral não pode traduzir arbítrio a quem quer que seja.³³

Note-se que aqui não se trata de analogia com finalidade de estender a abrangência de uma norma sancionadora, mas de utilizar-se de normas constitucionais, hierarquicamente superiores no ordenamento jurídico, para viabilizar a atuação da Administração Pública, sem – no entanto – configurar ofensa aos princípios da legalidade e tipicidade.

4 CONCLUSÕES

1. A Constituição Federal de 1988 determinou em seu artigo 5º que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei e que não há crime (infração) sem lei anterior que o defina ou pena (sanção) que não conste de lei.

2. Não se pode restringir direitos sem a prévia previsão legal, sob o risco de ofensa ao princípio da tipicidade.

3. A infração administrativa, segundo Daniel Ferreira, é “o comportamento típico, antijurídico e culpável que enseja a aplicação, no exercício de função administrativa, de uma sanção de mesma ordem”³⁴.

4. Assim, não se pode cogitar de infração administrativa que não conste de expressa definição legal.

³³ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.277.

³⁴ FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 231.

³² Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 5, n. 1, p. 22-34, jan./jun. 2011.

5. Esta definição legal de que a infração e a sanção administrativas prescindem é denominado tipo.

6. O tipo é composto de três elementos: o objetivo, o subjetivo e o normativo.

7. A ausência de um dos elementos do tipo faz com que a situação apresentada não possa se subsumir àquela norma, portanto não configurará infração nem será sancionada.

8. O Direito Administrativo brasileiro admite a existência de normas chamadas “em branco”. Estas normas são aquelas que carecem de outras para que possam ser aplicadas.

9. As normas em branco podem ser complementadas por outras leis, ou por atos normativos expedidos pela Administração Pública.

10. Justifica-se essa necessidade de complementação, tendo em vista que a maioria das normas em branco carece de outra de lhe traga as especificações técnicas das quais não é o legislador apto para preencher.

11. Ainda, os avanços tecnológicos não permitem que se aguarde um longo processo legislativo para que se possa – apenas por meio de outras leis – complementar as normas em branco. Assim, cabe à Administração Pública, de maneira mais eficiente, expedir as normativas necessárias.

12. É vedada a aplicação da analogia para ampliar a abrangência de um tipo. Caso a mesma se dê, será em completa violação aos princípios da legalidade e da tipicidade. No entanto, é admissível do julgador uma interpretação análoga em algumas situações.

13. É aceita a restrição de direitos pela Administração Pública por meio de cláusulas gerais, uma vez que têm seu fundamento na Constituição.

REFERÊNCIAS

FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 231.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2^a ed. São Paulo: RT, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007.

SANTOS, Luiz Fernando de Freitas. *A tipicidade no direito administrativo sancionador: Balada de La Justicia y La Ley in* OSÓRIO, Fábio Medina (coord.). **Direito sancionador**: sistema financeiro nacional. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 255-280

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**: Parte General. Vol. III. Buenos Aires, Argentina: Ediar, 1999.

ABSTRACT

This article examines, first, the concept of administrative violation. When you build on the concept of tiered offense that defines it as typical behavior, and anti-juridical guilty, goes to the analysis of typicality as an element of the offense. We analyze then type elements in order to establish what requirements there are for the typical conduct, punishable by administrative sanction. The elements that are studied are objective, subjective and normative. The absence of either causes cease to exist infraction. Important to note that the typical result is the rule of law and seeks to protect people from the Government, from the moment that defines the misconduct and the sanction applied to it, allowing the individual that conditions their behavior in order to avoid punitive action by the State. Still, this paper will review elements of type, the seal of analogy in administrative law and the possibility of sanctioning punitive open norms.

KEYWORDS: Administrative offense; Typicality; Elements of type; Legal standard; Open norms.