

PATRÍCIA TOLEDO DE CAMPOS CICHOCKI

A comunicabilidade de processos administrativos sancionadores

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Doutor Edmir Netto de Araújo

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Faculdade de Direito

São Paulo - SP

2021

PATRÍCIA TOLEDO DE CAMPOS CICHOCKI

A comunicabilidade de processos administrativos sancionadores

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do Título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito do Estado, subárea Direito Administrativo, sob a orientação do Professor Doutor Edmir Netto de Araújo.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Faculdade de Direito

São Paulo - SP

2021

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Cichocki, Patrícia Toledo de Campos.

A comunicabilidade de processos administrativos sancionadores ; Patrícia Toledo de Campos Cichocki; orientador Edmir Netto de Araújo – São Paulo, 2021.

301 p.

Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

1. Processo administrativo sancionador. 2. Múltiplos processos. 3. Articulação processual. 4. Comunicabilidade de processos administrativos. I. Netto de Araújo, Edmir, orient. II. Título.

FOLHA DE AVALIAÇÃO

PATRÍCIA TOLEDO DE CAMPOS CICHOCKI

A COMUNICABILIDADE DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS
SANCIONADORES

*Tese apresentada à Banca Examinadora do
Programa de Pós-Graduação em Direito, da
Faculdade de Direito da Universidade de São
Paulo para obtenção do título de Doutor em
Direito.
Área de Concentração: Direito do Estado*

Data de aprovação: ___/___/___

Banca Examinadora

Professor Dr.: _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Professor Dr.: _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Professor Dr.: _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Professor Dr.: _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Professor Dr.: _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

O encerramento deste trabalho representa o fim de um ciclo. Nesse período, várias pessoas mostraram-se de notável importância. A elas, não poderia deixar de prestar os meus sinceros agradecimentos.

Inicialmente, agradeço a Deus, que me proporcionou o dom da vida e da sabedoria, derramando bênçãos e graças no decorrer de toda minha existência.

Ao meu marido, Fernando, que me encorajou a cada insegurança e indecisão desta nova etapa, por ter participado intelectualmente de cada capítulo, de cada problemática, de cada dificuldade encontrada ao longo da pesquisa; por ter me amparado nos momentos de desequilíbrio emocional e por ter demonstrado toda dedicação, paciência e amor nessa trajetória. Meus sinceros agradecimentos por toda compreensão, ajuda e incentivo durante o desenvolvimento deste trabalho.

Aos meus pais, por minha formação pessoal, calcada no amor e na coragem. A eles o meu amor e gratidão eternos por tudo o que fizeram por mim.

Agradeço à minha irmã, Fernanda, e ao meu cunhado, Pedro, que comigo compartilharam bons momentos, alegrando esta solitária trajetória dissertativa com vídeos e fotos do recém-chegado e já tão amado, sobrinho Eduardo.

Agradeço ao Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), na pessoa do Professor Cláudio Ladeira, que me possibilitou conciliar os horários da atividade de docência, como professora substituta, com as idas e vindas semanais a São Paulo para cursar os créditos necessários para o Doutorado.

Agradeço imensamente ao Professor Pedro de Menezes Niebuhr e a Sheila Meirelles por terem sido tão solícitos com o empréstimo de livros imprescindíveis para esta monografia, sobretudo neste período de pandemia mundial do COVID-19, no qual as bibliotecas de todo o mundo encontravam-se de portas fechadas.

Agradeço infinitamente ao Professor Thiago Marrara, um grande presente que o Mestrado na FDUSP me proporcionou, por todo incentivo e troca de ideias e paciência ao longo deste trabalho.

Agradeço, ainda, de maneira muito especial, ao meu orientador, Professor Edmir, por ter me permitido realizar o Doutorado na FDUSP, por acreditar no meu potencial em relação ao tema e por toda motivação e incentivo à pesquisa.

De igual forma, agradeço de antemão a todos os professores que prontamente aceitaram o convite e compuseram a banca examinadora de defesa desta tese de doutorado, dedicando-se à leitura do trabalho e abdicando-se de suas importantes atividades.

E, por fim, agradeço aos meus caros colegas da FDUSP, que de variadas formas contribuíram com essa trajetória, notadamente Paulo Henrique Macera pela diligente revisão deste trabalho.

Cichocki, Patrícia Toledo de Campos. A comunicabilidade de processos administrativos sancionadores. 2021. 294 p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

RESUMO

A presente tese aborda a comunicabilidade de processos administrativos sancionadores conexos. Apresenta o poder sancionador da Administração Pública, partindo desde a capacidade do Estado de ditar as soluções para os conflitos até sua avocação da capacidade de exercer o *ius puniendi*. Examina o conceito de infração e sanção administrativa a fim de delimitar a atuação da Administração Pública no exercício da potestade sancionadora. Estuda o processo administrativo, apontando sua evolução histórica, finalidade e classificações, com enfoque no processo administrativo sancionador e os princípios básicos que o norteiam. Analisa a multiplicidade de processos administrativos sancionadores e os principais problemas causados pelo crescimento exponencial da atividade sancionadora da Administração Pública. Conduz uma investigação legislativa sobre os mecanismos de coordenação processual passíveis de serem adotados na seara do direito administrativo sancionador, identificando e avaliando instrumentos que possibilitam a articulação processual provenientes de fontes subsidiárias (CPC) e da aplicação analógica de institutos do direito penal. Apura quais os recursos fornecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro quando já existe uma decisão administrativa sobre dado comportamento que doravante passa a ser objeto de outro processo, no intuito de investigar como a decisão proferida em um processo administrativo poderá impactar em outro processo que apure um mesmo fato. Por fim, discorre sobre as consequências e a repercussão da condenação e da absolvição administrativa no contexto da multiplicidade de processos administrativos sancionadores coincidentes, a fim de assegurar a coerência e a harmonia das decisões.

Palavras chaves: processo administrativo sancionador; multiplicidade de processos; articulação processual; comunicabilidade de processos administrativos sancionadores.

Cichocki, Patrícia Toledo de Campos. The communicability of administrative sanctioning processes. 2021. 294 p. PhD – School of Law of the University of São Paulo, São Paulo, 2021.

ABSTRACT

This study addresses the communicability of related administrative sanctioning processes. It presents the sanctioning power of the Public Administration, starting from the State's capacity to dictate the solutions to conflicts to its invocation of the capacity to exercise the *ius puniendi*. Examines the concept of infraction and administrative sanction in order to delimit the performance of the Public Administration in the exercise of sanctioning power. It studies the administrative process, pointing out its historical evolution, purpose and classifications, focusing on the sanctioning administrative process and the basic principles that guide it. It analyzes the multiplicity of administrative sanctioning processes and the main problems caused by the exponential growth of the sanctioning activity of the Public Administration. It conducts a legislative investigation into the procedural coordination mechanisms that can be adopted in the area of sanctioning administrative law, identifying and evaluating instruments that enable procedural articulation from subsidiary sources (CPC) and from the analogical application of criminal law institutes. It determines which resources are provided by the Brazilian legal system when there is already an administrative decision on a given behavior, which henceforth becomes the object of another process, in order to investigate how the decision rendered in an administrative process may impact another process that determines the same fact. Finally, it discusses the consequences and repercussions of the conviction and administrative acquittal in the context of the multiplicity of administrative sanctioning processes that coincide, in order to ensure the consistency and harmony of the decisions.

Keywords: administrative sanctioning process; multiplicity of processes; procedural articulation; communicability of administrative sanctioning processes.

Cichocki, Patrícia Toledo de Campos. La comunicabilità dei processi sanzionatori amministrativi. 2021. 294 p. Dottorato – Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di San Paolo, San Paolo, 2021.

RIASSUNTO

Questa tesi affronta la comunicabilità dei relativi processi sanzionatori amministrativi. Presenta il potere sanzionatorio della Pubblica Amministrazione, a partire dalla capacità dello Stato di dettare le soluzioni dei conflitti alla sua invocazione della capacità di esercitare lo ius puniendi. Esamina il concetto di infrazione e sanzione amministrativa al fine di delimitare le prestazioni della Pubblica Amministrazione nell'esercizio del potere sanzionatorio. Studia il processo amministrativo, indicandone l'evoluzione storica, le finalità e le classificazioni, soffermandosi sul processo amministrativo sanzionatorio e sui principi fondamentali che lo guidano. Analizza la molteplicità dei processi sanzionatori amministrativi e le principali problematiche causate dalla crescita esponenziale dell'attività sanzionatoria della Pubblica Amministrazione. Svolge un'indagine legislativa sui meccanismi di coordinamento procedurale adottabili in materia di diritto amministrativo sanzionatorio, individuando e valutando strumenti che consentano l'articolazione procedurale da fonti sussidiarie (CPC) e dall'applicazione analogica degli istituti di diritto penale. Determina quali risorse sono fornite dall'ordinamento giuridico brasiliano quando esiste già una decisione amministrativa su un determinato comportamento, che d'ora in poi diventa oggetto di un altro processo, al fine di indagare come la decisione resa in un processo amministrativo può influire su un altro processo che determina lo stesso fatto. Infine, discute le conseguenze e le ricadute della condanna e dell'assoluzione amministrativa nell'ambito della molteplicità dei processi sanzionatori amministrativi che coincidono, al fine di garantire la coerenza e l'armonia delle decisioni.

Parole chiave: processo sanzionatorio amministrativo; molteplicità di processi; articolazione procedurale; comunicabilità dei processi sanzionatori amministrativi.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
1. PODER SANCIONADOR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	06
1.1 O <i>ius puniendi</i> estatal	06
1.1.1 A teoria da unidade do poder sancionatório do Estado: características e consequências	17
1.2 Lineamentos gerais da infração administrativa.....	26
1.3 Das sanções administrativas.....	36
1.4 A apuração do ilícito pela Administração Pública.....	69
1.5 O processo administrativo sancionador	71
2. A MULTIPLICIDADE DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES... ..	92
2.1 O crescimento exponencial da atividade sancionadora da Administração Pública	93
2.2 O motivo da multiplicidade de sistemas sancionatórios	110
2.3 A imprescindibilidade de diálogo processual nos casos de multiplicidade de responsabilização administrativa	111
2.4 O impacto da multiplicidade de processos administrativos sancionadores nos princípios	114
2.4.1 Princípio da eficiência e economia processual.....	118
2.4.2 Princípio da segurança jurídica	123
2.4.3 Princípio da boa-fé	127
2.4.4 Princípio da moralidade administrativa e legitimação estatal	130
2.4.5 Princípio da duração razoável do processo	133
2.5 O silêncio da lei federal de processo administrativo e o tratamento legislativo da LINDB em casos de comunicabilidade de processos sancionadores.....	135
3. A ARTICULACAO DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES CONEXOS.....	145
3.1 Aplicação subsidiária - instrumentos provenientes do CPC	146
3.1.1 Conexão e Continência	152
3.1.2 Litisconsórcio	165
3.1.3 Prova emprestada.....	180
3.2 Aplicação analógica - instrumentos provenientes do direito penal.....	190

3.2.1	Integração do Direito e as lacunas jurídicas	191
3.2.1.1	Analogia.....	198
3.2.1.2	Costumes	200
3.2.1.3	Princípios gerais do Direito	202
3.2.1.4	Equidade	203
3.2.2	A não receptividade do artigo 4º da LINDB: uma visão constitucionalista.....	205
3.2.3	Instrumentos provenientes da esfera penal	207
3.2.3.1	Concurso de crimes (material e formal)	210
3.2.3.2	Concurso aparente de infrações (princípios da especialidade, subsidiariedade e consunção)	221
4.	COMUNICABILIDADE E INCOMUNICABILIDADE DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES: O IMPACTO DA DECISÃO.....	233
4.1	O corrente tratamento legislativo e doutrinário sobre a comunicabilidade.....	233
4.2	A decisão administrativa e seus desdobramentos	237
4.3	Consequências da condenação administrativa	247
4.4	Consequências da absolvição administrativa.....	260
	CONCLUSÕES.....	264
	REFERÊNCIAS.....	272

INTRODUÇÃO

Esta tese tem por objeto o estudo da multiplicidade de processos administrativos sancionadores conexos, fenômeno que retrata a diversidade de processos administrativos punitivos aos quais estará sujeito aquele que, com um comportamento, praticar mais de uma infração administrativa e aquele que comete várias infrações idênticas violadoras da mesma norma jurídica.

Trata-se de tema tormentoso no âmbito acadêmico e forense em virtude dos problemas advindos da conduta ilícita de alguém resultar na imposição de diversas penalidades administrativas aplicadas por variadas autoridades, todas dotadas do poder sancionador do Estado.

O tema da comunicabilidade é frequentemente abordado pela doutrina quando do estudo da repercussão entre as esferas penal, civil e administrativa. No entanto, há baixa quantidade de estudos dedicados à comunicabilidade administrativa, exclusiva entre entidades que trabalham com o poder sancionador administrativo, que enseja as múltiplas esferas punitivas dentro da Administração Pública.

Atualmente, vige o raso entendimento de que, caso um comportamento afronte duas ou mais normas jurídicas, cada qual prescrevendo sanções administrativas, ou exista vários casos idênticos de violação da mesma norma jurídica, a imposição cumulativa das penas é a medida a ser praticada, ante a omissão legislativa.

Todavia, esse entendimento deve ser profundamente analisado. É preciso investigar se realmente o ordenamento jurídico não resolve o problema da multiplicidade de processos sancionadores, porquanto esta compreensão, além de não se amoldar à visão articulada do Direito, atinge inúmeros princípios constitucionais.

Desse modo, o escopo da tese é testar a capacidade do ordenamento jurídico atual de resolver os contratempos advindos da multiplicidade de processos administrativos sancionadores, como o de processos conexos tramitarem isoladamente sem qualquer ligação entre eles afetando princípios da eficiência, econômica processual, duração razoável do processo, entre outros, ou, ainda, o de processos relacionados, apurando uma mesma conduta, decidirem de maneira contraditória (por exemplo, um absolve e o outro

condena), proporcionando um ambiente de total insegurança jurídica ao acusado e colocando em xeque a harmonia do sistema jurídico.

Para isso, três hipóteses serão consideradas: i) o ordenamento jurídico não tem a capacidade de solucionar os problemas oriundos da multiplicidade de processos administrativos sancionadores; ii) o ordenamento possui essa capacidade, porém somente de forma parcial; e iii) o ordenamento é totalmente capaz de desatar tais nós.

Em que pese o poder punitivo estatal possa ser exercido por meio de função administrativa ou jurisdicional (essa última categorizada em penal e não penal – “cível”), além de esferas políticas, o recorte temático alcançará apenas os processos administrativos sancionadores frutos de imposição de penalidade cuja apuração se dê no exercício de função administrativa, típica ou atípica. Desse modo, as noções apresentadas ao longo do trabalho não terão o intuito de abranger sanções impostas pela via jurisdicional não penal, como em ação de improbidade, responsabilização da lei anticorrupção, entre outras.

A metodologia empregada consistirá na busca de soluções nas normas do direito administrativo, nas fontes subsidiárias e nas técnicas de integração de lacunas, respectivamente. Serão separados dois cenários: o de paralelismo processual, no qual há vários processos em curso ao mesmo tempo, e o da comunicabilidade em sentido estrito de processos sancionadores, no qual já existe uma decisão sobre dado comportamento que passará a ser objeto de outro processo.

Antes, entretanto, será necessário percorrer um determinado caminho para alicerçar todo o objeto desta monografia. Esta tese é composta por cinco capítulos, divididos em itens e subitens, além de uma parte introdutória e das conclusões que abrangem a síntese das principais constatações elaboradas no decorrer do trabalho.

O primeiro capítulo abordará o poder sancionador da Administração Pública, partindo desde a capacidade do Estado de ditar as soluções para os conflitos até sua avocação da capacidade de exercer o *ius puniendi*, o direito de punir, momento no qual serão apresentadas as características e as consequências da teoria da unidade do poder sancionatório do Estado. Após, será percorrido o conceito de infração e sanção administrativa a fim de delimitar a atuação da Administração Pública no exercício da potestade sancionadora. E, para encerrar a primeira parte, será estudado o processo

administrativo, apontando sua evolução histórica, finalidade e classificações, com enfoque no processo administrativo sancionador - o meio de apurar e sancionar o ilícito administrativo praticado - e os princípios básicos que o norteiam.

Estabelecido o fio condutor que liga o cometimento do ilícito à abertura de um processo administrativo, o segundo capítulo, intitulado “A multiplicidade de processos administrativos sancionadores”, terá por objeto apresentar os principais problemas causados pelo crescimento exponencial da atividade sancionadora da Administração Pública. Para demonstrar a extensa heterogeneidade do poder sancionatório da Administração Pública, serão apresentados alguns de seus aproximados quarenta campos de atuação, o motivo e as consequências da multiplicidade de sistemas sancionatórios, sobretudo as garantias violadas pela ausência de regulamentação específica acerca da comunicabilidade dos múltiplos processos administrativos sancionatórios conexos. Serão abordadas apenas as punições aplicadas pela Administração Pública, com foco a quem aplica a sanção administrativa e não em sua natureza. Não constituirá objeto dessa tese tratar da comunicabilidade com processo judicial, de responsabilizações híbridas que não acontecem integralmente na Administração.

Comprometendo-se com a busca de recursos que promovam a eficiência, a celeridade e a harmonia dos processos administrativos sancionadores, será conduzida uma investigação legislativa sobre os mecanismos de coordenação processual passíveis de serem adotados na seara do direito administrativo sancionador. Missão dedicada ao terceiro capítulo desta tese: “A articulação dos processos administrativos sancionadores conexos”.

Na primeira parte do terceiro capítulo serão identificados e avaliados instrumentos que possibilitam a articulação processual provenientes de fontes subsidiárias (CPC), como conexão e continência, litisconsórcio e prova emprestada e, na segunda parte, será examinada a possibilidade de aplicação analógica de institutos do direito penal no processo administrativo sancionador, como o concurso de infrações, que abrange o concurso formal e aparente de crimes.

Após analisado o cenário de processos administrativos sancionadores tramitando paralelamente e simultaneamente em várias instâncias administrativas, sem ter havido prolação de decisão, o quarto e último capítulo, intitulado “Comunicabilidade e incomunicabilidade de processos administrativos sancionadores: o impacto da decisão”,

buscará apurar quais os recursos fornecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro quando já existe uma decisão administrativa sobre dado comportamento que doravante passa a ser objeto de outro processo, no intuito de investigar como a decisão proferida em um processo administrativo poderá impactar em outro processo que apure um mesmo fato.

Para tanto, será i) percorrido o tratamento legislativo e doutrinário conferido ao tema da comunicabilidade em seu sentido amplo; ii) estabelecido os contornos constitucionais e legais sobre o ato punitivo emitido no bojo do processo administrativo sancionador; e iii) delimitada a extensão e a eficácia da decisão administrativa. Estabelecidas tais premissas, serão determinadas as consequências e a repercussão da condenação e da absolvição administrativa no contexto da multiplicidade de processos administrativos sancionadores coincidentes, a fim de assegurar a coerência e a harmonia das decisões.

De antemão, salienta-se que a realização desta pesquisa foi motivada pela necessidade de se enfrentar um problema comum (e pouco mencionado) na realidade brasileira: a multiplicidade de esferas punitivas dentro da Administração Pública.

Atualmente, para garantir a punição daqueles que violam as normas jurídicas, inúmeras leis tutelando diversos bens jurídicos são estabelecidas pelo Poder Legislativo. A laboriosa missão de produzir as normas que compõem o sistema jurídico do país não permite que os legisladores investiguem todas as situações fáticas que possam se apresentar na vida real. Por esse motivo, o Legislativo estabelece normas gerais e abstratas expandindo o campo de aplicação da lei.

Diante da grande quantidade de normas jurídicas, é comum o legislador não antever a interação da nova norma com institutos já existentes no ordenamento jurídico. Todavia, a harmonização de todas as normas e institutos, sobretudo no campo do direito sancionador, é fundamental ao bom funcionamento do sistema a fim de evitar decisões incoerentes e/ou conflitantes.

Nesse contexto, a contribuição original que esta tese pretende oferecer à ciência jurídica não reside propriamente na demonstração da vasta heterogeneidade do poder sancionatório da Administração Pública. Seu propósito consiste na tentativa de articular e de comunicar, por meio de institutos previstos no ordenamento jurídico brasileiro,

processos administrativos sancionadores conexos, destacando a importância de um sistema de prescrições jurídicas coerentes e harmônicas.

O estudo desse tema assume excepcional relevância, uma vez que o entendimento da independência entre as instâncias administrativas e suas formas de articulação e comunicação apresentam implicações processuais (práticas) e teóricas. Entender a independência entre as instâncias administrativas e a possível comunicabilidade entre elas é entender, dentre outros aspectos, i) a existência de processos distintos tramitando por diversas autoridades sancionadoras apurando um mesmo fato, refletindo em questões como autonomia política e administrativa dos entes federados (implicações teóricas) e ii) a necessidade de serem assegurados princípios básicos, de modo a não comprometer a coerência e harmonia do ordenamento jurídico, o que reflete em questões como eficiência processual e segurança jurídica (implicações processuais).

1. O PODER SANCIONADOR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Um dos assuntos da atualidade é a necessidade de punição àqueles que violam normas jurídicas pré-estabelecidas. Ao descumprir uma norma o infrator comete ato ilícito e deverá por ele se responsabilizar, submetendo-se às consequências jurídicas cabíveis que lhe serão aplicadas por meio de um processo.

A pesquisa tem por finalidade verificar a capacidade do ordenamento jurídico atual de resolver os problemas da comunicação de processos administrativos sancionadores por meio da análise das normas administrativas, das fontes subsidiárias, bem como das técnicas de integração de lacuna (analogia e princípios gerais). Para atingir este objetivo, é necessário o cumprimento de diversas etapas, sendo a primeira delas a análise do poder-dever conferido à Administração Pública de atribuir sanção, que se exterioriza por intermédio de um processo administrativo.

Não há como falar em comunicação de processos administrativos punitivos sem perpassar a temática do poder sancionatório da Administração Pública. Carecer-se-ia de noções e fundamentos teóricos para estudar a articulação dos processos e a comunicabilidade das decisões administrativas se não fossem examinados tópicos essenciais da teoria do poder sancionatório, corolário do exercício do *ius puniendi* estatal.

1.1 O *IUS PUNIENDI* ESTATAL

Desde os tempos primitivos, os indivíduos são encontrados em grupos. Clãs, tribos ou sociedade, fato é que os homens sempre viveram em grupos compartilhando desejos, gostos, receios e preocupações.

A existência humana é marcada pelo aperfeiçoamento, ainda que lento e progressivo. “De bruto a delicado, de grosseiro a educado, de besta à racional”¹, o homem perpassou os milênios vivendo em comunidade.

A necessidade do ser humano viver em sociedade foi preconizada, há anos, por Aristóteles, ao afirmar que o homem é um animal político, bem como por Cícero e São Tomás de Aquino, em suas respectivas obras *Da República* e *Summa Theologica*.

¹ BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. *Filosofia do direito*. Belo horizonte: Bernardo Álvares, 1957, p. 36.

Seja por necessidade ou por acordo de vontades oriundo de um contrato hipotético celebrado entre os homens, como enunciam os filósofos contratualistas, a sociedade sempre existiu.

No entanto, embora as experiências vividas em comunidade sejam proveitosas e contribuam positivamente para o aperfeiçoamento do indivíduo, a insatisfação também está presente na espécie humana.

Thomas Hobbes ressaltava que os homens, no estado de natureza, vivem uma constante “guerra de todos contra todos”, pois são egocêntricos, ambiciosos, insatisfazíveis e propensos a agredir os outros².

A incerteza de uma situação envolvendo mais de um indivíduo, a disputa por um bem pretendido ou a busca pela satisfação de uma pretensão são exemplos de insatisfação humana que acarreta a existência de conflitos.

Carnelutti já advertia que grande parte dos conflitos sociais surge em razão da busca incansável dos indivíduos por bens que satisfaçam a necessidade humana. Essa busca desmedida gera o chamado conflito de interesses quando dois indivíduos, que possuem o mesmo anseio em relação a determinado bem, não conseguem solucionar a questão no meio social, um exigindo que o seu interesse prepondere sobre o do outro³.

A resolução de um conflito de interesses pode ser dada de três modos: pela autotutela, pela autocomposição e pela heterocomposição.

Num estágio menos desenvolvido da sociedade humana, diante do dissenso de vontades, cabia ao próprio interessado, que tivesse sua pretensão obstaculizada, solucionar seu conflito. A este regime foi dado o nome de autotutela.

A autotutela, caracterizada pela ausência de juiz distinto das partes e pela imposição da decisão por uma das partes a outra, provocou grande desordem na sociedade, pois, quanto aos conflitos individuais, garantia a vitória do mais forte e, no tocante a atos criminosos, estabelecia-se uma espécie de vingança privada⁴.

² HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Martins fontes, 2015, p. 57.

³ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. de A. Rodrigues Queirós e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006, p. 84-102.

⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 27-29.

A autotutela foi o meio mais antigo de solucionar conflitos nos tempos primitivos e retratou a solução violenta da desavença, sinalizada pela brutalidade, eis que o litigante, por meio da lei do mais forte, fazia seu interesse prevalecer, quer tivesse ou não razão.

Eram muito cruéis, na vigência da autotutela, as punições estabelecidas pelo indivíduo que tinha seu direito – aqui considerado o que a maioria das pessoas avaliava por certo – ferido. A saber, “mutilação, a decapitação, a empalação, a crucificação, a flagelação, a morte na fogueira ou na forca, a impressão de marcas a fogo na pele das vítimas, o apedrejamento, o banimento”, entre outras⁵.

Ainda nos sistemas primitivos, além da autotutela, outra possível solução de conflitos poderia ser adotada: a autocomposição. Neste regime, a violência cedia espaço ao ajuste de vontades, pelo qual a resolução não mais seria dada pela imposição da força, mas se evidenciaria pela pacífica iniciativa das partes e por elas próprias realizada.

Embora admitida nos sistemas primitivos, a autocomposição vigora no direito moderno e reveste-se de três formas: desistência, submissão e transação. A primeira consiste na renúncia do interesse, a segunda na desistência da oposição apresentada à pretensão e a terceira em concessões mútuas⁶.

Apesar dos benefícios da autocomposição, este regime não satisfazia plenamente os litigantes visto que, muitas vezes, tornava-se penoso ceder, voluntariamente, ao interesse alheio. Por isso, começaram a optar pela heterocomposição.

A heterocomposição despontava quando a composição do conflito era atribuída exclusivamente a terceiro que não tinha interesse no litígio, por meio da arbitragem ou da jurisdição.

No regime da arbitragem facultativa, as partes poderiam eleger pessoas em quem confiavam para, de modo imparcial, solucionar o conflito; na sociedade primitiva, essas pessoas eram denominadas árbitros, geralmente sacerdotes ou anciãos, que julgavam embasados em padrões de confiança da coletividade, inclusive pelos costumes⁷.

⁵ PALMA, Rodrigo Freitas. *História do Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 42-43.

⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 29.

⁷ *Idem*.

Embora na autocomposição e na arbitragem houvesse definição sobre o direito de determinado indivíduo, o mesmo não ocorria com relação ao cumprimento da decisão. Não havia outro meio de fazer cumprir a decisão senão pelo uso da força bruta⁸, vigorando, portanto, nestes regimes, resquícios da autotutela.

Para preservação da vida em sociedade era necessário um poder perceptível que conservasse os homens dentro de determinados limites e os obrigasse, por temor a reprimenda, a realizar suas atividades com observância às leis fundamentais da natureza, isto é, o esforço pela paz e pelo respeito⁹. Nesse contexto, surge a figura do Estado.

Inúmeras teorias foram consolidadas na tentativa de explicar a origem e a formação do Estado. Em síntese, três posições são defendidas¹⁰: i) a de que o Estado sempre existiu, assim como a própria sociedade; ii) a de que a sociedade existiu sem o Estado durante determinado tempo; e iii) a de que a noção de Estado surgiu com a prática da soberania.

Independente da teoria adotada, o Estado existe e representa a ordem jurídica soberana que tem por fim estabelecer o bem comum de um povo situado num determinado território¹¹.

Inicialmente, pelo fato de a sociedade repudiar a ingerência do Estado, foi singela a atuação estatal de ditar soluções para os conflitos. Os disputantes deveriam, primeiramente, comparecer perante o pretor para assumir o compromisso de aceitar o que viesse a ser decidido por um terceiro (*litiscontestatio*) e, posteriormente, escolher um árbitro de confiança, o qual era encarregado, pelo pretor, de decidir a causa. Surge também a figura do legislador, responsável por estabelecer normas abstratas para balizar as decisões a serem proferidas pelos árbitros e evitar julgamentos autoritários e subjetivos¹². Logo, a arbitragem, antes facultativa, torna-se obrigatória.

⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 30

⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 25. ed. São Paulo, 2005, p. 13-14.

¹⁰ *Ibidem*, p. 52-53.

¹¹ *Ibidem*, p. 119.

¹² CINTRA, *Op. Cit.*, p. 28.

Ainda que pequena a participação do Estado na composição dos conflitos, visto que a atuação era apenas a de firmar o *litiscontestatio* e conferir ao árbitro o dever de decidir a controvérsia, verifica-se o começo da afirmação estatal perante os particulares.

A partir do século III d.C., transcorrido o período arcaico e clássico, uma nova Era teve início: a da justiça pública. Nesse momento, o pretor assume a responsabilidade de ele próprio decidir o conflito entre os particulares. Não há mais possibilidade de os interessados escolherem pessoas de confiança – anciãos ou sacerdotes – para comporem o conflito. Tal missão é retirada dos árbitros e transferida ao Estado. A pequena participação estatal dá lugar a um Estado consolidado e fortalecido que impõe aos indivíduos, de modo autoritário, a solução para os conflitos de interesses¹³.

É importante notar que o Estado avocou para si não somente a capacidade de dirimir conflitos individuais, mas também a de exercer o *ius puniendi*, posto que “a tendência para o crime cresce na razão do interesse que cada um tem nas próprias desordens”¹⁴.

Conforme a clássica lição de Cesare Beccaria, o *ius puniendi*, também denominado de direito de punir do Estado, é fruto do contrato social firmado entre os indivíduos, pelo qual os cidadãos renunciam parte de suas liberdades para estabelecer um poder soberano, que se tornará detentor dessas liberdades, agrupando-as e orientando-as à concretização da harmonia social¹⁵.

Ocorre que a cessão de parte de suas liberdades ao poder soberano não foi realizada pelos indivíduos de forma gratuita, em prol de um bem maior para a coletividade. “Tais quimeras só se encontram nos romances”. O que possibilitou a abdicação de seus alvedrios foi a multiplicação do gênero humano e o fato de a solução das necessidades de os indivíduos estarem se concretizando em meio a temores e inimizades¹⁶.

¹³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 29.

¹⁴ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 37.

¹⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 9.

¹⁶ *Idem*.

Nesse sentido, Norberto Bobbio sustenta que o contrato social, ao transferir para o Estado o direito de liberdade inerente ao homem pelo seu estado de natureza, é responsável por alterar a condição do indivíduo de homem natural para homem civil ou cidadão¹⁷.

Em razão da necessidade de viver harmoniosamente em coletividade, o contrato social, além de transferir direitos dos indivíduos para o Estado, faz a ligação do ser humano ao conjunto de normas reguladoras da sociedade, de modo que cada pessoa cumpra seu papel social, sujeitando-as às consequências impostas pelo Estado em caso de descumprimento¹⁸. Em suma, “as leis foram as condições que reuniram os homens, a princípio independentes e isolados, sobre a superfície da terra”¹⁹.

A sociedade está intimamente relacionada com o direito. Homero, em sua obra *Odisseia*, já afirmava que a vivência em sociedade, em leis, assembleias e conselhos, é o que consagra o indivíduo como ser humano²⁰.

Há tempos a doutrina busca uma definição para o direito. Para Kelsen²¹, do ponto de vista da ciência, direito “designa uma técnica específica de organização social”, ou seja, é “um conjunto de regras”, denominado sistema, destinado a reger a conduta humana.

Ao entender o direito como um sistema de regras, Bobbio²², assim como Kelsen, defende que a melhor definição de direito é fruto do estudo da complexa organização do ordenamento jurídico e não pode ser obtida da análise de uma norma isolada.

Quatro critérios foram estabelecidos por Bobbio na tentativa de caracterizar o Direito pelos elementos da norma jurídica isolada^{23 24}: (i) critério formal, (ii) critério

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *Sociedade e estado na filosofia política moderna*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 71.

¹⁸ ZANOTELLO, Marina. *O princípio da coculpabilidade no Estado Democrático de Direito*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação da Prof. Mariângela Gama de Magalhães Gomes. São Paulo, 2013. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-23032017-114622/publico/Dissertacao_Marina_Zanotello_O_principio_da_coculpabilidade_INTEGRAL.pdf. Acesso em 09.11.2020.

¹⁹ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 2002, p. 26. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>. Acesso em: 09.11.2020.

²⁰ HOMERO. *Odisseia*. Trad. de Manoel Odorico Mendes. Rio de Janeiro: leite Ribeiro, 1928, Livro IV, vs. 84-87.

²¹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. de Luís Carlos Borges. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 5-8.

²² BOBBIO, Norberto. *Ordenamento jurídico*. Trad. de Maria Celeste Cordeiro leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 22.

²³ *Ibidem*, p. 23-27.

material, (iii) critério do sujeito que põe a norma e (iv) critério do sujeito ao qual a norma se destina.

O *critério formal* define direito por qualquer elemento estrutural das normas jurídicas – positivas ou negativas, categóricas ou hipotéticas e gerais (abstratas) ou individuais (concretas). No entanto, Bobbio não verifica, nestas estruturas de normas, elemento caracterizador do direito, pois qualquer sistema normativo pode conter normas positivas e negativas, assim como normas gerais e individuais, e, apesar de num sistema normativo conter apenas normas hipotéticas (I - se quer A, deve B e II - se é A, deve ser B), estas não fornecem à norma jurídica uma robusta caracterização, visto que normas positivas e negativas estão contidas em qualquer norma técnica; e normas gerais e individuais estão presentes em qualquer norma condicionada.

O *critério material* caracteriza o direito por meio do conteúdo das normas jurídicas. Para Bobbio, as ações reguladas pelas normas jurídicas são as *ações possíveis* do ser humano realizar, a saber, “aquelas que não são nem necessárias nem impossíveis”. No entanto, Bobbio adverte que tais ações são encontradas em todas as regras de conduta, não somente nas regras jurídicas, o que torna o critério material insuficiente para conceituar direito. Para o autor, as tentativas de delimitar as ações possíveis reservadas ao direito – por meio de ações internas e ações externas e ações subjetivas e ações intersubjetivas – foram muito genéricas e apenas diferenciaram direito de moral.

O *critério do sujeito que põe a norma* traduz a ideia de que são jurídicas as normas impostas pelo poder soberano, detentor do monopólio da força. Bobbio defende que o direito é um conjunto de regras dotado de eficácia em razão da força do poder soberano. No entanto, afirma que a utilização do critério do sujeito (poder soberano) não se limita a definir apenas uma norma jurídica, mas sim todo o ordenamento jurídico: “dizer que a norma jurídica é a proferida pelo poder soberano equivale a dizer que norma jurídica é aquela que faz parte de um determinado ordenamento” porque a soberania define uma norma somente quando ela é tomada como parte do ordenamento.

Bobbio também não entendeu correta a caracterização do Direito pelo *critério do sujeito ao qual a norma se destina* (juiz ou súdito), pois, independentemente do

²⁴ CICHOCKI, Patrícia Toledo de Campos. *Infração disciplinar e improbidade administrativa: limites e pontos de interação*. Saarbrücken: Novas edições Acadêmicas, 2018, p. 03-19.

destinatário, a norma somente será obedecida e/ou aplicada porque ela “faz parte de um organismo mais complexo”, denominado ordenamento.

São imprecisos os critérios apresentados para definir direito a partir de uma única norma. A definição não deve partir de uma regra isolada, mas deve conter o ordenamento jurídico em sua completude.

A vida humana é desenvolvida por intermédio de normas: normas jurídicas, normas morais, normas sociais, preceitos religiosos, regras de etiqueta, regras costumeiras, lei da boa educação. Cada norma tem sua finalidade e possui peculiaridades próprias, porém, todas têm por objetivo nortear a conduta dos indivíduos para determinada direção²⁵.

Uma ordem normativa que coordena o comportamento humano na medida em que o indivíduo está em contato com outras pessoas é denominada ordem social. Moral e direito constituem ordens sociais²⁶. Porém, o direito é uma ordem social coativa.

Fornecendo um conceito, direito é o conjunto de normas – normas de conduta e normas de estrutura – que determina aos indivíduos a execução de certos atos considerados benéficos à coletividade e os proíbe de praticar atos danosos à estabilidade social²⁷ por meio da ameaça de imposição de uma medida coercitiva²⁸.

A regra jurídica possui três relevantes atributos para fazê-la ser obedecida: imperatividade, coercibilidade e sanção²⁹. Em suma, a *imperatividade* indica o dever de submissão de qualquer indivíduo à norma concebida, a *coercibilidade* é o poder-dever do Estado de impor sua força e fazer uso de todos seus instrumentos para impelir os indivíduos ao cumprimento da regra e a *sanção* que consiste no meio de fazer a norma

²⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3. ed. Bauru: EDIPRO, 2005, p. 23-26.

²⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 25.

²⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. de Luís Carlos Borges. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 21.

²⁸ Registra-se a existência de objeções a esse entendimento em razão de existirem normas que não preveem sanções (*Ibidem*, p. 41). Todavia, entende-se que conceber a coerção como elemento essencial do direito não significa compreender que todas as normas do ordenamento jurídico serão sancionadas, mas apenas que o são em sua maioria (BOBBIO, Norberto. *Ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 29).

²⁹ GAMA, Ricardo. *Curso de Introdução ao Direito*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 235-236.

jurídica ser observada, seja pela aplicação de uma penalidade ou pela obtenção de um benefício³⁰.

Assim, admitir o direito como ordem coativa indica que haverá reação estatal e imposição de ato coativo diante de condutas humanas indesejadas e fatos socialmente danosos.

Como explica Kelsen, o ato de coação é a “reação da comunidade jurídica contra uma situação de fato considerada socialmente nociva e, quando esta situação de fato é uma determinada conduta humana, como sanção”³¹, pois aquele que desconsidera o poder jurídico de outrem não deve ficar sem punição.

Nesse cenário, a reflexão de Michel Foucault é perfeitamente adequada. Para o autor, ao se estabelecer o contrato social, por meio da transferência do direito de liberdade ao Estado, o indivíduo aceita completamente todas as leis da sociedade, inclusive as que o ameaça de punição. Portanto, ao descumprir o contido nas leis, o sujeito rompe o pacto e se torna inimigo da sociedade, estando suscetível à repreensão. A violação à norma reposiciona o indivíduo contra todo o corpo social, cabendo ao Estado a questão de mensurar e aplicar de forma econômica o poder de punir.³²

Ao passo que Platão e Roeder consideravam a pena um bem³³, um remédio capaz de curar o delinquente, Kelsen³⁴ prescrevia a sanção como um mal imposto por força do Direito àquele que se comporta de maneira contrária aos preceitos que regem suas condutas.

Embora, usualmente, as sanções jurídicas sejam impostas quando do descumprimento da norma, é importante registrar que a regra pode prescrever uma sanção positiva ao indivíduo que cumprir o preceito, com o fim de recompensá-lo e de proporcionar a execução de determinada conduta.

³⁰ Wilson de Souza Campos Batalha, em sua obra intitulada *Introdução ao Direito (filosofia, história e ciência do direito)*, lecionava que sanção consiste na “consequência desfavorável imposta pela norma ao obrigado” e coação na “aplicação forçada da sanção” (*Introdução ao direito – filosofia, história e ciência do direito*, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p.38-39).

³¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1960, p. 61.

³² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. de Raquel Ramallete. 34. ed. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 76.

³³ PLATÃO e ROEDER apud LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal: arts. 28 a 74*. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, 1942, p. 11.

³⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 26.

Considerando que a sanção tem por objetivo forçar o cumprimento da norma, seja inibindo uma conduta proibida (efeitos negativos da sanção), seja impulsionando o comportamento ideal (efeitos positivos da sanção), as sanções podem ser classificadas em punitivas ou repressivas e premiaias ou compensatórias.

A *sanção premial* representa o “benefício conferido pelo ordenamento como incentivo ao cumprimento de determinada obrigação”^{35 36}, já a *sanção repressiva* censura condutas proibidas por meio da aplicação de uma penalidade.

Ambas as sanções almejam o efetivo cumprimento das normas, porém o fazem de forma diversa. De fato, a noção de sanção sugere a ideia de pena, castigo, punição, o que pode parecer contraditório falar em sanções premiaias, visto que as sanções positivas compreendem incentivos ou vantagens e não sanções propriamente ditas³⁷.

É preciso destacar que, na contemporaneidade, o direito adaptou-se às novas realidades e pressões sociais. O incentivo de determinadas condutas estabelecendo que certa ação ou omissão seja, de algum modo, fomentada também é pertinente com a forma de educar e direcionar a coletividade para determinado rumo, resguardando a paz social³⁸.

São exemplos de sanções premiaias: i) desconto conferido ao contribuinte por adimplir o tributo antes do vencimento; ii) determinação de plantar árvores a favor do reflorestamento, em vez de pagar multa; iii) redução da pena em casos de delações premiadas; iv) desconto nas tarifas de água ou energia para o indivíduo que economize determinado percentual em referência ao consumo anterior.

Embora a vantagem contida na norma não seja necessariamente uma sanção, o ordenamento permite que o temor à reprimenda e o estímulo ao bônus alcancem a aplicação do Direito.

³⁵ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2012, p. 88.

³⁶ Bobbio apresenta como espécie de sanções premiaias (i) prêmio econômico (uma compensação em dinheiro), (ii) bem social (passagem para um status superior), (iii) bem moral (honorarias) e (iv) bem jurídico (privilégios). (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 18).

³⁷ TELLA, Maria José Falcón y; TELLA, Fernando Falcón y. *Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?* Trad. Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 45.

³⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Sanção premial. Migalhas. 20.03.2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/298207/sancao-premial>. Acesso em: 06.03.2020

Há entendimento de que, com o crescente aumento de normas organizacionais, característica do Estado contemporâneo, “torna-se cada vez mais usual a técnica do encorajamento de uma conduta, de modo a abandonar a tradicional imagem do direito como ordenamento protetor-repressivo”³⁹. No entanto, para Kelsen⁴⁰ e Bobbio⁴¹, o direito conserva-se como ordenamento coativo, perdurando sua concepção repressiva.

Conclui-se, portanto, que a norma jurídica é a exteriorização do direito (i) que tem por escopo orientar a conduta dos seres humanos e equilibrar as relações interindividuais, minimizando a possibilidade de conflito de interesses e (ii) cujo cumprimento é assegurado por uma legítima sanção para que não dependa única e exclusivamente da voluntariedade dos indivíduos^{42 43}, aplicada em decorrência do *ius puniendi* do Estado.

Como asseverava Francesco Carnelutti, para que a sanção venha a cumprir seu objetivo, é imprescindível que o possível infrator, ao se sentir tentado a desobedecer à regra, tenha receio da medida repressiva a ser-lhe aplicada⁴⁴.

Para tanto, faz-se necessário que a sanção seja sempre aplicada ao violador de um preceito jurídico. Apenas a certeza da punição em caso de violação do direito, seja através de experiência própria ou de terceiros, é capaz de titubear o possível infrator.

Francesco Carnelutti assegurou que o direito não deve admitir a misericórdia, eis que o perdão apenas pode subsistir no campo ético, jamais no campo jurídico. Ao tomar para si o perdão aceitável à ética, o direito permite o enfraquecimento de sua única estrutura – sanção – que lhe permitiria atingir seus fins – obediência ao preceito jurídico⁴⁵.

³⁹ DANTAS, Gisane Tourinho. Função promocional do direito e sanção premial na perspectiva metodológica de Durkheim, p. 12-13. Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual, n. 149, nov. 2012. Disponível em <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2374/1743>. Último acesso em 27.05.2020.

⁴⁰ “[...] A concepção dominante é certamente a que considera o direito como ordenamento coativo, estabelecendo, assim, um vínculo necessário e indissolúvel entre direito e coação”. (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 7).

⁴¹ “[...] Normas através das quais são previstas recompensas para determinados serviços [...] desempenham apenas um papel inteiramente subalterno dentro destes sistemas que funcionam como ordens de coação”. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 37).

⁴² BOBBIO, Norberto. *Ordenamento jurídico*. Trad. de Maria Celeste Cordeiro leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 27.

⁴³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 71.

⁴⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. de A. Rodrigues Queirós e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006, p. 108.

⁴⁵ *Idem*.

O texto da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal consigna que a sanção é relevante para a norma jurídica. Assevera que a aplicação da pena é fundamental ao combate ao crime: “a finalidade da individualização está esclarecida na parte final do preceito: importa em optar, dentre as penas cominadas, pela que for aplicável, com a respectiva quantidade, *à vista de sua necessidade e eficácia para reprovação e prevenção do crime*”⁴⁶ (destaque acrescentado).

A figura do *ius puniendi* exterioriza, portanto, a função de punir os indivíduos infratores por meio do poder sancionador estatal, na posição de superioridade do Estado. A harmonia da vida social depende da previsão de normas dotadas de força coercitiva, sob pena de torna-las inócuas, em razão da inquietude humana.

1.1.1 A teoria da unidade do poder sancionatório do Estado: características e consequências

A função de processar, julgar e punir os indivíduos pelo cometimento de transgressões a dispositivos legais é de responsabilidade do Estado, detentor do *ius puniendi*.

Segundo a teoria da unidade do *ius puniendi*, desenvolvida no direito administrativo europeu, notadamente no espanhol, o Estado é detentor de um único poder punitivo, que se manifesta de duas formas diversas: na esfera penal, através da imposição de sanções penais pelo Poder Judiciário, e, na esfera administrativa, pela cominação de sanções administrativas realizada pela Administração Pública⁴⁷.

A esfera penal é a mais rígida do direito, pois estabelece o conjunto de normas que visa combater à criminalidade, garantir a defesa da sociedade e fixar os limites do poder punitivo do Estado⁴⁸.

Inúmeros são os bens tutelados pelo Direito. Dos mais simples aos mais complexos, o ordenamento os elege como indispensáveis à vida em sociedade, conferindo-lhes total amparo.

⁴⁶ Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal. lei nº. 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.olibat.com.br/documentos/L7209_84.PDF. Último acesso em 24.08.2021.

⁴⁷ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 87.

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 3-4.

O direito penal buscou tutelar bens jurídicos fundamentais, como vida, segurança, liberdade, honra, entre outros. Porém, sua proteção não se restringe na seara da individualidade, mas também abriga a coletividade. Por isso, estabelece outras formas de tutela penal (bens jurídicos metaindividuais), como o ambiente, o patrimônio cultural, a manipulação genética⁴⁹.

Pelo fato de incriminar condutas de alto grau de ofensividade, a intervenção penal somente pode ser utilizada quando indispensável, visto que o direito penal tem caráter subsidiário, de intervenção mínima, constituindo a *ultima ratio*⁵⁰.

Em que pese a teoria do *ius puniendi* esteja, em princípio, e por razões evidentes, dirigida à aplicação na esfera penal e processual penal, na qual o poder punitivo do Estado é assente, sua importância para os demais ramos do direito não pode ser desconsiderada⁵¹.

A esfera administrativa, embora não tenha como atribuição única a fiscalização, a prevenção e a repressão de condutas contrárias às normas vigentes, também possui o poder-dever de aplicar sanções ao infrator a fim de assegurar o interesse público. Além de regular, condicionar e limitar o exercício de direitos e liberdades nas variadas relações sociais, o Estado, não raro, vale-se também do instrumento das sanções⁵².

O direito administrativo sancionador surge como desdobramento do direito administrativo, com o escopo de analisar situações que contemplem o exercício do poder punitivo do Estado nas relações jurídicas administrativas. Sua procedência é do período pós-industrial, sobretudo após a Revolução Francesa, uma vez que neste estágio não havia separação dos poderes do Estado nem se falava em sanções administrativas propriamente ditas, exercendo o Estado o poder punitivo sem qualquer distinção de sua natureza⁵³.

⁴⁹ PRADO, Luiz Regis. *Elementos do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 1, p. 67.

⁵⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 25-26.

⁵¹ MINATEL, Gustavo Rodrigues. Garantismo Penal Aplicado no Procedimento de Apuração de Ato Infracional. In: *Revista da Defensoria Pública*. São Paulo: Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, n. 2, p. 19-35, 2013.

⁵² OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 37.

⁵³ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 17-18.

Na França pós-revolucionária, com o advento do Estado Liberal, através da separação dos poderes, foi desenvolvida a ideia de aplicação de sanções pela Administração Pública, distintas das sanções penais⁵⁴.

“Esta separación significaba hacer posible, sobre todo, la emergencia de un poder administrativo poderoso y autónomo. Era el ejecutivo, en efecto, el directo beneficiario del sistema, al implicar una exención del mismo en relación con los otros dos poderes”⁵⁵.

Os princípios pugnados pela Revolução Francesa acarretaram uma grande evolução no direito punitivo. No âmbito penal, foram previstas garantias ao acusado durante o processo penal. No âmbito da nova área da ciência jurídica, direito administrativo sancionador, foi disciplinada “a imposição da sanção pela Administração Pública, visando auferir maior segurança jurídica às relações travadas com os administrados”⁵⁶.

Assim como o Direito penal, a capacidade de a Administração Pública sancionar um agente público ou administrado que incorra na prática de infração administrativa está inserida no âmbito mais geral do poder punitivo estatal e, como corolário, no universo do Direito Público.

Na Europa, em especial no Tribunal Constitucional espanhol, com o amparo da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, desenvolveu-se a tese de que o Estado possui um poder punitivo unitário no tocante a todos os que estão sob seu domínio e, pelo fato de existir um único poder punitivo, há, por consequência, unidade na pretensão punitiva estatal no que se refere às infrações penais e administrativas⁵⁷. O principal argumento dessa tese consiste na suposta identidade ontológica entre ilícitos penais e ilícitos administrativos.

⁵⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra editora, 1997, tomo I, p.87

⁵⁵ ENTERRÍA, Eduardo García. *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*. 4. ed. Madrid: Civitas, 1994, p. 47.

⁵⁶ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 17.

⁵⁷ CUTANDA, Blanca Lozano. La tensión entre eficacia y garantías em la represión administrativa: aplicación de los principios constitucionales del orden penal em el derecho administrativo sancionador com especial referencia al principio de legalidad. *Las fronteras del Código Penal de 1995 y el derecho administrativo sancionador*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General Del Poder Judicial, 1997, p.51 e ss.

Ao conceber a semelhança entre os ilícitos, a teoria da unicidade do *ius puniendi* estatal surgida na jurisprudência espanhola sustenta que o poder de punir do Estado deve ser dirigido por um regime jurídico único, devendo a infração penal e a administrativa obedecer ao mesmo regime.

Na tentativa de reforçar a atividade da Administração Pública surgiram, no século XIX, teorias buscando distinguir o ilícito penal do ilícito administrativo. Enquanto alguns defendiam que havia distinções de caráter essencial entre os ilícitos, legitimando um poder sancionador desmedido da Administração Pública (teorias qualitativas), outros sustentavam uma distinção apenas gradual com aplicação, no âmbito da atividade administrativa, de princípios de direito penal, no intuito de conferir maiores garantias ao indivíduo frente à atividade administrativa sancionadora (teorias quantitativas)⁵⁸.

Os adeptos das teorias quantitativas identificam uma linha contínua de um ilícito material, que vai se suavizando, desde o núcleo do Direito Penal às infrações administrativas, sem jamais se apagar. Para essa corrente, “*el ilícito penal y el administrativo tienen un contenido material semejante y la misma estructura lógica*”, o que justifica a aplicação de princípios penais aos ilícitos administrativos. Por outro lado, os defensores das teorias qualitativas procuravam extrair do núcleo do direito penal um direito penal administrativo, culminando num processo de despenalização dos ilícitos⁵⁹.

As teorias tradicionais encontraram dificuldades de justificação do direito positivado, resultando no desenvolvimento das chamadas teorias formais, que concebiam a diferença entre ilícito penal e ilícito administrativo principalmente em relação à autoridade aplicadora da sanção: sanções administrativas, aplicadas por órgãos que integram a Administração, e sanções penais, impostas pelo Poder Judiciário⁶⁰.

⁵⁸ CERVEIRA, Fernanda Pessôa. *Fundamentos do Poder Administrativo Sancionador: o exame da culpabilidade na infração administrativa*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a orientação do Prof. Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues. Porto Alegre, 2005. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/7507>. Acesso em 03.02.2021.

⁵⁹ DEL TESO, Ángeles de Palma. *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos, 1996, p. 27.

⁶⁰ CERVEIRA, Fernanda Pessôa. *Fundamentos do Poder Administrativo Sancionador: o exame da culpabilidade na infração administrativa*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a orientação do Prof. Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues. Porto Alegre, 2005. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/7507>. Acesso em 03.02.2021.

Ademais, outra parte da doutrina da época distinguia o ilícito penal do ilícito administrativo em razão de suas consequências, sem considerar a natureza da infração. A esses defensores, a conduta ilícita seria classificada no momento em violasse o ordenamento jurídico. Nessa ocasião, o próprio ordenamento jurídico estabeleceria a sanção a ser aplicada à determinada violação, se penal, administrativa ou, ainda, de ordem civil. No entanto, a busca da natureza da causa distintiva dos ilícitos por meio de suas consequências não parecia acertada. Foi necessário examinar os traços distintivos entre ambos os ilícitos, sem quebrar a reconhecida unidade conceitual, o que resultou numa pluralidade de reações⁶¹.

Segundo a doutrina espanhola contemporânea, é preciso destacar a unidade conceitual do ilícito junto à unidade conceitual das demais instituições jurídicas. “*Esta unidad conceptual no es obstáculo para que pueda apreciarse una serie de diversas manifestaciones del propio concepto cuya unidad reiteramos*”. A tese de pluralidade de ordenamentos jurídicos especiais dentro do ordenamento jurídico global defende a distinção do ilícito de acordo com a ordem jurídica que restou infringida, porém em virtude do pioneirismo da doutrina penal em relação ao poder sancionador da Administração Pública e da unidade do *ius puniendi*, justifica-se a existência de um arcabouço principiológico a submeter igualmente o direito penal e o direito administrativo sancionador⁶².

A partir do direito espanhol e segundo a doutrina pátria, a unidade da pretensão punitiva do Estado é uma construção teórica frágil, situando-se no campo retórico e não no mundo real, em razão das inúmeras diferenças entre direito penal e direito administrativo sancionador. A teoria da unidade do poder sancionatório do Estado deve ser assimilada a partir da constitucionalização de direitos fundamentais concernentes aos acusados em geral, notadamente aqueles sujeitos à esfera do direito administrativo sancionador. A Carta Constitucional concebe um vital conjunto de normas que estatui direitos dos acusados, aos quais atribui a característica de fundamentais. Na elaboração das regras, o Texto Constitucional oferta uma pirâmide, na qual existe uma hierarquização de normas,

⁶¹ PUERTO, Miguel Montoro. *La infraccion administrativa*. Características, *Manifestaciones y Sancion*. Barcelona: Ediciones Nauta, 1965. p.115.

⁶² *Ibidem*, p.112.

submetidas a controles verticais, ocupando, as normas punitivas, os primeiros degraus da estrutura⁶³.

Por serem fundamentais, os direitos dos acusados retratam a importância e a superioridade do Direito Público Punitivo. Ademais, esses direitos fundamentais dos acusados, ao perpassarem tanto os ilícitos penais quanto os ilícitos administrativos, denotam a semelhança entre ambos os ilícitos e enseja a aplicação de alguns princípios constitucionais também às infrações administrativas, porém cada qual dotado de ponderações próprias.

Embora possuam conteúdos de aplicação semelhante aos dois âmbitos, penal e administrativo, sua essência guarda certa individualidade e é composta de diferenças, nuances, reservas, peculiaridades históricas e culturais. Não há dúvidas de que, desde sua concretização, o poder punitivo do Estado está fragmentado em dois grandes ramos jurídicos, Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, submetidos a princípios de direito público estatal. Porém, os regimes jurídicos destes poderes punitivos do Estado não coincidem em sua totalidade.

A unidade do poder punitivo do Estado não avista os princípios e normas próprias de cada regime jurídico, mas sim as garantias do núcleo central do direito punitivo que devem ser totalmente observadas pelo direito penal e pelo direito administrativo sancionador, de modo que “falar em unidade, do ponto de vista da superioridade do Direito Público Punitivo, equivale a falar em constitucionalização”, apenas no tocante aos direitos dos acusados.

Embora o direito administrativo sancionador e o direito penal estejam projetados debaixo de normas muito similares, reconduzíveis ao chamado Direito Punitivo Público, as origens teóricas e institucionais desses veículos processuais são distintas, o que não repele a tendência de se aproximarem de modo progressivo e intenso. Nas palavras de Fábio Medina Osório, existem cláusulas constitucionais que regem tanto o Direito Penal, quanto o Direito Administrativo Punitivo, “tais cláusulas, se bem que veiculem conteúdos distintos, também veiculam conteúdos mínimos obrigatórios, onde repousa a ideia de unidade mínima a vincular garantias constitucionais básicas aos acusados em geral”. Desse

⁶³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 116.

modo, o conceito de unidade do *ius puniendi* estatal expressa o reconhecimento do núcleo básico de fundamentação das regras e princípios com conteúdos comuns ao Direito Punitivo, ao mesmo tempo em que aceita diferenças entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal⁶⁴.

Em suma, o direito punitivo possui um núcleo normativo básico na Constituição Federal do qual derivam direitos constitucionais de conteúdos variáveis, porém com pontos de intersecção. Tais pontos são princípios de direito público aplicáveis ao direito penal e ao direito administrativo sancionador, acarretando uma diferenciada unidade do poder punitivo estatal.

Apesar de existirem entendimentos no sentido de que, por transcenderem de um núcleo comum, porém com manifesta independência em razão de serem dois ramos autônomos do Direito, para a perseguição da verdade e da justiça, o direito penal e o direito administrativo punitivo podem adotar o que lhe parecerem conveniente do outro ramo, pois tanto o direito penal quanto o direito administrativo sancionador são informados essencialmente pelo *ius puniendi* do Estado⁶⁵, partilhamos de outra linha de raciocínio.

Na releitura da teoria do garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli⁶⁶, feita por Sandro Dezan, o autor sustenta que são perfeitamente aplicáveis ao direito administrativo sancionador os princípios e institutos de direito penal, secularmente estudados e desenvolvidos, principalmente quando direitos e garantias constitucionalmente qualificados são objetos de relação jurídica, formal e material⁶⁷.

⁶⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 125, 127 e 132.

⁶⁵ LUZ, Egberto Maia. *Direito administrativo disciplinar: teoria e prática*. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 81.

⁶⁶ Luigi Ferrajoli centra sua abordagem partindo do pressuposto que o garantismo surge pelo descompasso existente entre a normatização estatal e as práticas que deveriam estar fundamentadas nelas. Para o autor, “a sujeição do juiz à lei já não é de fato, como no velho paradigma juspositivista, sujeição à letra da lei, qualquer que seja o seu significado, mas sim *sujeição à lei somente enquanto válida, ou seja, coerente com a Constituição*. E a validade já não é, no modelo constitucional-garantista, um dogma ligado à mera existência formal da lei, mas uma *qualidade contingente ligada à coerência* – mais ou menos opinável e sempre submetida à valoração do juiz – *dos seus significados com a Constituição*” – destaques acrescentados. (FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (org.). O novo em Direito e Política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 100-101).

⁶⁷ DEZAN, Sandro Lucio. *Ilícito administrativo disciplinar: da atipicidade ao devido processo legal substantivo*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 26.

Nota-se que, atualmente, a doutrina administrativista e a jurisprudência pátria consentem com a aplicação, no direito administrativo sancionador, de dispositivos constitucionais dirigidos ao direito penal.

No tocante a tipicidade na atividade administrativa, os estudiosos sustentam que o artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”), embora direcionado às sanções penais, deve ser aplicado, por via analógica, ao direito administrativo sancionatório pelo fato de muitas das sanções administrativas serem de igual ou maior gravidade do que as sanções penais. Seria insustentável exigir a tipicidade penal e dispensar a previsão legal dos ilícitos administrativos e das sanções administrativas, pois onde existe a mesma razão, aplica-se o mesmo direito (*ubi eadem ratio, ibi eadem jus*)⁶⁸.

Sobre a irretroatividade da lei em prejuízo do acusado, a Constituição Federal dispõe no artigo 5º, inciso XL, que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Apesar de claramente destinado ao direito penal, este dispositivo também é aplicado na esfera do direito administrativo sancionador. A interpretação adotada pela jurisprudência é de que o dispositivo em comento é um princípio constitucional implícito que vale para todo o exercício do *ius puniendi* estatal, aí incluído os procedimentos administrativos. Assim, sempre que houver o exercício do *ius puniendi* pela Administração Pública, direta ou indireta, a retroatividade da norma mais benéfica será aplicável⁶⁹.

O Texto Constitucional, no artigo 5º, inciso XLVI, asseverou que “a lei regulará a individualização da pena”, alinhando-se ao disposto no artigo 29 do Código Penal, pelo qual “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

Segundo a doutrina nacional, o Estado tem o dever de tratar cada um segundo a particularidade de seu ser e de suas condutas. Em que pese o dispositivo fale em “pena”, remetendo ao direito penal, por decorrer do princípio da isonomia, também deve ser aplicado no âmbito do direito administrativo punitivo. Nos processos administrativos sancionatórios em concurso de pessoas, ou seja, com dois ou mais administrados ou

⁶⁸ NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: lei no 9.784/99 comentada*, 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 537-538.

⁶⁹ STF, RE 600.817, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014; STJ, RMS 37.031-SP, Rel. Min. Regina Helena Costa, DJ 08.02.2018.

servidores figurando como acusados por violarem normas administrativas, a personificação das condutas, bem como a dosagem e a cominação das respectivas sanções, têm maior relevância. Por evidentemente materializar a igualdade dos indivíduos em procedimentos sancionatórios, os dispositivos (artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição e artigo 29 do Código Penal) devem ser estendidos aos processos administrativos que tenham função análoga e que, frequentemente, cominam restrição à liberdade e ao patrimônio do acusado de igual ou maior gravidade que muitas das sanções criminais⁷⁰.

De igual forma, a jurisprudência assevera que, ainda na esfera administrativa, a aplicação de penalidades deve observar os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, isto é, o estabelecimento da sanção deve se ater às circunstâncias objetivas do fato (natureza da infração e o dano que dela provir à Administração), e subjetivas do infrator (atenuantes e antecedentes). A punição, em nenhuma hipótese, pode exceder em espécie ou quantidade o limite da culpabilidade do infrator⁷¹.

Verifica-se que, para utilização, no direito administrativo sancionador, de princípios constitucionalmente previstos para o direito penal, a doutrina e a jurisprudência fundamentam tal conduta na aplicação analógica, ante a não existência de distinção ontológica entre os ilícitos administrativo e penal e por ambos serem ramos do *ius puniendi* do Estado sujeitos à obediência dos princípios constitucionais.

Nesse sentido, no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº. 24.559/PR, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, este asseverou:

Consoante precisas lições de eminentes doutrinadores e processualistas modernos, à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina (STJ, RMS: 24559 PR 2007/0165377-1, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Julgamento: 03/12/2009, T5 - Quinta Turma, DJe 01.02.2010).

Partilhando do mesmo entendimento, Rafael Munhoz de Mello sustenta:

Não se trata, portanto, de princípios de direito penal, mas sim de princípios que regem toda manifestação do poder punitivo estatal, seja penal ou administrativa. Tampouco se trata de aplicar no campo do direito administrativo sancionador os princípios que são próprios do direito penal, mas apenas os que são comuns a

⁷⁰ NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. Processo administrativo: lei no 9.784/99 comentada, 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 545-546.

⁷¹ STJ, RMS nº. 20.665, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ. 05.11.2009.

ambos os ramos jurídicos, corolários da opção constitucional por um Estado de Direito⁷².

Denota-se que não se trata apenas de analogia de normas do Direito Penal para o Direito Administrativo Punitivo, mas sim de efetivar, também no direito sancionador, a força normativa dos princípios constitucionais aplicados na esfera penal⁷³. Por esse motivo, em que pese os dispositivos constitucionais empreguem expressões próprias do direito penal (“lei penal”, “crime”, “pena”), por positivarem princípios fundamentais ao Estado de Direito, aplicam-se a todo exercício do poder sancionatório⁷⁴.

Conclui-se, assim, que, inexistente um unitário *ius puniendi* estatal em bases rígidas. Porém, é possível reconhecer um tipo distinto de unidade calcada no reconhecimento das diferenças e peculiaridades próprias do ilícito penal e do ilícito administrativo (a serem estudadas adiante), bem como no núcleo básico de regras e princípios comuns ao direito punitivo⁷⁵, pois, diante do exercício do direito de punir do Estado, constitui exigência constitucional a incidência automática e imediata do regime jurídico punitivo, caracterizado pelo conjunto de preceitos legais e constitucionais que define limites procedimentais, processuais e substanciais à ação sancionatória do Estado⁷⁶.

1.2 LINEAMENTOS GERAIS DA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA

As correções apresentadas pela doutrina para a tese rígida da unidade do *ius puniendi* foram de caráter operacional e conceitual. Operacional porque altera a vinculação do direito administrativo sancionador às chamadas normas de direito público estatal, sem passar pelas normas privadas de direito penal. Conceitual porque se concentram na compreensão de que o direito administrativo sancionador deriva do direito administrativo, sendo a autoridade sancionadora uma manifestação da autoridade e competência material administrativa, sem conexão alguma com o direito penal⁷⁷.

⁷² MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador – as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. Coleção Temas de Direito Administrativo nº. 17. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 105.

⁷³ DEZAN, Sandro Lucio. *Ilícito administrativo disciplinar: da atipicidade ao devido processo legal substantivo*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 26.

⁷⁴ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 141.

⁷⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 127.

⁷⁶ ATALIBA, Geraldo. Imposto de Renda – Multa Punitiva. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 126, p. 547-557, out./dez. 1976, p. 550.

⁷⁷ CERVEIRA, Fernanda Pessôa. *Fundamentos do Poder Administrativo Sancionador: o exame da culpabilidade na infração administrativa*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito

O esforço teórico espanhol para aproximar os regimes jurídicos penal e administrativo sancionador sofreu copiosa crítica doutrinária, sobretudo porque há intensas diferenças entre a infração administrativa e o ilícito penal.

Em regra, o direito prescreve uma conduta e designa, como consequência⁷⁸, um ato coativo ao comportamento que não se adegue àquele prescrito⁷⁹. A conduta humana sujeita à imposição de ato coativo é denominado ato ilícito, um comportamento vedado pelo ordenamento jurídico.

Na esfera administrativa, verifica-se que a insatisfação dos indivíduos com o absolutismo, o poder de império, a força da coroa e a tirania do Estado criou um ambiente favorável ao desenvolvimento do direito administrativo. Era necessário ser feito algo para conter os excessos das atividades estatais⁸⁰. Assim, surge o direito administrativo, possuindo dois grandes objetivos: assegurar a manutenção da autoridade do Poder Público e, ao mesmo tempo, garantir a liberdade do cidadão em face deste poder conferido à Administração Pública⁸¹.

Uma possível conceituação do direito administrativo é compreendê-lo como o conjunto das regras jurídicas que gerenciam a atividade pública, seus agentes e seus órgãos, na busca pela efetivação dos fins desejados pelo Estado⁸².

A quebra da normalidade para a via administrativa gera o ilícito administrativo. Logo, ao “descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção cuja imposição é decidida por uma autoridade no exercício de função

da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a orientação do Prof. Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues. Porto Alegre, 2005. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/7507>. Acesso em 03.02.2021.

⁷⁸ Wilson de Souza Campos Batalha ao discorrer sobre a coatividade informou que esta já foi entendida de maneira naturalística pelos sofistas (Cálicles e Trasímaco), evolucionistas (Darwin e Spencer), racistas (Gumplowicz, Oppenheimer) e materialistas (Marx, Engels), assim como foi entendida idealisticamente, como força do querer (Battaglia). *Introdução ao direito (filosofia, história e ciência do direito)*, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 38.

⁷⁹ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 30.

⁸⁰ CAFAGI, Dante Pires. *Primeiras linhas de direito administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 31.

⁸¹ DINIZ, Alécio Saraiva. [et. al]. *Temas atuais de direito administrativo*. Fortaleza: ABC, 2000, p. 263.

⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 40.

administrativa - ainda que não necessariamente aplicada nesta esfera”⁸³ é dado o nome de infração administrativa.

Classicamente, a infração administrativa pode ser (i) contratual, (ii) com base no poder de disciplinar ou (iii) com base no poder de polícia⁸⁴.

A infração administrativa contratual é aquela que decorre da violação de contratos administrativos. Várias condutas podem caracterizá-la, como a não-assinatura injustificada do contrato pelo contratado dentro do prazo estabelecido pela Administração (art. 81 lei nº. 8.666/1993), a inexecução parcial ou total do contrato (art. 38 lei nº. 8.987/1995), a execução da parceria entre a Administração Pública e organizações da sociedade civil em desacordo com o plano de trabalho (art. 73 lei nº. 13.019/2014), entre outras.

A infração administrativa disciplinar é cometida por servidores públicos ou usuários de serviço público e se configura pela ação ou omissão contrária aos deveres e vedações funcionais ou de funcionamento de serviço.

No exercício de suas atribuições, os agentes públicos submetem-se a uma disciplina interna. O descumprimento de deveres, o exercício irregular de suas atividades funcionais e a inobservância às vedações lhe impostas acarretam o exercício da competência disciplinar por meio de processo administrativo disciplinar, isto é, um instrumento de verificação e imposição de sanções administrativas⁸⁵.

O ilícito administrativo pode ser classificado em duas modalidades: ilícito administrativo puro e ilícito penal administrativo⁸⁶.

O *ilícito administrativo puro* está situado na esfera do Poder Executivo e tem por objeto o direito administrativo disciplinar. Esse ilícito atinge o serviço público e sua hierarquia, perturbando a ordem interna da Administração, concentrando-se no âmbito administrativo. Entende-se que o infrator que comete ilícito administrativo puro é temerário para a repartição, eis que pratica condutas que violam o preceituado em normas

⁸³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 863.

⁸⁴ GAMA, Ricardo Rodrigues. *Curso de introdução ao Direito*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 323.

⁸⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo*. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 391-392.

⁸⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Do ilícito administrativo*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1973, v. 68, n. 01, p. 141-145. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66693/69303>>. Último acesso em 16.03.2020.

administrativas (deveres funcionais), colocando em risco o bom funcionamento e o prestígio da Administração Pública. Por isso, é aplicada a ele uma sanção disciplinar a fim de preservar o serviço público e o seu bom funcionamento. Destaca-se que esse ilícito permite grande discricionariedade do administrador público competente para apurar a responsabilidade, pois, em que pese suas espécies sejam devidamente capituladas, o são de forma imprecisa, daí porque este tipo de ilícito é considerado por alguns doutrinadores como atípicos.

Como ensina Edmir Netto de Araújo, o *ilícito administrativo puro* pode ser *disciplinar*, quando viola a hierarquia (ex. desobediência a ordem de superior hierárquico), ou *não disciplinar* (também chamado *funcional*), quando ofende a boa ordem do serviço público, desde que não guarde relação com subordinação e hierarquia (ex. exercício de comércio dentro da repartição). Em ambos os casos o transtorno da ordem jurídica não constitui ofensa tão grave a ponto de o legislador tipificar a conduta como infração penal, eis que se propõe a tutelar apenas o bem jurídico do bom funcionamento da Administração Pública⁸⁷.

Diversamente do ilícito administrativo puro, o *ilícito administrativo penal* possui tipicidade e é dotado de configuração precisa estabelecida por texto legislativo. Sua diferença consiste em ser um fato ilícito previsto tanto na lei penal quanto na lei administrativa, lesionando concomitantemente a sociedade e a Administração Pública (ex. abandono de cargo). Logo, não se restringe ao âmbito da Administração Pública, pois, de igual forma, está presente na esfera do direito penal. O agente público que praticar ilícito administrativo penal é considerado um elemento de periculosidade externa e interna, porque ao mesmo tempo em que causa danos ao cidadão comum, também coloca a Administração em risco. Por isso, aplicam-se ao autor de ilícito administrativo penal tanto sanções internas, impostas pelo órgão ou pessoa jurídica a qual o agente está vinculado, quanto sanções externas que serão apreciadas pela autoridade judiciária.

O poder disciplinar é o que permite à Administração apurar infrações e aplicar penalidades aos indivíduos sujeitos à disciplina administrativa.

A última espécie de infração administrativa apontada pela doutrina clássica é a com base no poder de polícia.

⁸⁷ ARAÚJO, Edmir Netto de. *O ilícito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 28.

De forma sucinta, “poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”⁸⁸, que pode ser exercida por intermédio de atos preventivos, fiscalizadores e repressivos^{89 90}.

A polícia administrativa preventiva “orienta o comportamento dos particulares no intuito de evitar lesões a interesses públicos primários determinados e, com isso, resguardar direitos”⁹¹. Por prevenção compreende-se a observância do comportamento dos administrados relativamente às ordens e aos consentimentos de polícia. É operacionalizada por meio da determinação de normas e concessão de alvarás visando que o desempenho dos direitos dos indivíduos seja consoante o interesse público. A prática de atos liberatórios, como licença para construir e dirigir e autorização para porte de arma, por exemplo, ilustram a atuação preventiva.

Por polícia administrativa fiscalizatória, entende-se a verificação das ordens de polícia emanadas e a constatação dos abusos nas utilizações de bens e nas atividades privadas que receberam consentimentos de polícia (ex. inspeções e vistorias). Os atos fiscalizadores concedem à Administração elementos necessários para impedir infrações a normas de polícia por meio de processos administrativos repressivos ou medidas cautelares; “englobam um conjunto de medidas de busca de informação a respeito do cumprimento da legislação administrativa”⁹².

E, por polícia administrativa repressiva, depreende-se a verificação formal dos atos infringentes, abrangendo a fixação de infrações e a aplicação de sanções administrativas em desfavor daqueles que violarem normas administrativas de polícia (ex. multas, apreensões, interdição de atividade). Segundo Thiago Marrara, também se enquadra na função repressiva do poder de polícia “o uso de alguns acordos, integrativos e substitutivos, no exercício da polícia, como os compromissos administrativos de cessação de infração, existentes, por exemplo, no direito ambiental e no direito da concorrência”⁹³.

⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 153.

⁸⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. In: _____. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 295.

⁹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 342.

⁹¹ MARRARA, Thiago. O exercício do poder de polícia por particulares. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 269, p. 255-278, maio/ago, 2015, p. 262.

⁹² MARRARA, Thiago. O exercício do poder de polícia por particulares. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 269, p. 255-278, maio/ago, 2015, p. 262.

⁹³ *Idem*.

Portanto, infração de polícia ou ilícito de vigilância é a violação a normas limitadoras de direitos e liberdades individuais estabelecidas em prol da coletividade, como, por exemplo, o descumprimento de normas de vigilância sanitária, de construção urbanística, de proteção ambiental, entre outras.

Para aplicação da pena é necessário que haja previsão legal da conduta como infração e da sanção correspondente. Configurada a infração administrativa emerge o dever da Administração de sancionar a conduta infrativa.

Em regra, nas infrações administrativas, a punição é aplicada diretamente pela Administração Pública, sem a prévia ingerência do Poder Judiciário, sendo que algumas situações podem transformar em inexistente a infração administrativa cometida: força maior, caso fortuito, estado de necessidade, legítima defesa, doença mental, erro, coação irresistível, fato de terceiro, exercício regular do direito, estrito cumprimento do dever legal e obediência hierárquica⁹⁴.

A infração a um preceito jurídico pode ser configurada nas diversas esferas do Direito (penal, civil, administrativa, trabalhista, tributário, entre outras)⁹⁵.

Embora este trabalho não se destine a estudar as relações entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, importante tecer algumas considerações sobre a infração penal para que se possa notar as primeiras diferenças entre os regimes jurídicos penal e administrativo sancionador, razão pela qual não há de se falar numa teoria inflexível do *ius puniendi* estatal.

No campo penal, a legislação pátria adotou o sistema de classificação denominado bipartida, pelo qual a expressão *infração penal* abrange o crime e a contravenção, ou seja, infração penal é gênero, do qual crime e contravenção são espécies.

De acordo com a Lei de Introdução ao Código Penal (decreto-lei nº. 3914/1.941), por crime compreende-se a infração penal sancionada com reclusão ou detenção⁹⁶ e, por

⁹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 866.

⁹⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Do ilícito administrativo*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1973, v. 68, n. 01, p. 137. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66693/69303>>. Último acesso em 12.03.2020.

⁹⁶ Com exceção do art. 28 da lei de drogas que é punido apenas com penas alternativas.

contravenção penal, a infração punida com prisão simples e multa ou apenas pena de multa.

Além desta distinção, outras diferenças podem ser extraídas da leitura do Código Penal em comparação com a Lei das Contravenções Penais: i) a ação penal das contravenções são sempre públicas incondicionadas; ii) a tentativa de contravenção não é punível; iii) as contravenções cometidas em território estrangeiro não são punidas pela lei penal brasileira; iv) o limite de cumprimento das penas privativas de liberdade decorrentes das contravenções é de cinco anos - em oposição aos trinta anos para crimes; e v) a duração da suspensão condicional da pena é de até três anos, enquanto no crime a variação é de dois a quatro anos.

Na tentativa de conceituar *crime*, os penalistas difundiram vários conceitos (analítico, formal, jurídico-legal, material natural, radical, sociológico), não se limitando apenas na natureza da sanção⁹⁷. Apesar das diversas definições, o conceito dominante é de ser o crime a conduta típica, ilícita e culpável. Em outras palavras, crime é a ação ou omissão humana contrária ao comportamento autorizado pelo Direito, que se adequa perfeitamente a uma norma penal e, por isso, está sujeita ao juízo de reprovação.

A consequência da infração penal é, em regra, a aplicação de pena ao infrator. Destaca-se que nem toda ação ou omissão prevista na lei penal será considerada um ato ilícito. Se estiver presente causa justificante, a ação ilícita se transformará numa ação lícita, autorizada, permitida. As causas justificantes são estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito e estão previstas no artigo 23 do Código Penal.

É oportuno realizar um breve comparativo das principais características que distinguem o ilícito administrativo do ilícito penal, a fim de bem delimitar quais são os ilícitos combatidos pelo poder sancionador da Administração Pública e quais estão excluídos de seu âmbito de atuação. Antes, portanto, necessário percorrer algumas teorias.

⁹⁷ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 437-438.

Enfrentando a complexa questão da fronteira entre o direito administrativo e o direito penal, James Goldschmidt⁹⁸, em 1902, escreveu a obra alemã Direito Penal Administrativo (*Das Verwaltungsstrafrecht*) estabelecendo um critério qualitativo de distinção entre os ilícitos penal e o meramente administrativo⁹⁹.

O cenário era de tribunais sobrecarregados de processos para julgamento e de um Poder Judiciário com incontáveis lides de ofensa a bens jurídicos diversos. O objetivo do jurista alemão era de retirar, da esfera do Direito Penal, ilícitos de menor importância, reposicionando-os no âmbito do direito administrativo, dando início a um processo de despenalização. Assim, buscou comprovar que havia diferença qualitativa entre o ilícito penal, denominado crime, ato violador dos interesses caros da sociedade, e a infração administrativa, condutas lesivas a interesses menores, confundidas, por vezes, com interesses da própria Administração Pública, o que ensejaria uma esfera própria para crimes e uma esfera específica para infrações administrativas¹⁰⁰.

James Goldschmidt apresentou, portanto, um *critério material qualitativo* diferenciando os dois tipos de ilícitos. “Os ilícitos penais tinham por conteúdo material um dano concreto a bens jurídicos dos particulares, enquanto os ilícitos administrativos teriam por conteúdo o descumprimento de um dever de obediência em face da Administração Pública”¹⁰¹. Pelo fato de o conteúdo dos comportamentos serem diferentes, a conduta eticamente reprovável que atingisse a coletividade na forma de um delito seria um ilícito regido pelo Direito Penal e o descumprimento da norma positiva de conteúdo de valor ético neutro que ofendesse somente os interesses da própria Administração Pública seria da alçada do direito administrativo.

No intuito de aprimorar a teoria de diferenciação entre os ilícitos administrativo e penal de Goldschmidt, porém para reduzir a atividade administrativa sancionadora, parte

⁹⁸ GOLDSCHMIDT, James. *Das Verwaltungsstrafrecht. Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1902.

⁹⁹ Destaca-se que Goldschmidt não foi o precursor dessa concepção. Feuerbach já diferenciava os crimes em sentido estrito dos delitos de polícia e Joannis Carmignani, em seu *Juris Criminalis Elementa*, em 1833, já propunha a ofensividade como acento distintivo entre crime e infração administrativa.

¹⁰⁰ 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. 47-48.

¹⁰¹ 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. 51.

da doutrina espanhola¹⁰² rejeitou o critério de distinção dos ilícitos pela natureza da ofensividade da conduta (valor desvalor ético-social da conduta e do titular do interesse violado pela conduta praticada) e adotou o critério da gravidade do comportamento (*critério material – corrente quantitativa*), pelo qual condutas reputadas mais graves seriam da esfera do direito penal e as mais brandas, da esfera do direito administrativo sancionador.

Aos espanhóis, ilícitos penais e administrativos consistiam no mesmo fenômeno, bastando estabelecer uma diferenciação de ordem quantitativa, quanto à intensidade da conduta. Dessa forma, os ilícitos estariam mais bem distribuídos, beneficiando todo o sistema jurídico, pois o direito administrativo sancionador estaria aparelhado por um tratamento menos formal aferido por condutas que, *per se*, não comprometem nem colocam em risco os bens jurídicos mais relevantes do Estado Democrático de Direito, isto é, a dignidade da pessoa humana, considerada em concreto¹⁰³.

As teorias quantitativas e qualitativas receberam críticas da doutrina moderna, para a qual os critérios qualitativo e quantitativo de distinção serviam apenas para nortear o legislador na definição de determinada conduta como crime ou infração administrativa. Segundo a doutrina moderna, a escolha entre um ou outro tipo de ilícito é meramente uma questão de política legislativa, na qual o legislador possui ampla liberdade para selecionar as condutas que serão tipificadas como ilícito administrativo ou como ilícito penal¹⁰⁴. Nesse sentido, Eduardo Gacia de Enterría expõe que, pelo fato de todos os intentos de diferenciar teoricamente os ilícitos penais dos administrativos terem sido malsucedidos, apenas razões de política criminal explicam a escolha do legislador entre tais vias repressivas¹⁰⁵.

O aprimoramento da doutrina administrativista fez que o critério material fosse deixado de lado, colocando no centro o critério formal, resultado da elaboração de outros conceitos que possibilitaram a confecção de um regime jurídico estruturado para o direito

¹⁰² MIR, Jose Cerezo. Direito penal e direitos humanos: experiência espanhola e europeia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, p. 26-35, abr. 1994, p. 29.

¹⁰³ RECH, Talyz William. Aplicação do direito administrativo sancionador no combate à corrupção. *Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, v. 13, n. 28, p. 158-188, jun./nov. 2018, p. 167-168.

¹⁰⁴ 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. 59.

¹⁰⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomáz-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. II. 10. ed. Madrid: Civitas, 2006, p. 168.

administrativo sancionador. Pelo *critério formal* – o mais aceito pela doutrina –, uma infração é administrativa (e não penal) pelo fato de a ela estar cominada uma sanção administrativa regida pelo regime jurídico administrativo, assim como um ilícito é considerado penal porque a ele está atribuída uma sanção penal própria de seu característico regime jurídico penal¹⁰⁶.

Para grande parte da teoria que adota o critério formal, a diferença entre os ilícitos não está no conteúdo ou na gravidade da conduta, mas sim no órgão responsável por aplicar a sanção, no regime jurídico ao qual a sanção está vinculada e na necessidade ou não de processo judicial para sua perfectibilização^{107 108}.

Por último, apresenta-se o *critério funcional* de diferenciação entre os ilícitos administrativo e penal exposto por alguns autores contemporâneos, como Jesús María Silva Sánchez¹⁰⁹. Para os adeptos do critério funcional, as teorias amparadas no critério formal se mostraram adequadas para estruturar os regimes jurídicos próprios da esfera penal e da esfera do direito administrativo sancionador. Porém, é preciso abandonar as diferenciações essencialistas e se ater ao funcionamento de cada esfera jurídica de proteção. Dessa forma, “o decisivo estaria, assim, não mais nas características intrínsecas aos ilícitos penais e aos administrativos, mas sim nas diferentes finalidades de cada um destes ramos, bem como os meios disponíveis para persegui-las”¹¹⁰.

Definidas as teorias e, em oposição à corrente quantitativa, conclui-se pela existência da tutela de bens jurídicos tanto em âmbito penal quanto na esfera administrativa. Contudo, o direito penal tutela bens jurídicos em geral, como vida, honra, liberdade, patrimônio, propriedade imaterial, a organização do trabalho, etc., e o direito

¹⁰⁶ 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. 61-62.

¹⁰⁷ RECH, Talyz William. Aplicação do direito administrativo sancionador no combate à corrupção. *Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, v. 13, n. 28, p. 158-188, jun./nov. 2018, p. 167-172.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 20.

¹⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2002, p. 116.

¹¹⁰ LUZ, Yuri Corrêa da. O combate à corrupção entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 89, p. 429-470, mar./abr. 2011, p. 436.

administrativo sancionador ampara deveres de obediência ou de cooperação dos particulares para com a atividade dos entes públicos na persecução do interesse geral¹¹¹.

Assim como no ilícito penal, no ilícito administrativo o infrator também se encontra em oposição à própria sociedade, sendo o dano identificado por meio da lesão, abstrata ou concreta, ao bem jurídico tutelado na norma administrativa.

Embora o ilícito administrativo percorra planos menos elevados do que o ilícito penal, configurando um *minus* em relação à infração penal¹¹², a diferença entre ilícito criminal e infração administrativa repousa no critério formal, negando-se distinção ontológica ou material, conforme lecionam José Roberto Pimenta Oliveira e Dinorá Adelaide Musetti Grotti¹¹³, Régis Fernandes de Oliveira¹¹⁴, Daniel Ferreira¹¹⁵ e Heraldo Garcia Vitta¹¹⁶.

Pelo critério formal, para que reste frutífera a distinção entre infração administrativa de infração penal é preciso trabalhar o regime jurídico sancionador, o ato sancionatório e seus pressupostos, pois a diferenciação entre os ilícitos está intimamente ligada à própria definição e ao delineamento das sanções administrativas. Em outras palavras, um ilícito será considerado administrativo, e não penal, porque estará cominada a ele uma sanção administrativa, regida pelo regime jurídico administrativo¹¹⁷.

Por essa razão, e no intuito de delimitar a atuação da Administração Pública, importante se faz a dedicação ao estudo das sanções administrativas.

1.3 DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

O convívio em sociedade, sem a figura de uma entidade suprema dotada de poderes para reger a conduta dos indivíduos, seria fadado a incansáveis e árduas disputas, nas quais apenas sairia vencedora a parte que detivesse maior força física para se impor.

¹¹¹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções Administrativas e Princípios de Direito Penal. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, v. 219, p. 127-151, jan./mar. 2000.

¹¹² CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 118.

¹¹³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020, p. 90.

¹¹⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo: RT, 1985.

¹¹⁵ FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.

¹¹⁶ VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

¹¹⁷ RECH, Talyz William. Aplicação do direito administrativo sancionador no combate à corrupção. *Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, v. 13, n. 28, p. 158-188, jun./nov. 2018, p. 171.

Por isso, no decorrer nos anos, houve a afirmação do Estado, para que pudesse disciplinar o comportamento da sociedade por meio de regras previamente estabelecidas.

As normas jurídicas têm o objetivo de delimitar a conduta humana. Quando a sociedade as respeite e as cumpra, a norma satisfaz sua principal finalidade e a paz social é alcançada. Embora o propósito seja o de os indivíduos se absterem de realizar comportamentos contrários às normativas, por vezes a sociedade não se comporta de acordo com o esperado.

O descumprimento de determinada norma jurídica faz vir à tona as concepções de ato ilícito e sanção.

José de Castro Meira explica que, “no que tange à palavra ilícito, é interessante observar que corresponde a *torto*, em italiano, e a *entuerlo*, em espanhol, expressões que, por si sós, deixam clara a ideia do que não é certo, torcido, contrário ao direito”¹¹⁸.

Ato ilícito consiste em agir em desacordo com o ordenamento jurídico, voluntariamente - por meio de dolo ou culpa, de modo a produzir um efeito danoso, acionando, por consequência, um sistema que envolve responsabilidades e sanções.

Uma conduta é considerada ilícita porque a ela está relacionada uma repressão. Esta repressão é a consequência pela violação da regra, o que possibilita afirmar que a sanção é consequência do ato ilícito que, por sua vez, é pressuposto da sanção¹¹⁹.

Inúmeras são as regras estabelecidas pelo Estado para balizar o comportamento humano. A violação de quaisquer normas que compõem o ordenamento jurídico, seja regras de direito público ou regras de direito privado, impõe a aplicação de reprimenda.

No estudo do direito administrativo sancionador, a sanção administrativa – e sua consequente aplicação frente à ocorrência do ilícito administrativo – é o elemento de destaque, que representa um dever do Estado no exercício da potestade sancionadora¹²⁰.

¹¹⁸ MEIRA, José de Castro. *O ilícito civil e o ilícito penal*. Revista de informação legislativa, v. 18, n. 70 (abr./jun. 1981), p. 160. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181275/000390322.pdf?sequence=3>>. Último acesso em 27.05.2020.

¹¹⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1960, p. 167.

¹²⁰ VITTA, Heraldo Garcia. A sanção no direito administrativo. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Coord.). *Coleção temas de direito administrativo*: v. 8. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 65.

Um primeiro conceito (formal) de sanção administrativa a define como a "direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, a ser ordinária e vinculadamente imposta no exercício da função administrativa, em virtude da incursão de alguém em um comportamento previsto normativamente como reprovável". Há uma relação lógico-jurídica de antecedente-consequente entre as infrações e as sanções administrativas, tendo estas a finalidade de desencorajar comportamentos reprováveis no âmbito da Administração Pública ¹²¹. No entanto, a definição de sanção administrativa deve ser aprofundada.

A sanção administrativa está inserida no âmbito mais geral do poder punitivo estatal, no universo do direito público punitivo. Diferencia-se de outros institutos semelhantes em razão de seu regime jurídico próprio.

A sanção administrativa é composta por três elementos: a) a autoridade sancionadora (elemento subjetivo/formal), b) o efeito aflitivo da medida (elemento objetivo) e c) a finalidade (elemento teleológico).

O elemento subjetivo/formal da sanção administrativa é a autoridade sancionadora. Inicialmente, parte da doutrina, amparada nas experiências europeias, sustentava que as autoridades jurisdicionais eram incompetentes para cominar qualquer sanção administrativa, a qual somente poderia ser aplicada pela Administração Pública. Todavia, a concepção processual do direito administrativo, que ensejou a teorização das sanções administrativas no reconhecimento de seu obrigatório elemento subjetivo, revelou a possibilidade da tutela de determinados bens jurídicos tanto pelo direito administrativo quanto pelo direito judiciário, alargando o campo de incidência das sanções administrativas ¹²².

Ao estabelecer os bens jurídicos tutelados pela Administração Pública, o legislador pode conferir a ela a posição processual de promotora de acusações, de vítima de ilícitos ou, ainda, de ambas. Estando a Administração na condição de vítima, o legislador pode conferir ao Poder Judiciário e a instituições como o Ministério Público a titularidade para determinado processo punitivo, afastando a competência da Administração Pública. É o caso, por exemplo, do tratamento legal da improbidade

¹²¹ FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 25.

¹²² MEDINA, Fábio Osório. *Direito Administrativo Sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 79 e 81.

administrativa, da lei anticorrupção, bem como da proteção dos direitos da infância e da juventude (Estatuto da Criança e do Adolescente), onde há sanções administrativas aplicadas por autoridades judiciárias¹²³.

A aplicação de sanções administrativas não está inserida somente no âmbito das funções administrativas de Poderes e órgãos dotados de autonomia constitucional. Existem sanções administrativas que são aplicadas pelo Poder Judiciário, desde que a competência repressiva esteja outorgada por lei. Por esse motivo, a sanção administrativa não pode ser definida exclusivamente pelo critério formal/subjetivo da presença de certo órgão sancionador¹²⁴.

O segundo elemento da sanção administrativa a ser analisado é o efeito aflitivo da medida, que advém do conceito inerente de pena. Não é uma característica exclusiva do direito administrativo. Está presente em outros ramos jurídicos sancionadores, como o direito penal e também o direito privado. Como elemento objetivo, o efeito aflitivo da sanção consiste na dor, no sofrimento, no mal imposto ao infrator, variando o grau punitivo das sanções administrativas conforme a gravidade do ilícito e a relação de proporcionalidade¹²⁵.

O efeito aflitivo da medida não pode ser confundido com a ausência e/ou cortes de prêmios, incentivos ou benefícios que podem ser concedidos legítima e discricionariamente por um órgão a um terceiro. Interpretações econômicas não afastam a necessária carga aflitiva da sanção. Sanção é castigo. E castigo expressa recortes em direitos e reduções em esferas de patrimônios ou liberdades. Assim, o atributo essencial para o reconhecimento (e não para a finalidade) de uma sanção é a presença do efeito aflitivo objetivamente perceptível: o castigo¹²⁶.

O terceiro componente central da sanção administrativa é o elemento teleológico, que expressa a finalidade punitiva da sanção administrativa. A finalidade repressiva está

¹²³ MEDINA, Fábio Osório. *Direito Administrativo Sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 82.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 83 e 85.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 88-91.

¹²⁶ MEDINA, Fábio Osório. Conceito de sanção administrativa: novos paradigmas. Reflexões sobre o novo conceito de sanção administrativa adotado na doutrina e na jurisprudência brasileira. *Portal Jota - Administração Pública*. Artigo de 29.10.2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/direito-administrativo-sancionador/sancao-administrativa-novos-paradigmas-29102020>

ordinariamente presente nas penas ou sanções administrativas. No entanto, não se pode afirmar que a sanção administrativa possui caráter puramente repressivo¹²⁷.

O elemento punitivo característico das sanções administrativas não se projeta de modo uniforme na sociedade. As finalidades e os objetivos das sanções não são idênticos em todos os casos, eis que, em boa medida, dependem de políticas legislativas, judiciárias ou até executivas. Por esse motivo, além da finalidade repressiva, é possível encontrar finalidades últimas da sanção administrativa, como é o caso das sanções disciplinares, que possuem um acentuado objetivo pedagógico¹²⁸.

As penas disciplinares, por exemplo, possuem objetivos e características dotadas de algumas especificidades, porém estão inseridas no conceito de sanção administrativa. Embora o exercício do poder disciplinar tenha elevado escopo corretivo, também possui, necessariamente, em alguma medida, a finalidade punitiva, pois a pretensão pedagógica tampouco é desconsiderada ou tida como incomum às finalidades repressivas ordinariamente presentes nas sanções administrativas¹²⁹.

Assim, tendo em vista que o conceito de sanção administrativa ultrapassa o conceito meramente formal, eis que o legislador também outorga ao Poder Judiciário a tarefa de reprimir ilícitos e sanções de Direito Administrativo, a sanção administrativa pode ser definida em sentido amplo como:

“um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, ou pelo Judiciário a um jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibida, com uma finalidade repressora, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo”¹³⁰.

A definição apresentada por Fábio Osório Medina após vastos estudos realizados sobre a doutrina espanhola, em especial, as lições de Suay Rincon¹³¹, distancia-se, no

¹²⁷ MEDINA, Fábio Osório. *Direito Administrativo Sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 92.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 93

¹²⁹ MEDINA, Fábio Osório. Conceito de sanção administrativa: novos paradigmas. Reflexões sobre o novo conceito de sanção administrativa adotado na doutrina e na jurisprudência brasileira. *Portal Jota - Administração Pública*. Artigo de 29.10.2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/direito-administrativo-sancionador/sancao-administrativa-novos-paradigmas-29102020>

¹³⁰ MEDINA, Fábio Osório. *Direito Administrativo Sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 95.

¹³¹ RINCON, Jose Suay. *Sanciones Administrativas*. Bolonia: Studio Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, 1989, p. 55.

tocante ao elemento subjetivo, das concepções defendidas pela doutrina pátria, como as de Daniel Ferreira¹³², Rafael Munhoz de Mello¹³³, Heraldo Garcia Vitta¹³⁴ e Egon Bockmann Moreira¹³⁵.

Para os referidos autores, a aplicação de sanções administrativas está inserida no âmbito do exercício da função administrativa.

Segundo os ensinamentos de Rafael Munhoz de Mello, o magistrado, no exercício da função jurisdicional, não está exercendo função administrativa ao examinar questão de direito administrativo e impor eventuais penalidades. O entendimento oposto, de expandir o âmbito de incidência do direito administrativo sancionador a toda manifestação estatal que atinja valores protegidos pelo direito administrativo, representaria o retorno à defesa de concepções ultrapassadas, como as qualitativas. Para robustecer seu entendimento, o jurista registra que, na França, onde há jurisdição administrativa, as decisões dos “órgãos administrativos jurisdicionais” são consideradas produzidas no exercício da função jurisdicional, ainda que tratem, eminentemente, de direito administrativo, em razão da natureza do órgão prolator¹³⁶.

Em suma, a sanção administrativa consiste na imposição de uma medida afluiva, uma situação desfavorável ao agente infrator (elemento objetivo), com exceção das restrições ao direito de liberdade a cargo exclusivo da esfera penal, pela autoridade competente no exercício da função administrativa (elemento subjetivo), como medida

¹³² “Conceituamos sanção administrativa como a direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, a ser imposta no exercício da função administrativa, em virtude de um comportamento juridicamente proibido, comissivo ou omissivo”. FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 34.

¹³³ “Consequência negativa atribuída à inobservância de um comportamento prescrito pela norma jurídica, que deve ser imposta pelos órgãos competentes e, se necessário, com a utilização de meios coercitivos, tal qual previsto no ordenamento jurídico”. 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. 62.

¹³⁴ “Consequência repressiva, estipulada pela ordem jurídica e imposta por autoridade administrativa, no exercício da função administrativa desfavorável ao sujeito (infrator ou responsável), com a finalidade de desestimular as pessoas a descumprirem normas do ordenamento normativo, em virtude de conduta (comissiva ou omissiva) praticada em ofensa ao mandamento da norma jurídica”. VITTA, Heraldo Garcia. *A Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 64.

¹³⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da legalidade, a lei e o direito. Em MARRARA, Thiago (coord.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 58.

¹³⁶ 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. 67.

repressora, ressarcitória e/ou desestimuladora (elemento teleológico) pela prática de um ilícito, a ser imposta em sede de procedimento administrativo (elemento formal)¹³⁷.

Definidas as premissas iniciais, importante esboçar a tipologia das sanções administrativas, isto é, as distintas categorias de tipos sancionadores a serem aplicados quando do cometimento de ilícitos praticados por agentes submetidos a especiais relações de sujeição e agentes particulares sujeitos à atividade punitiva do Estado.

A dicotomia relação geral e relação especial de sujeição merece atenção, pois, embora trate de tema vetusto, obteve novos contornos, sobretudo por ocasionar desdobramentos importantes em matéria de infrações e sanções administrativas.

No confronto com os particulares, a Administração, ordinariamente, apresenta-se como titular de poder soberano, cabendo-lhe o poder de fazer prevalecer coativamente sua vontade sobre a dos particulares em razão dos interesses públicos que gere. Esta supremacia geral do Estado, além de ser evidenciada pela expedição de normas e atos, também se verifica pela execução coativa quando houver resistência ao cumprimento de ordens emanadas¹³⁸. Todavia, o regime jurídico do processo punitivo a ser utilizado recebe contornos distintos a depender do vínculo estabelecido entre o particular e a Administração.

Existem particulares ligados à Administração Pública por vínculos mais estreitos do que a média. Estas ligações são denominadas relações jurídicas de sujeição especial, que se opõem à concepção predominante de sujeição geral, constituída comumente entre o Estado e a coletividade.

A sujeição geral advém clara e unicamente do poder de império estatal, da posição de privilégio que ostenta o Estado em relação aos particulares. Mesmo que não haja nenhum tipo de relação específica entre o Estado e determinado particular, todos os

¹³⁷ MACHADO, Fernando Moreno. *As sanções administrativas da lei de licitações e a desconsideração da personalidade jurídica*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Prof. Thiago Marrara. São Paulo, 2014, p. 32.

¹³⁸ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 37-38.

indivíduos estão sujeitos a ele, corolário da supremacia geral do Estado que o torna mandatário do poder titularizado e destinado à sociedade¹³⁹.

Em contrapartida, as relações entre indivíduos e Estado marcadas por um vínculo específico denominam-se relações jurídicas de sujeição especial.

A concepção de sujeição especial surgiu no final do século XIX e foi elaborada pelos doutrinadores alemães Laband, Jellinek, Thoma e Fleiner, em especial o administrativista Otto Mayer, para o qual a sujeição retratava a relação entre pessoas juridicamente desiguais, cujo conteúdo era determinado pela vontade da pessoa superior. Na versão francesa de sua obra, “*la sujétion signifie Le rapport de deux personnes inégales au point de vue du droit, rapport pour lequel La volonté de La personne supérieure détermine le contenu*”¹⁴⁰.

Naquele período, as relações de sujeição especial eram marcadas pela redução da liberdade do indivíduo e pela majoração das prerrogativas gerais estatais. Defendia-se a absoluta relativização do princípio da legalidade, em defesa da faculdade conferida à Administração Pública de regular, internamente, o seu funcionamento, assim como suas relações com aqueles indivíduos que, por inúmeros motivos, se relacionassem de maneira mais próxima a ela. Assim, ao ingressar no aparato estatal, a garantia da reserva de lei era retirada do particular, o qual estaria submetido ao poder regulamentar incondicionado da Administração Pública e das sanções ali estabelecidas¹⁴¹. Tal cenário era comum à época, sustentando ainda alguns que, em relações de sujeição especial, não era necessária a previsão em lei ou regulamento de deveres e suas respectivas sanções, bastando a norma interna¹⁴².

O conceito de relações de sujeição especial empregado pela doutrina clássica trazia a seguinte proposição: são vínculos estabelecidos entre o Poder Público e o particular, destituído este das garantias do Estado de Direito, em prol do bom

¹³⁹ PUCETTI, Renata Fiori. *Infrações e sanções administrativas aplicáveis aos particulares em licitações e contratos*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Marcio Cammarosano. São Paulo, 2010, p. 24.

¹⁴⁰ MAYER, Otto. *Le droit administratif allemande*. V. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, 1903, p. 137.

¹⁴¹ ANABITARDE, Alfredo Galego. *Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración*. Em Revista de administración pública, 34/14 *apud* MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 158/159.

¹⁴² ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milano: Giuffrè, 1953, pp. 281-282, *apud* VITTA, Heraldo Garcia. *A Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 73.

funcionamento da instituição ou serviço regulado e sem a incidência de regra jurídica, do princípio da legalidade, por representar espaço de autonomia administrativa, e do controle jurisdicional das medidas administrativas adotadas¹⁴³.

Notório que, com o decorrer dos anos, referida concepção foi sendo gradualmente superada, notadamente pela ascensão do Estado Democrático de Direito que jamais conceberia a relativização absoluta do princípio da legalidade.

No Brasil, a doutrina administrativista verifica a sujeição especial na relação entre usuários de serviços públicos e prestadores, associados e entidades corporativas, militares e a União, servidores públicos estatutários e entre as partes de contratos administrativos¹⁴⁴. Entende a integração do indivíduo ao aparelho burocrático no momento em que recebe delegações de caráter estatal, contrata com a Administração ou utiliza serviços públicos¹⁴⁵. Concebe o exercício do poder especial da Administração quando um vínculo específico a une ao particular, por meio da contratação e da utilização de serviços públicos por ela prestados, direta ou indiretamente¹⁴⁶.

Após realizar um estudo completo e abrangente sobre o tema, Vera Regina Hippler conceituou as relações especiais de sujeição como:

Relações jurídico-administrativas nas quais a Administração Pública exerce poder de autoridade dito especial, caracterizadas pela inserção efetiva e duradoura do administrado no seu âmbito organizacional, das quais dimanam um regime jurídico peculiar traduzível numa modulação específica do princípio da legalidade e diferenciado tratamento dos direitos fundamentais e instituições de garantias, de forma adequada aos fins e interesses específicos de cada relação e com fundamento constitucional-legal¹⁴⁷.

Para assegurar a harmonia dos princípios e fundamentos vigentes no ordenamento jurídico, o exercício do poder sancionatório fundado na sujeição especial deve observar condicionantes positivas e negativas.

As positivas retratam a necessidade de i) encontrar seu fundamento último em lei, atribuindo competência aos órgãos e estabelecimentos para assim o proceder; ii) exhibir seu

¹⁴³ SILVA, Clarisse Sampaio. *Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: O caso dos agentes públicos*. São Paulo: Fórum, 2009, p. 83.

¹⁴⁴ VITTA, Heraldo Garcia. *A Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 79-80.

¹⁴⁵ VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. *Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 76.

¹⁴⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. 1ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 30.

¹⁴⁷ HIPPLER, Vera Regina. *Aspectos das Relações Especiais de Sujeição no Direito Administrativo Brasileiro: Natureza Jurídica e Pressupostos Constitucionais*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Prof^ª. Dinorá Adelaide Musetti Grotti. São Paulo, 2006, p. 350.

fundamento imediato na própria relação de sujeição especial; iii) restringir suas disposições ao que for instrumentalmente necessário ao cumprimento das finalidades que presidem ditas relações; iv) manter-se afinada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade; e v) conservar seu objeto atrelado ao que for relacionado tematicamente e, em geral, tecnicamente com a relação especial que esteja em causa. As condicionantes negativas, por outro lado, impõem vedações a: i) infirmar qualquer direito ou dever decorrente de norma de nível constitucional ou legal; ii) extravasar a intimidade da relação especial entabulada; iii) exceder o estritamente necessário para cumprimento dos fins da relação de supremacia especial; e iv) produzir, por si mesmas, consequências que restrinjam ou elidam interesses de terceiros, ou os coloquem em situação de dever¹⁴⁸.

Identificadas as particularidades das relações de especial sujeição e das relações de sujeição geral, verifica-se que a atividade sancionadora da Administração possui um fundamento distinto de quando é exercida sobre os administrados em geral de quando tem por objeto, exclusivamente, a conduta daqueles que, por manterem com a Administração uma relação jurídica no sentido próprio, estatutária ou contratual, contraíram obrigações ou assumiram deveres específicos frente a Administração¹⁴⁹.

Os destinatários das sanções administrativas, portanto, podem ser administrados externos ou circunscritos ao aparelho estatal. No intuito de demonstrar quão vasto é o universo das espécies de sanções administrativas, apresenta-se a tipologia das principais sanções de acordo com a espécie de relação jurídica.

Em 10 de junho de 1991, foi apresentado o projeto de lei nº. 1.491, de autoria do deputado federal Luis Roberto Ponte, com o intuito de regulamentar os procedimentos para a contratação das obras, serviços, compras, alienações e concessões por parte da Administração Pública direta e indireta, com observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, conforme prevê o artigo 37, XXI, da Constituição Federal.

Depois de completados três anos e onze dias desde a propositura do projeto, em 21 de junho de 1993 o projeto foi transformado na lei ordinária nº. 8.666 que, entre outras

¹⁴⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 856-857.

¹⁴⁹ LLORIENTE, Francisco Rubio. *La forma del poder – Estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 383.

providências, instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública, regulamentando o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

A lei nº. 8666/1993 restou alterada 225 vezes e, embora ainda esteja vigente, foi publicada em edição extra do Diário Oficial do dia primeiro de abril de 2021 a Lei nº 14.133/2021 que estabelece o novo regime jurídico das licitações e contratações da Administração Pública. Pelo período de transição de dois anos (artigo 191 da nova lei de licitações), o regime de licitações previsto na lei nº 8.666/1993 conviverá, a depender da escolha da Administração, com o regime de licitações previsto na Lei nº 14.133/2021.

Além de estabelecer normas para a realização de licitações e contratos, o atual/antigo e o novo/futuro regime também prescrevem sanções para a prática de infrações administrativas (sanções contratuais). Aqui a relação jurídica entre Administração e o contratado é de sujeição especial, de modo que as sanções administrativas são especiais por decorrerem da reprovação normativa de uma conduta de alguém particularmente engajado com o Estado.

Do artigo 137 e 155 da nova lei se extraem, respectivamente, o rol das causas que permitem a rescisão unilateral dos contratos administrativo por parte da Administração Pública e as infrações administrativas que responsabilizam administrativamente o licitante ou o contratado.

A Administração Pública poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções (art. 156): (i) advertência; (ii) multa –aplicada de acordo com o previsto no instrumento convocatório ou no contrato; (iii) impedimento de licitar e contratar com a Administração, pelo prazo máximo de três anos; e (iv) declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública, que impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de três anos e máximo de seis anos.

Há divergência no entendimento doutrinário¹⁵⁰ quanto ao alcance das penalidades de i) impedimento de licitar e contratar com a Administração e de ii) declaração de

¹⁵⁰ Calcada nas diferenças de posicionamento entre o STJ, o qual defendia o impedimento da participação da empresa suspensa em qualquer outro certame perante a Administração Pública (AIRES 201301345226, Rel. Min. Gurgel De Faria, STJ – Primeira Turma, DJE Data: 31/03/2017), e o TCU, o qual decidiu que a suspensão temporária prevista na Lei de Licitações, em vez de gerar consequências para toda a Administração Pública, deveria ter seus efeitos adstritos somente ao órgão ou entidade que aplicou a sanção

inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração. Para alguns¹⁵¹, o efeito da sanção se limita ao ente federativo em que a sanção foi aplicada, em razão da autonomia federativa e da ofensa ao princípio da competitividade. Para outros¹⁵², a pena de suspensão tem efeito restritivo ao ente federativo e a pena de declaração de inidoneidade se estende aos demais entes, devido à redação legislativa ter utilizado o termo Administração (unidade administrativa) para a primeira sanção e Administração Pública (diversos entes federativos) para a segunda. Há, ainda, entendimento¹⁵³ no sentido de que as penalidades não produzem efeitos apenas em relação ao ente federativo sancionador, mas alcançam toda a Administração Pública.

A lei nº. 14.133/2021 indicou expressamente de quem é a competência para aplicar a sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública. Porém, a lei não apontou o responsável por aplicar os demais tipos de sanção.

Conforme o art. 156, §6º, da nova lei de licitações, a sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, por ser a mais grave, é de competência exclusiva do Ministro de Estado ou do Secretário Estadual ou Municipal. Por outro lado, de acordo com o art. 46 da Lei nº 8.443/1992, a sanção também pode ser aplicada pelo Tribunal de Contas da União, desde que comprovada a ocorrência de *fraude à licitação*.

No tocante às demais sanções contratuais, como não há previsão legislativa acerca da competência para aplicação, registra-se que, de acordo com o artigo 17 da lei nº. 9.784/1999, “inexistindo competência legal específica, o processo administrativo deverá

(Acórdão n.º 2.530/2015 – TCU – Plenário – Rel. Min. Bruno Dantas, 14/10/2015), resultando, inclusive, na edição da súmula n.º 51 pelo TCE/SP: “A declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (artigo 87, IV da Lei nº 8.666/93) tem seus efeitos jurídicos estendidos a todos os órgãos da Administração Pública, ao passo que, nos casos de impedimento e suspensão de licitar e contratar (artigo 87, III da Lei nº 8.666/93 e artigo 7º da Lei nº 10.520/02), a medida repressiva se restringe à esfera de governo do órgão sancionador”. Atualmente, o STJ tem delimitado territorialmente a punição aplicada às empresas condenadas por irregularidade em contratos com o poder público (AREsp 1.470.633/SP Rel. Min. OG Fernandes, DJ 23.06.2021).

¹⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 625.

¹⁵² PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à nova lei das licitações públicas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 791.

¹⁵³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 230; e STJ, AgInt Resp 1382362/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJ de 07.03.2017.

ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir”, auxiliando, em nível federal, na obediência do princípio do duplo grau obrigatório.

Todavia, para evitar conflito interno de competência, os entes da federação firmam disposições próprias. Exemplo disso é a orientação normativa nº 48/2014 da Advocacia Geral da União, que prevê ser competente a autoridade responsável pela celebração do contrato ou outra prevista em regimento, e a lei de processo administrativo do Estado do Amazonas, nº. 2.794/2003, em seu artigo 15, que acrescentou ser competente a autoridade de menor grau hierárquico para decidir, designada pelo dirigente do órgão ou entidade.

Outra espécie de sanção administrativa é a disciplinar, também oriunda do vínculo de sujeição especial entre a Administração e o servidor público.

A lei nº. 8.112/1990 instituiu o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas federais. Restringiu, portanto, sua aplicação ao servidor público, definido, para os efeitos da norma, como a pessoa legalmente investida em cargos públicos (artigo 2º).

O conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor, denominado cargo público, é acessível a todos os brasileiros e criado por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão (artigo 3º, *caput* e parágrafo único, da lei nº. 8.112/1990).

Uma das formas de provimento no cargo público é a nomeação, que pode ser feita em caráter efetivo, quando se tratar de cargo isolado de provimento efetivo ou de carreira após prévia habilitação em concurso público, ou em comissão, para cargos de confiança vagos (artigos 9º e 10).

Segundo classificação doutrinária, servidor público, em sentido amplo, abrange os servidores estatutários, os empregados públicos e os servidores temporários¹⁵⁴. Todavia, a lei nº. 8.112/1990 não se aplica aos empregados públicos, por serem regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e submeterem-se aos seus normativos internos, e aplica-se apenas parcialmente aos servidores temporários, visto que o artigo 11 da lei

¹⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 581.

8.745/1993, que dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, aduz estar o pessoal contratado nos termos desta lei sujeito a alguns dispositivos da lei nº 8.112/1990, como os referentes aos deveres, proibições, responsabilidades e penalidades.

Logo, são sujeitos ativos da infração disciplinar o servidor público temporário e estatutário, estável ou em estágio probatório em cargo efetivo, bem como o ocupante de cargo em comissão e função comissionada, que não observa dever funcional ou viola proibição disposta em lei. No âmbito da lei nº. 8.112/1990, são os servidores públicos federais.

Os deveres e as proibições funcionais previstos na lei nº. 8.112/1990 compreendem o regime disciplinar do serviço público. Manter conduta compatível com a moralidade administrativa, representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder e cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais, são alguns dos deveres previstos no artigo 116. As proibições impostas ao servidor, estabelecidas no artigo 117 são, dentre outras condutas: ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato, proceder de forma desidiosa e exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho.

O não cumprimento dos deveres e a prática de atos proibidos ensejam a aplicação de medidas disciplinares cuja finalidade é preservar a boa ordem nos serviços e a observância às disposições regulamentares¹⁵⁵.

As sanções disciplinares são classificadas de acordo com sua natureza e finalidade. Quanto à natureza, podem ser (i) morais, quando afetar o servidor em seu decoro, honradez; (ii) pecuniárias, cada vez que atingir o patrimônio financeiro do infrator; (iii) mistas, no caso de atingir tanto a honra como as finanças do servidor; e (iv) profissionais, sempre que o servidor for penalizado em função de sua situação funcional. Quanto à finalidade, podem ser (i) corretivas, que visam regenerar o servidor infrator que permanece no serviço público após a aplicação da penalidade; (ii) expulsivas, que são aplicadas para eliminar o servidor dos quadros da Administração em razão do cometimento

¹⁵⁵ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. IV, p. 440.

de infração que lesione o serviço público; e (iii) revocatórias, aquelas que invalidam uma situação já consolidada para o servidor¹⁵⁶.

Após comprovada a infração, será imposta a penalidade administrativa ao servidor público. Para cada infração há uma pena correspondente. O artigo 127 da lei nº. 8.112/1990 estabelece seis penalidades disciplinares: advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada.

A advertência é a pena disciplinar mais branda prevista no Estatuto, é aplicada por escrito e constará no registro individual do servidor. Caso o servidor não tenha praticado nova infração disciplinar após o decurso de três anos de efetivo exercício, a penalidade de advertência terá seu registro cancelado (artigo 131).

Dentre as diversas condutas que ensejam a aplicação de advertência estão (artigo 129): promover manifestação de apreço ou desapeço no recinto da repartição, manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil e não observar dever funcional previsto em lei.

A pena disciplinar de suspensão pode ser aplicada pelo prazo de até noventa dias em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão (artigo 130). Caso o servidor não tenha praticado nova infração disciplinar após o decurso de cinco anos de efetivo exercício, a penalidade de suspensão terá seu registro cancelado (artigo 131).

A mais grave penalidade estabelecida pelo Estatuto é a demissão, na qual o servidor tem por encerrado sua condição funcional. Aplica-se em casos de extrema necessidade, quando constatada incompatibilidade entre o servidor infrator e a atividade por ele desempenhada. Algumas das hipóteses que ensejam a aplicação da pena de demissão são: a prática de crime contra a Administração Pública, a lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional, bem como a acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, conforme dispõe o artigo 132.

A penalidade de cassação de aposentadoria ou disponibilidade do inativo é aplicada quando este praticar, na atividade, falta punível com a demissão (art. 134) e

¹⁵⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. *O ilícito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 191.

quando o servidor, mediante determinação de aproveitamento obrigatório em cargo de atribuições e vencimentos compatíveis com o anteriormente ocupado, não entrar em exercício no prazo legal, salvo comprovação de doença por junta médica oficial (artigo 30 e 32). Cassada a disponibilidade do servidor, este terá o prazo de sessenta dias para quitar eventual débito com o erário (artigo 47).

Por fim, as penalidades destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada são aplicadas nos casos em que o servidor cometer infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão (artigo 135), apesar da possibilidade de exoneração *ad nutum*.

A destituição de cargo em comissão pela prática de improbidade administrativa, aplicação irregular de dinheiros público, lesão aos cofres públicos ou dilapidação do patrimônio nacional e corrupção implica a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível (artigo 136). Caso o servidor cometa um dos ilícitos referidos ou, ainda, crime contra a Administração Pública, não poderá retornar ao serviço público federal.

Em razão do vínculo especial desta relação jurídica, a sanção disciplinar é diretamente aplicável apenas ao servidor público. Não pode cometer infração disciplinar nos termos da lei nº. 8.112/1990 quem não é servidor público civil da União.

Outra sanção administrativa é aquela proveniente dos Códigos de Ética.

Durante a década de sessenta, o território brasileiro foi marcado por diversas tentativas de golpes. Em 1964, uma rebelião militar visando à retirada do plano comunista de conquista do poder e à restauração da ordem por meio de mudanças legais, liderada por Humberto de Alencar Castelo Branco, foi iniciada. Compreendido entre 1964 e 1985 e fruto da tomada de poder pelas Forças Armadas em prejuízo do Presidente João Belchior Marques Goulart, o término do regime militar foi assinalado por um complexo processo de redemocratização, aparecimento de partidos políticos e direito ao voto¹⁵⁷.

Manifestações populares combatendo o aumento da inflação e a queda do crescimento econômico possibilitaram as eleições indiretas para Presidência da República

¹⁵⁷ SKIDMORE, Thomas E. *Brasil de Castelo Branco a Tancredo, 1964-1985*. Tradução de Mário Salviano Silva. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 45.

em 1985, na qual foi eleito Tancredino Neves, candidato do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), sucedido, posteriormente, por José Sarney, que encontrou como desafio a inflação e a recessão econômica herdada do período militar.

Num período de moratória e excessiva inflação, Fernando Collor de Mello, em 1989, torna-se o primeiro Presidente da República eleito por voto direto após o regime militar. Entretanto, em meio a inúmeras denúncias de corrupção, não tardou muito a renunciar ao cargo para esquivar-se de um processo de *impeachment*.

Neste ínterim, marcado por grande crise econômica e social e sobretudo pela indignação social concernente aos padrões éticos dos agentes públicos, alguns setores da Administração Pública foram encarregados de reestruturar o Estado e remodelar os padrões de conduta arraigados na cultura brasileira.

Diante desse cenário de corrupção, formou-se uma comissão especial, por meio do Decreto nº. 1.001 de 06 de dezembro de 1993, para elaborar um Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal. Coordenada pelo Professor Modesto Carvalhosa, Presidente do Tribunal de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, a comissão contou com a participação de Robison Baroni, também membro do Tribunal de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, e de Brasilino Pereira dos Santos.

A Exposição de Motivos do Código de Ética registrou a imprescindibilidade de um Código de Ética Profissional. Nas palavras de Romildo Canhim, Ministro de Estado Chefe da Secretaria da Administração Federal da Presidência da República e Presidente da Comissão Especial,

“[...] um Código de Ética Profissional desse jaez se faz imprescindível, máxime num momento em que os atos de corrupção generalizada são estimulados, sobretudo pelo mau exemplo decorrente da impunidade, também resultante, quase sempre, da ausência de valores éticos e morais [...] o objetivo mais nobre da elaboração do Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal foi proporcionar uma ampla discussão sobre este assunto, fazendo com que o maior número possível de pessoas adote-o para reflexão e, posteriormente, tome-o como guia de conduta profissional e pessoal”¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Exposição de Motivos do Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil Do Poder Executivo Federal. Disponível em: <http://www.prpe.mpf.mp.br/internet/index.php/internet/Revista-Eletronica/Administracao-Publica/Decretos/DECRETO-N1-1.171-DE-22-DE-JUNHO-DE-1994-Exposicao-de-motivos>. Último acesso em: 28.01.2021.

No intuito de estampar na Administração Pública a consciência ética na atuação do servidor público, o Código de Ética Profissional do Servidor Civil do Poder Executivo Federal teve como princípio básico a probidade e o decoro no exercício da função pública.

Por meio do decreto nº. 1.171 de 1994, o Presidente da República Itamar Franco aprovou o referido Código no intuito de fortalecer o Estado de Direito por meio da confiança e do respeito social no tocante à conduta dos agentes públicos.

No *caput* do artigo 37, a Constituição Federal exaltou o princípio da moralidade administrativa, enaltecendo a conduta ética ao cerne da atuação estatal. Da mesma forma, o artigo 5º, inciso LXXIII, que fundamenta a ação popular, o parágrafo 4º do artigo 37, efetivado pela lei de Improbidade Administrativa, nº. 8.429 de 1992, e o artigo 116, inciso IX, da lei nº. 8.112 de 1990 também o fizeram.

Com o propósito de assegurar a máxima proferida por Montaigne de que “não há nada mais belo e legítimo do que o homem agir bem e devidamente”, a busca pelo fomento de comportamentos éticos alastrou não apenas na esfera da Administração Pública, mas também em praticamente todas as áreas de atuação, resultando na proliferação de Códigos de Ética.

A ética profissional está intrinsecamente relacionada à carreira pública. Urbanidade do agente público, suficiência funcional, tempestividade dos atos praticados, zelo e ética profissional são alguns dos diversos requisitos impostos aos servidores públicos para a ascensão por mérito na carreira¹⁵⁹.

Para examinar o comportamento dos agentes públicos, o Código de Ética Profissional dos Servidores Públicos Civis do Poder Executivo Federal estabelece parâmetros contidos no primeiro capítulo, que prevê regras deontológicas, principais deveres e vedações ao servidor público.

Longe de ter como fundamento a coercibilidade jurídica, o procedimento ético e moral no exercício da atividade administrativa tem por escopo fazer-se aceito na vontade íntima de cada servidor público por meio de sua conscientização, pois, conforme dispõe a Exposição de Motivos do Código de Ética, a aspiração do Código é instituir a consciência ética na conduta pública de cada servidor, recuperando a honradez da Administração Pública perante a sociedade.

¹⁵⁹ BITTAR, Eduardo C.B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 459.

A sanção administrativa prevista ao servidor que violar o Código de Ética é a de censura, devendo a decisão ser registrada nos assentamentos funcionais do servidor. O infrator deverá ser julgado por uma Comissão de Ética, composta por três servidores considerados de boa formação ética e moral, mediante processo administrativo.

Com o fim de promover o aperfeiçoamento da conduta ética do servidor público através da explicitação de regras claras de comportamento para atingir a prevenção de condutas incompatíveis com o padrão ético desejado no serviço público,¹⁶⁰ em 21 de agosto de 2000, também foi aprovado o Código de Conduta da Alta Administração Federal, que compreende os agentes públicos que detêm poder decisório, Ministros e Secretários de Estado, titulares de cargos de natureza especial, secretários-executivos, secretários ou autoridades equivalentes ocupantes de cargo do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, nível seis, e presidentes e diretores de agências nacionais, autarquias, inclusive as especiais, fundações mantidas pelo Poder Público, empresas públicas e sociedades de economia mista (artigo 2º).

Segundo o artigo 17, I, II, as sanções imposta àqueles que violarem as normas do referido Código são advertência, aplicável às autoridades no exercício do cargo, e censura ética, imposta às autoridades que já tenham deixado o cargo.

Outro Código instituído com o mesmo propósito foi o Código de Conduta Ética dos Agentes Públicos em exercício na Presidência e Vice-Presidência da República, em 11 de janeiro de 2002, por meio do decreto nº. 4081. Assim, todo aquele que, por força de lei, contrato ou de qualquer outro ato jurídico, preste serviços de natureza permanente, temporária, excepcional ou eventual, na Presidência e Vice-Presidência da República (artigo 1º, parágrafo único) e viole as regras éticas codificadas está sujeito às punições de censura ética, exoneração do cargo em comissão ou dispensa da função de confiança e restituição à empresa contratada para prestação de serviço (artigo 15).

A sanção administrativa ética decorre de uma relação jurídico-administrativa na qual a Administração Pública exerce poder de autoridade dito especial, em razão da inserção efetiva do agente público no seu âmbito organizacional.

Outra sanção administrativa é a decorrente do poder de polícia administrativa.

¹⁶⁰ Exposição de Motivos nº. 37, de 18 de agosto de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/codigos/codi_conduta/cod_conduta.htm. Último acesso em 28.01.2021.

A Administração Pública tem por escopo tutelar os interesses da coletividade dentro de limites a serem por ela respeitados para assegurar a concretização de direitos individuais. A dicotomia de conferir liberdade individual, assegurando o pleno exercício dos direitos dos particulares, e, ao mesmo tempo, manter sua autoridade suprema, balizando direitos que destoam do bem-estar público, é cotidianamente enfrentada pela Administração.

Nem sempre o interesse público se assemelha à vontade de particulares. E, para poder impor aos indivíduos seu interesse – que é o bem-estar coletivo, a Administração atua no exercício do poder de polícia.

O vocábulo polícia adveio do termo grego *politeia*, que designava todas as atividades da cidade-estado. No período do feudalismo, na Idade Média, o príncipe detinha um poder nominado *jus politiae*, que abrangia o necessário para manutenção da ordem da sociedade civil, porém apenas sob autoridade do Estado, não compreendendo as ordens moral e religiosa, de competência exclusiva do clero. Sob o fundamento de propiciar segurança e bem estar da coletividade, no final do século XV, na Alemanha, o poder *jus politiae*, exercido pelo príncipe, passou a compreender não apenas toda atividade do Estado, mas também a vida particular dos cidadãos, incluindo seus atos religiosos e espirituais. Com o decorrer do tempo, o direito de polícia deixou de incorporar atividades eclesásticas, militares e financeiras, restringindo-se somente à atividade interna da Administração. Foi realizada a separação entre polícia e justiça para distinguir as normas baixadas pelo príncipe referente à Administração das normas a serem aplicadas pelos juízes e, posteriormente, houve associação do termo polícia à ideia de coação. Com o Estado de Direito, após atravessada a fase do liberalismo, na qual era livre o exercício dos direitos individuais e a interferência estatal era apenas para assegurar a segurança pública, surge a segunda fase, o intervencionismo, pela qual a atuação estatal foi além da ordem pública, estendendo-se também à ordem econômica e social¹⁶¹.

Depreende-se da evolução narrada que o termo polícia, há tempos, foi associado à ideia de atividade estatal e manutenção da ordem pública, alternando apenas no tocante à ingerência da vida privada.

¹⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 151-152.

Caio Tácito já afirmava que conceituar poder de polícia, em seus exatos contornos, era uma das missões mais custosas em Direito Público, visto que o conceito moderno não mais se limitava em estabelecer as fronteiras conservadoras para garantir ao Estado uma função mais extensa e dinâmica no desenvolvimento do bem-estar coletivo no tocante à ordem pública, mas se estendia, principalmente, quanto à ordem social e econômica, às normas limitadoras da liberdade individual que são exercidas, de um modo geral, por meio do poder de polícia¹⁶².

A expressão poder de polícia pode ser compreendida em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido amplo, abrange toda ação estatal que restrinja direitos individuais; destaca-se especialmente a função legislativa, dado que apenas as leis podem determinar, ampliar e restringir direitos. Em sentido estrito, constitui poder próprio dos agentes da Administração Pública, que restringe e condiciona a liberdade e a propriedade em favor do interesse comum, porém contido nos limites da lei, uma vez que esta precede a atuação dos administradores no exercício da disciplina e das restrições de direitos¹⁶³.

É importante registrar que o conceito de poder de polícia está positivado no artigo 78 do Código Tributário Nacional (CTN), pelo fato de a Constituição Federal, em seu artigo 145, II, autorizar a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a instituírem taxas em razão desta prerrogativa.

Segundo o artigo 78 do CTN,

“Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

Já seu Parágrafo único estabelece que:

“Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder”.

¹⁶² TÁCITO, Caio. O poder de polícia e seus limites. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 27, 1952, p. 1-3.

¹⁶³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 78.

A definição acima retrata que, inicialmente (parágrafo único), o Poder Legislativo deve exercer sua parcela do poder de polícia, estabelecendo, por lei, as limitações administrativas ao desempenho das liberdades individuais para que, num segundo momento (*caput* do artigo), a Administração, no exercício do mesmo poder, possa regulamentar as leis e controlar sua aplicação.

São inúmeros os conceitos de poder de polícia estabelecidos pela doutrina ao longo dos anos. Porém, o que todas as noções possuem em comum é o fato de apontarem o poder de polícia como um limite ao exercício de um direito individual, beneficiando a coletividade.

O poder de polícia não é uma prerrogativa conferida à Administração Pública como um cheque em branco para atuar da forma que bem entender. Existem limites para seu exercício.

Por limitações compreendem-se as barreiras impostas ao exercício do poder de polícia. De um lado, a Administração passa a ter conhecimento sobre a abrangência de seu poder administrativo sem prejudicar o direito do administrado e, de outro, o administrado conhece até que ponto deve obediência ao ato de polícia.

A primeira limitação é encontrada no conceito de poder de polícia extraído do art. 78 do CTN¹⁶⁴. Segundo o texto legal, a razão do poder de polícia sempre será o interesse público, ou seja, o bem comum. O administrador deverá permanentemente limitar sua atuação no interesse da coletividade administrada.

Outras limitações jurídicas também devem ser observadas "os direitos dos cidadãos; as prerrogativas individuais; as liberdades públicas garantidas pelas Constituições e pelas leis"¹⁶⁵, bem como a necessidade, a proporcionalidade e a eficácia da conduta exercida pela Administração em relação ao interesse público que tutela.

¹⁶⁴ Art. 78 CTN: "Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos".

¹⁶⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Lições de Direito Administrativo*. 21 ed. São Paulo: José Bushatsky, 1972, p. 253.

São três as características fundamentais do exercício regular do poder de polícia: discricionariedade, autoexecutoriedade e coercibilidade.

Conferir o caráter discricionário a uma conduta significa garantir a alguém a liberdade de escolha, possibilitando-lhe estabelecer condições e limitações. A discricionariedade revela que, em algumas ocasiões, o administrador público terá livre escolha na apreciação do melhor momento para agir, do meio de ação ideal e da sanção adequada a ser aplicada no caso concreto. Tal circunstância ocorrerá quando a lei oportunizar a liberdade de julgamento pela Administração¹⁶⁶.

No desempenho do poder de polícia, o poder discricionário garantirá à Administração determinar a área de atividade que será imposta a restrição em prol do interesse da coletividade, o conteúdo e a proporção das restrições. Exemplo disso é a determinação feita por autoridades públicas de proibição de pesca em determinados rios. Cabe à Administração Pública analisar a conveniência e a oportunidade de sua conduta e estabelecer o que julgar de mais satisfatório para o interesse público, sendo vedado o abuso do poder de polícia, quer por excesso de poder ou desvio de finalidade¹⁶⁷.

Caso a Administração ultrapasse os limites de sua atuação, esta será considerada autoritária, caracterizando abuso de poder passível de correção pelo poder Judiciário, devendo o agente público, que praticou o ato ou que o aprovou expressa ou tacitamente, ser veemente sancionado.

Embora a discricionariedade seja a regra nas condutas de polícia, há casos em que o Legislador determina qual o caminho deverá ser seguido pela Administração, negando-lhe a liberdade de atuação. A concessão de licença para construção em terreno próprio é um exemplo claro do poder vinculado, pelo qual, se o indivíduo preencher os requisitos estabelecidos por lei, a Administração deverá conceder o alvará de licença.

O atributo da autoexecutoriedade garante à Administração Pública a execução de suas decisões independentemente de decisão judicial. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, “a auto-executoriedade consiste na possibilidade que certos atos administrativos

¹⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 125.

¹⁶⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 90.

ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração, independentemente de ordem judicial”¹⁶⁸.

Para colocar em prática as limitações impostas aos indivíduos pelo poder de polícia, a Administração não necessita de ordem judicial, o que confere mais agilidade ao seu exercício, desde que observada a formalidade típica da atuação administrativa.

Essa característica está presente principalmente nos atos repressivos de polícia. Para aplicar medidas ou sanções de polícia administrativa e repreender atividades lesivas ao interesse público, a Administração possui a prerrogativa da autoexecutoriedade para se impor diretamente, sem a necessidade de autorização do Poder Judiciário.

Embora seja dispensada a obtenção de ordem judicial para a prática de seus atos devido à autoexecutoriedade, há entendimento sugerindo que a Administração Pública busque prévia autorização judicial em casos que encontrará forte resistência dos particulares envolvidos, como na demolição de construções irregulares. No entanto, esta é uma desafiadora situação em que se encontra o agente público. Poderá este, ao buscar a “ratificação judicial” de sua autoexecutoriedade, ter seu pedido negado, fundamentando o magistrado que o exercício do poder de polícia administrativa independe da intervenção do Poder Judiciário para efetivá-lo, ou poderá acontecer de o agente público não recorrer ao Judiciário, entendendo que o exercício do poder de polícia não necessita de autorização judicial e, posteriormente, o magistrado decidir que houve cometimento de arbitrariedade, de abuso de poder.

Por isso, caso a lei autorize a prática do ato de forma imediata, o administrador não deverá buscar autorização de qualquer outro Poder, em virtude do atributo da autoexecutoriedade conferido à Administração Pública na tutela do interesse coletivo. Posteriormente, se o administrado entender pelo arbítrio de poder, caberá a ele provocar a tutela jurisdicional para apuração dos fatos.

Destaca-se que é permitida à Administração a aplicação de multa ou de sanção pecuniária, porém o ato de cobrança dessa penalidade não possui caráter autoexecutório, sendo imprescindível a intervenção do Poder Judiciário para tanto.

¹⁶⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 157.

A característica da coercibilidade do poder de polícia é inseparável da noção de autoexecutoriedade. Isto porque o ato de polícia apenas é autoexecutório – pode ser executado pela própria Administração, independente de decisão judicial – em razão de ser dotado de força coativa.

A coercibilidade dispõe que a atividade de polícia constitui um poder administrativo de caráter obrigatório que possibilita à Administração Pública utilizar-se de medidas repressivas aos administrados para garantir a observância dos comandos por ela estabelecidos.

A imposição coativa, coercitiva, repressiva das medidas adotadas pela Administração, diante da oposição do administrado, retrata o atributo da coercibilidade. Admitir que o poder de polícia seja coercitivo é garantir, à Administração, a força necessária para torna-lo efetivo, independentemente de autorização judicial.

Por infração de polícia compreende-se a violação a normas limitadoras de direitos e liberdades individuais estabelecidas em prol da coletividade que acarretará na imposição de sanções.

As sanções de polícia, conforme dispõe Hely Lopes Meirelles, “são aplicáveis aos atos ou condutas individuais que, embora não constituam crimes, sejam inconvenientes ou nocivos à coletividade, como previstos na norma legal”¹⁶⁹.

Odete Medauar classifica as sanções em formais (cassação de licença e revogação de autorização), pessoais (quarentena), reais (atuação sobre coisas impedindo sua disponibilidade, como apreensão e destruição de gêneros alimentícios deteriorados, apreensão de armas e instrumentos usados na caça e pesca proibidas, guinchamento de veículos), pecuniárias (multa única e multa diária) e impedimentos temporários ou definitivos de exercício de atividades (suspensão de atividade, interdição de atividade, fechamento de estabelecimento, embargo de obra, demolição de obra, demolição de edificação)¹⁷⁰.

¹⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 144.

¹⁷⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 403.

As penalidades decorrentes do poder de polícia estão distribuídas nas inúmeras leis que estabelecem atividades sujeitas a esse poder. Para exemplificar, apresentam-se as sanções da lei ambiental e as sanções da legislação concorrencial.

Publicada a lei nº. 9.605/1998 foi lhe conferida a seguinte ementa: dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, entre outras providências, tendo o decreto nº. 6.514/2008 regulamentado as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente e definindo o processo administrativo federal para apuração destas infrações.

Dentre as regulamentadas infrações administrativas contra o meio ambiente estão i) *infrações contra a fauna* como, por exemplo, matar espécies da fauna silvestre sem autorização da autoridade competente, praticar caça profissional no país ou praticar maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres; ii) *infrações contra a flora*, como destruir qualquer tipo de vegetação nativa objeto de especial preservação, deixar de averbar a reserva legal ou vender balões que possam provocar incêndios nas florestas; iii) *infrações relativas à poluição e outras infrações ambientais*, como provocar o perecimento de espécies da biodiversidade pela emissão de efluentes ou carreamento de materiais, executar lavra ou extração de minerais sem autorização da autoridade ambiental competente ou disseminar doença ou praga que possam causar dano à fauna, à flora ou aos ecossistemas; iv) *infrações contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural*, como grafitar edificação alheia ou monumento urbano; v) *infrações administrativas contra a administração ambiental*, como obstar a ação do Poder Público no exercício de atividades de fiscalização ambiental ou descumprir embargo de obra; vi) *infrações cometidas exclusivamente em unidades de conservação*, como realizar pesquisa científica, envolvendo ou não coleta de material biológico, em unidade de conservação sem a devida autorização, quando esta for exigível ou realizar atividades em desacordo com os objetivos da unidade de conservação, o seu plano de manejo e regulamentos.

As sanções previstas pela lei são i) *advertência*, a ser aplicada para infrações administrativas de menor lesividade ao meio ambiente, isto é, em que a multa máxima cominada não ultrapasse o valor de mil reais ou que, no caso de multa por unidade de

medida, não exceda o valor referido; ii) *multa simples*¹⁷¹, aplicada sempre que o agente, por negligência ou dolo, deixar de sanar, no prazo estabelecido, irregularidades praticadas das quais tenha sido advertido ou opuser embaraço à fiscalização dos órgãos do SISNAMA ou da Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha; iii) *multa diária*¹⁷², aplicada sempre que o cometimento da infração se prolongar no tempo; iv) *apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora e demais instrumentos de qualquer natureza utilizados na infração*; e v) *destruição ou inutilização do produto*.

E, caso o produto, a obra, a atividade ou o estabelecimento não estiver obedecendo às prescrições legais ou regulamentares, poderão ser aplicadas ainda as sanções de: i) suspensão de venda e fabricação do produto; ii) embargo de obra ou atividade, restrito aos locais onde efetivamente caracterizou-se a infração ambiental; iii) demolição de obra; iv) suspensão parcial ou total de atividades; bem como a pena v) restritiva de direitos, aplicáveis às pessoas físicas ou jurídicas, que são v.i) suspensão ou cancelamento de registro, licença ou autorização, v.ii) perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais; v.iii) perda ou suspensão da participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito; ou v.iv) proibição de contratar com a Administração Pública, pelo período de até três anos.

As sanções trazidas pela legislação concorrencial também exemplificam as chamadas sanções de polícia.

O título V da lei nº. 12.529/2011 abordou o tema das infrações da ordem econômica. De acordo com o artigo 36, por infração da ordem econômica compreendem-se os atos manifestados, independentemente de culpa, que tenham por objeto ou possam produzir efeitos, ainda que potencialmente, de i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços, de outra forma que não seja fruto do processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores; iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e iv) exercer de forma abusiva seu poder de mercado.

¹⁷¹ Conforme decreto nº. 6.514/2008, o valor da multa será corrigido, periodicamente, sendo o mínimo de cinquenta reais e o máximo de cinquenta milhões de reais (art. 9º), sendo que o cometimento de nova infração ambiental pelo mesmo infrator, no período de cinco anos implica aplicação da multa em triplo, no caso de cometimento da mesma infração ou aplicação da multa em dobro, no caso de cometimento de infração distinta (art. 11).

¹⁷² Relembre que a penalidade de multa não é autoexecutável pela Administração Pública e que há entendimento doutrinário de que sanções drásticas e irreversíveis, como destruição ou inutilização do produto e a demolição de obra, também não o são. Vide item 2.4.2.

São exemplos de condutas que podem ser consideradas infrações à ordem econômica: a) acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; b) limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; c) utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; d) vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; e e) subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem.

Em outras palavras, violam a ordem econômica a prática de: cartel, cartel internacional, cartel em licitações, influência de conduta uniforme, preços predatórios, fixação de preços de revenda, restrições territoriais e de base de clientes, acordos de exclusividade, venda casada, abuso de posição dominante, recusa de contratar, criar dificuldades ao concorrente.

Com relação às sanções, a lei estabelece multa de um décimo a vinte por cento do valor (art. 37, I) do faturamento bruto no seu último exercício aplicáveis às empresas e seus administradores em caso de infração da ordem econômica. Fixa multa de um a vinte por cento daquela aplicada à empresa, às pessoas jurídicas ou entidades, desde que comprovada a sua culpa ou dolo (art. 37, III).

No caso de não ser possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto, o legislador fixou sanção no valor entre cinquenta mil reais e dois bilhões de reais às demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito que não exerçam atividade empresarial (art. 37, II).

E, em se tratando de fato grave ou de interesse público geral, também poderão ser impostas as penalidades de publicação em jornal da decisão condenatória, proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação em toda a Administração Pública direta e indireta por prazo não inferior a cinco anos, inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, proibição de exercer o comércio por até cinco anos, entre outras providências necessárias para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica (art. 38).

É importante registrar a distinção entre sanções de polícia e medidas de polícia. *Sanções de polícia* são penalidades impostas ao administrado que violar norma administrativa, refletindo uma reação jurídica pela transgressão de norma administrativa e *medidas de polícia* são determinações administrativas tomadas em decorrência da prática do ilícito, ou seja, são providências atribuídas à Administração no intuito de solucionar certas situações. É admissível que um mesmo ato administrativo seja, concomitantemente, sanção de polícia e medida de polícia, como ocorre na interdição de estabelecimento, que pode ser uma punição pelo cometimento de ilícito grave ou medida administrativa aplicada em razão da execução de ilícito para o qual a lei estabeleceu sanção direta¹⁷³.

Fábio Medina Osório sustenta posicionamento peculiar sobre o tema. Para o autor, é certo que medidas de polícia e sanções administrativas possuem um parentesco um tanto quanto forte, porém pode produzir confusões, sobretudo em razão da funcionalidade da polícia administrativa, que pode ser cautelar ou punitiva.

Segundos seus ensinamentos, a sanção administrativa é a punição prevista pelo ordenamento jurídico como corolário de uma infração administrativa. Possui conteúdo finalístico intimidatório e repressivo. A medida de polícia, por sua vez, é a providência administrativa decorrente do cometimento de infração ou do risco em que esta seja praticada, que não representa uma punição direta¹⁷⁴.

A polícia administrativa não age apenas preventivamente, mas também repressivamente. Todavia, o caráter preventivo é *predominante*. O foco primordial do poder administrativo de polícia é preventivo, pois busca impedir que a atuação individual prejudique a coletividade¹⁷⁵.

Para o autor, a vedação, pelo Estado, do exercício de um direito para o qual o indivíduo não está habilitado não constitui uma sanção administrativa, mas uma medida adotada como poder legítimo da Administração, que pode ter um caráter preventivo buscando o bem comum, a consecução da boa ordem no uso dos serviços e dos bens públicos e o exato cumprimento da lei e das disposições normativas pertinentes. Embora, eventualmente, possam integrar o conteúdo de normas repressivas, não parece adequado

¹⁷³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 96-97 e 156.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 96.

¹⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 154.

inserir toda e qualquer medida restritiva de direitos outorgados pela Administração aos particulares no campo das autênticas sanções administrativa¹⁷⁶.

Independente da posição adotada, a imposição de sanções ou medidas de polícia deve respeitar o princípio da legalidade, pelo qual cabe à autoridade administrativa aplicar somente aquelas expressamente previstas em lei¹⁷⁷. O respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa também deve ser observado, assegurando ao infrator o conhecimento de todas as alegações de que é acusado, permitindo-lhe utilizar todos os meios e recursos juridicamente válidos para sua defesa. Ademais, a Administração Pública deve observar o prazo prescricional de cinco anos para intentar eventual ação punitiva no exercício do poder de polícia (lei federal nº 9.873/1999).

Por fim, registra-se que a sujeição dos administrados que cometem infrações de polícia é geral, decorre do descumprimento de norma subordinante por força de lei em sentido estrito, não havendo fator volitivo de aproximação entre as pessoas (físicas e jurídicas) e a Administração¹⁷⁸.

O exercício do poder sancionador da Administração Pública também pode ser visualizado na relação jurídica de regulação.

Apesar de ser encontrada nos escritos de direito administrativo do início do século XX, a expressão “regulação” tornou-se mais recorrente no início da década de noventa¹⁷⁹ por força de uma decisão política de revisão da função social e econômica do Estado.

Calcada em dois principais fundamentos (eficiência e redução de custos), a década de noventa foi marcada por um período de acentuada transformação orgânica e funcional da Administração Pública do Estado brasileiro. A necessidade de conferir mais eficiência à Administração Pública atrelada à busca pela redução dos custos estatais faz que o Estado se reorganize, reestruturando suas atividades a serem executadas de maneira mais racional.

¹⁷⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo sancionador*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 162-163.

¹⁷⁷ "Somente a lei pode estabelecer conduta típica ensejadora de sanção. Admite-se que o tipo infracionário esteja em diplomas infralegais (portarias, resoluções, circulares etc), mas se impõe que a lei faça a indicação" (REsp 324.181/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 12.5.2003).

¹⁷⁸ FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 98-102.

¹⁷⁹ Cf. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: RT, 2014. v. 4: Funções administrativas do Estado, p. 522.

Nesse cenário, a utilização de técnicas de desestatização, como o uso de meios de descentralização de serviços públicos a particulares, a transferência da exploração de bens públicos, a alienação de ativos e ações de empresas estatais, bem como a valorização do terceiro setor, foi intensificada.

Embora o Estado passasse a permitir que organizações sociais pudessem ser geridas por hospitais públicos e museus, que empresas pudessem comandar serviços públicos de saneamento, energia ou telecomunicações, ou ainda que o mercado pudesse administrar rodovias e aeroportos, não houve abandono dos interesses públicos primários por parte do Estado, pois o mesmo continuava responsável pelos interesses consagrados no texto constitucional¹⁸⁰.

Pelo fato de o Estado não executar na integralidade seus serviços e não criar mais diversas empresas estatais, a regulação e a agencificação sobrevieram como um movimento compensatório para proteger os interesses públicos. A regulação possibilitou a busca pelo equilíbrio no desempenho de segmentos estratégicos da economia e pelo amparo da coletividade, seja em relação às atividades econômicas de interesse público (mercado de alimentos e bebidas, cultura, planos de saúde), à prestação de serviços públicos monopolizados, em sua maior parte privatizados (saneamento, energia, telecomunicações) ou à exploração de bens públicos (aeroportos, portos, rodovias). E o enaltecimento dessa função reguladora surgiu acompanhado da agencificação e da intensa setorialização¹⁸¹.

A edição da lei nº. 8.031, de 12 de abril de 1990, possibilitou o surgimento dos primeiros instrumentos hábeis a permitir uma nova forma de atuação do Estado, mais adiante clarificada pela publicação da lei nº. 9.491, de 9 de setembro de 1997, que estabeleceu novas diretrizes para o papel do Estado, criando o Programa Nacional de Desestatização (PND).

Em âmbito federal, adotando um modelo totalmente fragmentado e qualificado de autarquias especiais, o Congresso aprovou, por iniciativa da Presidência da República, as leis de criação da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), Agência Nacional de Águas (ANA),

¹⁸⁰ MARRARA, Thiago. Defesa da concorrência x regulação setorial: o que mudou com a lei de 2011?. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 245-261, abr./jun. 2015, p. 247.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 248.

Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Agência Nacional do Cinema (ANCINE), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

As autarquias especiais, batizadas de agências reguladoras, possuem dirigentes estáveis e poder normativo razoavelmente amplo. Ademais, possuem competências de auto-organização administrativa e financeira, de fiscalização, fomento, planejamento e controle, guardadas as medidas das leis específicas¹⁸², bem como funções combinadas de legislador, promotor e juiz, pois iniciam processos, de ofício ou quando provocadas, julgando-os conforme as normas por elas próprias estabelecidas¹⁸³.

Desse modo, para bem proceder à regulação, com medidas eficazes de condicionamento do comportamento dos agentes econômicos em favor das finalidades inerentes ao setor regulado, são previstos poderes sancionadores às autoridades reguladoras¹⁸⁴.

O exercício da função punitiva é importante para o órgão regulador se afirmar perante os atores privados regulados (concessionários, permissionários, autorizatários) e perante os administrados (consumidores), pois, sem a potencial ameaça da sanção, a autoridade regulatória subsiste fragilizada¹⁸⁵.

Comumente, as leis de criação das agências reguladoras trazem em seu bojo a previsão de sanções administrativas. A título de exemplo, a lei geral de telecomunicações, nº. 9.472 de 16 de julho de 1997, no artigo 173, estabelece que os infratores dessa ou de outras normas aplicáveis, bem como de atos e contratos celebrados entre a Agência e administrados, estarão sujeitos a sanções administrativas de i) advertência, ii) multa, iii) suspensão temporária, iv) caducidade e v) declaração de inidoneidade.

A lei de criação da ANEEL indica, de forma genérica, que a autarquia poderá aplicar multas dentro do limite fixado pela lei (art. 3º da lei nº. 9.427/1996), cabendo ao

¹⁸² MARRARA, Thiago. A legalidade na relação entre ministérios e agências reguladoras. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, n. 99, p. 723-746, jan./dez. 2004, p. 736.

¹⁸³ ARAGÃO, Alexandre Santos. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado de direito. *Revista de Informação Legislativa*, n. 148, outubro-dezembro, p. 275-299, out./dez. 2000.

¹⁸⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Aspectos jurídicos do exercício do poder de sanção por órgão regulador do setor de energia elétrica. *Revista de Direito Administrativo*, v. 221. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 7.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 28.

decreto nº. 2.335, de 6 de outubro de 1997, estabelecer as penalidades que a ANEEL pode aplicar no âmbito das ações de fiscalização. São elas: i) advertência escrita, ii) multas, iii) suspensão temporária de participação em licitações para obtenção de novas concessões, permissões ou autorizações, bem como impedimento de contratar com a Autarquia, em caso de não execução total ou parcial de obrigações definidas em lei, em contrato ou em ato autorizativo, iv) intervenção administrativa, em caso de sistemática reincidência em infrações já punidas por multas, v) revogação da autorização, e vi) caducidade da concessão ou permissão.

No tocante à lei de criação da ANTAQ, verifica-se que esta não previu os tipos de infrações e sanções administrativas, o que restou efetivado pelo órgão, em regulamento próprio. A resolução ANTAQ nº. 3259/2014 estabelece que as infrações à legislação do setor aquaviário sujeitarão o responsável às seguintes sanções: advertência, multa, suspensão, cassação, declaração de inidoneidade e declaração de caducidade (art. 47).

Longe de adentrar à discussão sobre a extensão e os limites do poder normativo das agências reguladoras, pois o objeto desse capítulo é outro, depreende-se do apresentado acima a existência de situações em que a lei de criação da agência reguladora estabelece o tipo de infração e fixa a correspondente sanção administrativa e situações nas quais, pela complexidade técnica e possibilidade de evolução, o legislador somente estabelece padrões, ficando a cargo da agência fazer o detalhamento do tipo infracional e associá-lo com um tipo de sanção estabelecida em lei, dentro dos limites legais.

Por último, importante registrar que a doutrina administrativista não é pacífica no entendimento de que a sanção aplicada numa relação de regulação¹⁸⁶ se justifica em razão do vínculo especial de sujeição estabelecido entre particular e Administração, devido à delegação da atividade cuja titularidade é do Estado. Há entendimento de que o poder sancionador do regulador faz parte da polícia administrativa¹⁸⁷ e, portanto, decorre da sujeição geral a que todo indivíduo se encontra em relação à Administração Pública.

¹⁸⁶ Entendendo que a sanção pode ser aplicada numa relação de regulação pelo fato de a regulação não se confundir com a polícia, Letícia Andrade dispõe “(...), a fim de demonstrar que a regulação, fiscalização e sancionamento relativos às atividades cuja titularidade é monopolizada, mas que se prestadas pela iniciativa privada, por meio de concessão ou permissão, não constitui, exercício de poder de polícia”. (ANDRADE. Letícia Queiroz. Regulação e Poder de Polícia: Distinções juridicamente relevantes. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício. *Intervenções do Estado*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2008).

¹⁸⁷ Em defesa de que as agências reguladoras, ao sancionar, agem no exercício da polícia administrativa, Thiago Marrara sustenta que: “Os instrumentos administrativos que cada uma dessas autarquias especiais recebeu diferem. Ora elas trabalham com ferramentas de polícia administrativa, como processos autorizativos

O intuito desses comentários é apenas o de demonstrar a imensa gama de sanções administrativas passíveis de aplicação nas mais variadas relações jurídicas que o Estado, de alguma forma, integra. Como visto, várias são as relações jurídicas que podem culminar no exercício do poder sancionador cujos infratores podem ser o usuário do serviço público, um cidadão qualquer sob o poder de polícia ou de regulação (pessoa física e pessoa jurídica sob o poder soberano do Estado), um agente público ou ainda um contratado.

O grande leque de sanções administrativas é possibilitado pelos vários tipos de relações jurídicas dotadas de peculiaridades normativas próprias, pois o contrário ensejaria o engessamento do exercício da atividade punitiva da Administração.

Muito embora não exista um imperativo absoluto e único para todas as relações expostas ao poder punitivo do Estado, devido aos vários tipos de relações jurídicas que a Administração Pública integra, em todas elas deve ser observado o núcleo garantista fundamental do direito punitivo, a saber, normas fundamentais, básicas, mínimas para o balizamento das atividades punitivas do Estado.

1.4 A APURAÇÃO DO ILÍCITO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Diante da ocorrência de uma infração administrativa, a Administração Pública tomará as medidas necessárias para reprimir o ilícito.

Diferentemente do particular que, quando sofre algum prejuízo contra sua pessoa ou seu patrimônio, utiliza-se do Poder Judiciário para combater a conduta lesiva, a Administração pode, por seus próprios meios e desde que respeitada a legislação, apurar fatos, impor suas decisões e sancionar aquele que, praticando um ilícito, colocar em risco os interesses do Estado.

Isso porque a finalidade precípua da Administração é a de proteger os interesses da coletividade. O próprio termo Administração Pública traz esse conceito: enquanto o verbo *administrar* sugere a ideia de conduzir, comandar, gerenciar, o adjetivo *pública* indica algo relacionado ao Estado, ao coletivo e ao público em geral.

e processos sancionadores, ora atuam por meio do fomento ou do estímulo ao mercado, inclusive mediante a oferta de informações estratégicas. Outras vezes exercem funções mediadoras de conflitos e de gestão de contratos públicos de delegação de serviços da União”. (MARRARA, Thiago. Defesa da concorrência x regulação setorial: o que mudou com a lei de 2011?. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 245-261, abr./jun. 2015, p. 248).

Assim, para garantir a autoridade necessária na busca pelo interesse público são conferidas prerrogativas à Administração Pública. Essas prerrogativas recebem o nome de poderes administrativos, os quais, embora aparentem ser facultativos, devem obrigatoriamente ser exercidos pelos titulares.

No tocante aos poderes administrativos, a classificação doutrinária não é uniforme. Em suma, subdivide-se em quatro a categoria das prerrogativas da Administração Pública: i) poder normativo/regulamentar, pelo qual é permitido à Administração publicar atos gerais e abstratos para complementação de leis (decretos, resoluções, portarias ii) poder disciplinar, pelo qual cabe à Administração apurar infrações e impor punição àqueles sujeitos à disciplina administrativa interna; e iii) poder decorrente da hierarquia, oriundo da existência de uma organização administrativa dotada de coordenação e subordinação, como dar ordens, controlar atividades, delegar e avocar atribuições; e iv) poder de polícia, pelo qual é exercido o sancionamento administrativo, a apuração do ilícito de polícia e a consequente aplicação da sanção¹⁸⁸.

Embora em determinado período histórico o poder de polícia e a atividade sancionadora da Administração representassem as duas faces de uma mesma moeda, hodiernamente, a imposição de sanções administrativas não pode ser considerada unicamente como instrumento do poder de polícia. “Se por certo o poder sancionador é inerente ao exercício do poder de polícia administrativo, não é menos certo que existe atividade administrativa sancionadora em outros âmbitos de atividade administrativa”¹⁸⁹.

Assim, outro poder-dever conferido ao administrador público é o de proceder, obrigatoriamente, à apuração dos fatos e à promoção da respectiva responsabilidade, aplicando ou propondo a aplicação das penalidades cabíveis¹⁹⁰.

Este poder, denominado sancionador, tem por objeto prevenir ou reprimir a conduta praticada em desconformidade com a ordem jurídica, não se manifestando apenas

¹⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 571.

¹⁸⁹ CERVEIRA, Fernanda Pessôa. *Fundamentos do Poder Administrativo Sancionador: o exame da culpabilidade na infração administrativa*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a orientação do Prof. Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues. Porto Alegre, 2005, p. 28. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/7507>. Acesso em 03.02.2021.

¹⁹⁰ ARAÚJO, Edmir Netto de. *O ilícito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 125.

por meio da faculdade de condicionar e restringir o exercício de direitos individuais em prol da coletividade.

O dever de sancionar não é uma possibilidade discricionária de praticar ou não o ato. Identificada a ocorrência de infração administrativa, a autoridade não pode deixar de aplicar a sanção, quedando-se inerte, deixando de punir o infrator. Há um dever de sancionar, sob pena de responder pelo delito previsto no art. 319 do Código Penal¹⁹¹.

No âmbito da Administração, a apuração do ilícito, a promoção da responsabilidade e a imposição de penalidades devem realizar-se por meio de expedientes processuais chamados genericamente de processos administrativos, respeitados determinados requisitos formais-legais¹⁹².

1.5 O PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Diferente da atuação privada, cujo modo de agir é regido pela espontaneidade, a atividade administrativa não decorre de “passe da mágica”¹⁹³ e as decisões proferidas administrativamente não provêm de “déspotas iluminados”¹⁹⁴. O exercício da atividade administrativa é plenamente definido por procedimento preordenado, não cabendo à Administração atuar livremente.

Ao final do século XIX, como demonstração de poder do governante, o processo administrativo foi instituído para regulamentar internamente a atividade administrativa desenvolvida por seus subordinados. Nesse período, não era vislumbrada a concepção de processo como mecanismo para balizar a relação entre Administração e administrados¹⁹⁵, o que somente veio a ocorrer em razão do trabalho jurisprudencial (França e Império Austro-Húngaro, que influenciou a lei austríaca sobre processo administrativo – lei nº. 21/1925)¹⁹⁶

¹⁹¹ O descumprimento ao dever de sancionar oriundo do poder disciplinar tipifica o delito de condescendência criminosa, previsto no art. 320 do Código Penal. Porém, o dever de sancionar não se limita às infrações internas (disciplinares), existindo também nas relações externas, as quais são passíveis de configuração do crime previsto no art. 319 do Código Penal (prevaricação).

¹⁹² ARAÚJO, Edmir Netto de. *O ilícito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 126.

¹⁹³ MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 497.

¹⁹⁴ SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de direito: lições de Direito do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 124.

¹⁹⁵ SOLÉ, Juli Ponce. *Deber de buena Administración y Derecho al Procedimiento Administrativo Debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discricionalidad*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2001, p. 50.

¹⁹⁶ LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O procedimento administrativo: entre a eficiência e a garantia dos particulares*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 43-45.

e das primeiras leis sobre o assunto em países como a Espanha (Lei Azcárate – Lei de Procedimento Administrativo de 19 de outubro de 1889)¹⁹⁷.

A evolução histórica do processo administrativo não é assunto amplamente explorado na doutrina brasileira. Para melhor compreender a origem, o desenvolvimento e a consolidação da teoria do processo administrativo – antes de adentrar especificamente no território do processo administrativo sancionador – é necessário recorrer à doutrina estrangeira que possui vasta e expressiva literatura. Merecem destaque as contribuições de cinco doutrinadores.

No segundo decênio do século XX, o austríaco *Adolf Merkl* destinou uma parcela de sua Teoria Geral do Direito Administrativo (editada em 1927) para o procedimento administrativo. Ao sistematizar o processo administrativo a partir da semelhança entre as atividades administrativa e jurisdicional, defendeu que as funções estatais são propósitos alcançáveis somente por determinados percursos. Em outras palavras, as funções judicial e administrativa somente são alcançadas se a execução dos atos judiciais e dos atos administrativos for conduzida através de processo judicial e processo administrativo, respectivamente. Para o autor, basicamente, toda administração é procedimento administrativo, e os atos administrativos se apresentam como meros produtos do procedimento administrativo¹⁹⁸. Merkl não visualiza diferenças substanciais entre as atividades administrativa e jurisdicional e afirma que a razão política para a concretização do direito processual administrativo é assegurar que a autoridade administrativa, com as mesmas garantias da juridicidade, sobretudo a segurança das relações jurídicas, conceda aos indivíduos a tutela de seu direito. A observância de um procedimento é o modo mais efetivo para se estabelecer uma relação jurídica, pois, além de permitir o controle da atuação realizada pela autoridade, garante ao administrado a oportunidade de intervir no ato em questão¹⁹⁹.

A contribuição de Merkl, de entender o processo administrativo como o caminho para alcançar o ato administrativo e de conferir ao administrado a possibilidade de influenciar o ato administrativo decisório, provocou acentuada discussão teórica acerca da natureza do processo administrativo. Porém, o ensinamento doutrinário à época passou a

¹⁹⁷ SOLÉ. *Op. Cit.*, p. 54.

¹⁹⁸ MERKL, Adolf. *Teoría General Del Derecho Administrativo*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935, p. 278-279.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 283.

desconsiderar a função autônoma do processo administrativo e a se concentrar na figura do ato administrativo e de seus atributos, como a executoriedade e definitividade, pois o processo administrativo era concebido como um ato-procedimento: um tipo de ato, um todo único, que garantiria o ato administrativo final²⁰⁰.

Aldo Sandulli, na década de 40 do século XX e na contramão do entendimento advogado por Merkl, visualizou o processo administrativo como sendo algo dinâmico. Para o autor, o processo administrativo não constitui um ato administrativo único, mas sim uma sucessão ordenada de atos que visa atingir um resultado final, de modo que seu estudo deveria se concentrar na forma como se desenvolve no tempo (abordagem formal) e não na mera sequência de fatos isolados. Para tanto, concebeu o desenvolvimento do processo administrativo em três fases autônomas: preparatória, constitutiva e integrativa de eficácia²⁰¹. É importante registrar que Hely Lopes Meirelles atestou ter sido Sandulli o sistematizador da “Teoria do Procedimento Administrativo”²⁰².

A concepção de Aldo Sandulli – de o processo administrativo ser o produto final da atuação administrativa cujas fases podem ser analisadas isoladamente – levou *Feliciano Benvenuti* a aprimorá-la.

Ao invés de ater-se na definição simplista de Sandulli, Benvenuti propôs, em 1952, a abordagem funcional do processo administrativo, pela qual o processo deveria ser entendido como o desempenho da função administrativa, como o poder abstrato transformado em uma situação concreta. A compreensão de Benvenuti, de visualizar a função administrativa como o exercício do poder realizado por meio do processo, fez que o processo adquirisse posição de destaque no campo do Direito Administrativo, passando de coadjuvante à protagonista²⁰³.

Em 1993, *Massimo Giannini*, reafirmando o entendimento de que o processo é a forma como se exterioriza a função administrativa, ressaltou que a execução de atos administrativos sem o trâmite de um processo deveria ocorrer apenas em caráter

²⁰⁰ NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Processo administrativo ambiental: teoria, modalidades e aspectos controvertidos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 34-35.

²⁰¹ SANDULLI, Aldo M. *Il procedimento Amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1959, p. 6; 36; 78 e ss.

²⁰² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 139, nota 14.

²⁰³ BENVENUTI, Feliciano. Fuzione amministrativa, procedimento, processo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milão, p. 122-128, 1952.

excepcional. Sustentava que a função administrativa não poderia mais ser desenvolvida de modo liberal, com regulamentações pontuais, como era no passado. No Estado pluriclasse, fazia-se necessário que a função administrativa se revestisse de forma preestabelecida pela norma jurídica²⁰⁴.

Para Giannini, o desenvolvimento da atividade pública se dá mediante um procedimento; e o processo administrativo é o procedimento inerente à conduta desempenhada pelo poder administrativo. No intuito de teorizar e sistematizar o tema processo administrativo, o autor elaborou uma classificação dos processos administrativos em função da natureza do ato perseguido (processos declarativos, constitutivos, organizativos, de exercício de potestade de conteúdo preceptivo, sancionatórios e meramente executivos), distinguiu processos de primeiro e segundo grau e também analisou o processo administrativo sobre os prismas estrutural, funcional e diacrônico. Giannini visualiza o processo não apenas como uma sequência de fases e atos (prisma estrutural), mas também como um instrumento para reger a coexistência dos interesses – públicos e não públicos – e viabilizar sua ponderação (plano funcional) e como um mecanismo apto a buscar, no decorrer do procedimento, o conhecimento dos fatos, colhendo o maior número de informações e não se limitando aos elementos trazidos ao processo pela parte interessada (plano diacrônico)²⁰⁵.

Por último, também contribuiu para a evolução histórica da teoria do processo administrativo o italiano *Mario Nigro*. Após as modificações proporcionadas pela crise do Estado Liberal e as alterações na concepção de legalidade, que proporcionou maior autonomia à Administração Pública na consecução de seus fins, o autor conferiu nova roupagem ao processo administrativo ao afirmar que este instrumento não abrange apenas fatos e decisão final nem sucessão de formalidades fadada a exercer um poder para compor interesses públicos e privados²⁰⁶. Para Nigro, assim como o processo judicial, o processo administrativo se concentra em promover organização, ordenando efetivamente sujeitos e interesses com o objetivo de realizar legalidade/Justiça (e não legalidade/legitimidade)²⁰⁷.

²⁰⁴ GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*. v. 2. 3. ed. Milão: Giuffrè Editore, 1993, p. 100-101.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 160-171.

²⁰⁶ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 303; 353-354.

²⁰⁷ NIGRO, Mario. Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo). *Rivista di Diritto Processuale*. vol. XXXV, série II, 1980, p. 266; 273.

Nas palavras de Mario Nigro,

“Non si tratta più [...] di controllare ed assicurare la conformità dell’attività amministrativa all’ordine normativo preesistente, ma di dare vita, con la partecipazione e attraverso il confronto di tutti gli o interessi coinvolti, ad un giusto e originale assetto di tali interessi”²⁰⁸.

Das concepções apresentadas, verifica-se que o processo administrativo: i) foi introduzido como um meio de garantir os direitos dos administrados, à semelhança do processo judicial (Merkel); ii) adquiriu autonomia ao ser considerado como mecanismo formal, que compõe uma sucessão de atos a gerar uma decisão administrativa final (Sandulli); iii) foi identificado como a execução da própria função administrativa (Benvenuti); iv) com o intuito de conciliar os interesses que lhes são apresentados (Giannini); v) produzindo decisões justas a compor um sistema organizacional que permite a comunicação entre diversos sujeitos e interesses em pauta (Nigro)²⁰⁹.

A exposição acima demonstra que o conceito de processo administrativo não foi constituído de forma imediata. Ao contrário, perpassou transformações e aperfeiçoamentos ao longo do tempo até ascender posição central na doutrina administrativista estrangeira. Na atualidade, a teoria do processo administrativo avança em crescente ritmo. Impende analisar, portanto, como as contribuições históricas colaboraram para determinar a finalidade do processo administrativo.

O processo administrativo garante aos interessados sua participação no processo decisório. Essa participação pode ser considerada como um mecanismo de defesa prévia das posições jurídicas dos administrados em face da Administração Pública (concepção subjetivista) ou como instrumento que se destina a colaborar e aprimorar a decisão administrativa (concepção objetivista)²¹⁰. Ambas as concepções reconhecem a relevância da outra. Porém, a concepção subjetivista atribui maior importância à garantia dos particulares enquanto a objetivista prestigia a eficiência da própria Administração.

A característica conferida ao Direito Administrativo no século XX, de que este se ocupa de regras e técnicas de limitação e contenção dos poderes do Estado frente aos

²⁰⁸ NIGRO, Mario. Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo). *Rivista di Diritto Processuale*. vol. XXXV, série II, 1980, p. 261-262.

²⁰⁹ NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Processo administrativo ambiental: teoria, modalidades e aspectos controvertidos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 41.

²¹⁰ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 404.

indivíduos, fez que os adeptos da concepção subjetivista do processo administrativo destacassem a importância de revisar decisões administrativas após analisar os entendimentos jurídicos dos administrados, em razão de o processo administrativo ser instrumento de garantia do particular frente a uma Administração combativa que intervém unilateral, direta e rotineiramente na propriedade e liberdade dos particulares²¹¹.

Adolf Merkl, ao estruturar o processo administrativo equiparando-o ao processo judicial pelo fato de ambos traduzirem a aplicação da lei ao caso concreto, defendeu a necessidade de se aplicar as mesmas garantias conferidas ao particular no processo judicial no âmbito do processo administrativo. Com a mesma concepção subjetivista, Juli Poncé Solé sustentou que o processo administrativo foi idealizado como uma série de protocolos necessários para asseverar a posição jurídica e os interesses dos administrados²¹²; Peter Häberle afirmava que, no procedimento administrativo, a participação do particular, além de representar um momento de defesa, tem caráter essencial e influência sobre o conteúdo do direito em sede de processos administrativos²¹³; Helmut Goerlich asseverava que, havendo decisão administrativa capaz de interferir no domínio privado tutelado constitucionalmente, deve ser assegurada uma fase para que o administrado se defenda, ainda que de modo preventivo, dos ataques perpetrados pela Administração²¹⁴; José Canotilho lecionava que, pelo fato de os direitos fundamentais dos administrados estarem sujeitos a violação por particulares e pelo Estado, cabe a este último disponibilizar instrumentos para a proteção do direito material por meio de defesa e garantia de direitos, eis a relevância do processo administrativo²¹⁵; e Augustín Gordillo conceituava processo administrativo como “a parte do direito administrativo que estuda as regras e princípios que regem a intervenção dos interessados na preparação e impugnação da vontade administrativa”²¹⁶.

²¹¹ NIEBUHR, *op. cit.*, p. 42.

²¹² SOLÉ, Juli Poncé. *Deber de buena Administración y Derecho al Procedimiento Administrativo Debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2001, 54; 58-60.

²¹³ HÄBERLE *apud* SCHILLACI, Angelo. Derechos fundamentales y procedimiento, entre libertad y seguridad. *Revista de Drecho Constitucional Europeo ReDCE*, ano 7, n.º. 13, p. 213-214, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE13pdf/08Schillaci.pdf>. Acesso em 05.06.2020.

²¹⁴ GOERLICH *apud* SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 334.

²¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição e défice procedimental. *In: Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 78-79.

²¹⁶ GORDILLO, Augustín. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo 2. 8. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2006, p. IX-2 e IX-3.

Em resumo, para os adeptos da concepção subjetivista, o processo administrativo é importante, sobretudo, porque: i) confere proteção ao administrado frente à possibilidade de a decisão proferida pela Administração violar sua esfera jurídica protegida; e ii) amplia a fase instrutória, permitindo que o particular utilize critérios técnico-científicos para fundamentar sua pretensão²¹⁷.

A concepção subjetivista do processo administrativo foi aceita por diversos ordenamentos jurídicos, como é o caso do ordenamento brasileiro que garante aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, Constituição Federal). No entanto, este consentimento não obstou a doutrina de teorizar uma concepção objetivista do processo administrativo.

Longe de negligenciar a concepção subjetivista, a visão objetivista somente oferece uma nova perspectiva. Para esta, permitir que os particulares intervenham no processo administrativo garante decisões mais acertadas e mais aceitas pelos destinatários. A técnica administrativa de assegurar que os administrados participem do processo administrativo visa, sobretudo, a melhor consecução das finalidades públicas, pois permite que a Administração, ao ter ciência de todos os fatos e interesses do processo, emita decisões de melhor qualidade.

Nesse sentido, Rui Machete sustenta que a participação dos administrados não se limita à defesa de seus direitos e/ou interesses, mas confere à Administração o conhecimento de interesses e fatos que até então não eram percebidos²¹⁸; Eduardo Enterría e Tomás-Ramón Fernández defendem que, no cenário atual cuja lei garante maior liberdade ao administrador, a participação dos particulares visa legitimar as decisões proferidas administrativamente²¹⁹ e Peter Cane afirma que o processo administrativo, se adequado for, possibilitando o justo tratamento do particular, reflete o sucesso da atividade administrativa e revela a boa administração²²⁰.

²¹⁷ NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Processo administrativo ambiental: teoria, modalidades e aspectos controvertidos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 50.

²¹⁸ MACHETE, Rui. *Código de procedimento administrativo e legislação complementar*. Lisboa: Editorial Notícias, 1992, p. 10.

²¹⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. v. II. 8. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2002, p. 446-447.

²²⁰ CANE, Peter. *An Introduction to Administrative Law*. Oxford: Clarendon Press, 1986, p.310.

Embora com perspectivas diferentes, é possível visualizar que as concepções subjetivista e objetivista contribuíram significativamente para o entendimento sobre a função e a finalidade do processo administrativo contemporâneo. Analisar as duas concepções como sendo complementares traduz uma compreensão ainda mais sólida: a Administração, ao admitir a defesa dos particulares, assegura o escopo garantístico e funcional do processo administrativo, provê melhores decisões e, conseqüentemente, melhor garante o interesse público²²¹.

Concebendo a complementariedade das concepções objetivista e subjetivista estão, na doutrina estrangeira, Marcello Caetano²²², José Roberto Dromi²²³, Jesus Perez²²⁴ e João Loureiro²²⁵ e, na doutrina nacional, Adilson Dallari e Sérgio Ferraz²²⁶ e Celso Antonio Bandeira de Mello²²⁷. Todos estes autores sustentam, em síntese, a necessidade do equilíbrio entre autoridade e liberdade. Para tanto, delineiam o processo administrativo como mecanismo de composição de interesses com dupla proteção: i) a de tutelar as garantias democráticas dos particulares; ii) e a de promover o satisfatório exercício das prerrogativas públicas, corolário da otimização das decisões administrativas.

Com relação à teoria do processo administrativo brasileiro, a Constituição, ao estabelecer o regime processual disciplinar da perda do cargo dos servidores públicos, inaugurou o termo processo administrativo. A exigência de processo administrativo nos casos de perda do cargo é encontrada desde as últimas Constituições. A Constituição de 1934, no artigo 169, determinava a destituição de funcionário público após processo administrativo regulado por lei, no qual lhe fosse assegurada plena defesa. A Constituição de 1937, no artigo 156, “c”, preceituava a exoneração de funcionário público mediante processo administrativo, em que fosse ouvido e pudesse se defender. A Constituição de 1946, no artigo 189, II, fixava a perda do cargo de funcionário público através de processo

²²¹ NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Processo administrativo ambiental: teoria, modalidades e aspectos controvertidos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 53.

²²² CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 407.

²²³ DROMI, Jose Roberto. *El procedimiento Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1986, p. 20-24.

²²⁴ PEREZ, Jesus Gonzales. *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*. 4. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p.77.

²²⁵ LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O procedimento administrativo: entre a eficiência e a garantia dos particulares*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 69.

²²⁶ DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 31.

²²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 505-506.

administrativo em que lhe assegurasse ampla defesa, assim como a Constituição de 1967, no artigo 103, II, e a Emenda 1/1969, no artigo 105, II.

Embora os vocábulos utilizados nas Constituições pretéritas variassem (“plena defesa”, “ampla defesa”, “fosse ouvido” e “pudesse se defender”), a ideia se mantinha a mesma: o processo administrativo era necessário para a destituição do cargo de servidor público, desde que assegurada a defesa.

Na Constituição de 1988 não foi diferente. O artigo 41, II, dispôs que o servidor público estável poderá perder o cargo mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa. Por outro lado, a Constituição inovou ao assegurar este direito, no artigo 5º, LV, como garantia fundamental: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”; e ao exaltar o princípio do devido processo legal no artigo 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O artigo 5º, LV, da Carta Constitucional foi uma grande inovação, pois, enquanto o artigo 41, §1º, tratava da necessidade de processo administrativo para a perda de cargo de servidor público estável, respeitada a ampla defesa, o artigo 5º, LV, foi mais além, assegurando um processo administrativo com contraditório e plena defesa (e os meios e recursos a ela inerentes) a todos os litigantes e acusados, não apenas a servidor público estável frente a perda de cargo.

A colocação do assunto processo administrativo no artigo 5º, LV, da Constituição, inserido no título Dos Direitos e Garantias Fundamentais e no capítulo Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, eleva seu *status* à condição de garantia constitucional ao conferir meios para tutelar, reconhecer ou cumprir direitos dos indivíduos perante a atuação administrativa²²⁸. Uma garantia constitucional atua de modo subjetivo, ao proteger os direitos dos administrados (garantia dos administrados), e de modo objetivo, ao prevenir possíveis transgressões ao direito objetivo vigente (garantia da legalidade)²²⁹.

²²⁸ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 76-77.

²²⁹ CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 476-477.

Dado que o processo administrativo é uma garantia constitucional, a lei deve reconstruir o processo nos moldes trazidos pela Constituição. Não há liberdade de escolha na configuração da disciplina legal do processo administrativo. A discricionariedade operará apenas em âmbitos não abrigados pela Constituição²³⁰.

É claro que a Constituição não tem o propósito de exaurir o tema processo administrativo. Ao estabelecer somente as condições mínimas de legalidade e seriedade, o sistema constitucional se torna aberto, isto é, não pressupõe que apenas o que está explicitamente prescrito é admitido, o que propicia relevante campo de regulamentação potencial²³¹.

No artigo 5º, § 2º, a Constituição previu que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, demonstrando verdadeiramente o conteúdo aberto da Constituição. Por isso, o conceito constitucional de garantia precisa ser analisado junto aos principais princípios constitucionais do processo²³².

A abertura das normas constitucionais propicia a implantação de conceitos pelo direito legal infraconstitucional. Todavia, é preciso cautela para que, na tentativa de atualizar as normas constitucionais por meio de novas leis, não ocorra a formação de uma Constituição paralela, modificando o sentido dos reais dispositivos constitucionais, de modo que somente seja possível compreender a Constituição a partir da legislação. De acordo com o entendimento de Canotilho, errônea é a alteração da constitucionalidade das leis pela legalidade da Constituição, devido à inversão da hierarquia normativa e à ameaça a autonomia do direito constitucional²³³.

Sendo o processo administrativo uma garantia fundamental, deve ser dada atenção aos requisitos impostos pela Constituição, a saber, contraditório e ampla defesa. Sem esses dois requisitos não existe processo administrativo. Portanto, é insuficiente a menção legal infraconstitucional a esses requisitos. Para fazer valer o direito, deve haver perspectiva

²³⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo e procedimento administrativo. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Tratado de direito administrativo*. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 380-381.

²³¹ *Ibidem*, p. 380-381.

²³² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 10.

²³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Coimbra: Editora Coimbra, 1994, p. 401-415.

concreta de assegurar ao administrado o direito fundamental ao processo administrativo, com contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, pois onde o exercício e a efetividade de um direito fundamental não se consolidam, com certeza, não há Constituição²³⁴.

Ressalta-se que o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV) são intrínsecos a outro mandamento constitucional que é a observância do devido processo legal (art. 5º, LIV). Como leciona Cassagne, ao observar o devido processo legal, três direitos fundamentais referentes à defesa do particular em campo administrativo são tutelados: o direito a ser ouvido, o direito a apresentar e produzir provas e o direito a uma decisão bem fundamentada²³⁵. Em razão disso, a Administração não pode exercer sua autoridade de forma abusiva ou arbitrária, desconsiderando a plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético jurídica de sua atuação impõe o respeito ao princípio do devido processo legal, que contempla o direito à defesa plena²³⁶.

A inserção do processo administrativo como garantia constitucional em 1988 não foi suficiente para que autocracia burocrática transferisse os olhares de sua atuação para a coletividade, sobretudo em decorrência da ausência de disciplina normativa referente ao processo administrativo, que sobreveio em 1999.

A Administração não visualizava o administrado como parte importante do processo administrativo, detentor de garantias. Ao contrário, “a Administração sempre se considerou senhora e dona do processo administrativo, decidindo, a seu talante, quando e como instaurá-lo, seu *iter*, a dimensão da atividade dos administrados em seu bojo, etc.”²³⁷, o que resultava em decisões administrativas absurdas como negar vista de autos de processo administrativo e recusar-se a receber petições, constringendo o interessado a buscar o Judiciário pleiteando a garantia constitucional.

Embora a democratização não fosse atingida apenas com o estabelecimento de regras ao processo administrativo, o conteúdo normativo era um instrumento importante

²³⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coords.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 196.

²³⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. t. II. 5. ed. Buenos aires: Abeledo-Perrot, 1996, p. 322.

²³⁶ STF, MS 24.458-DF, Rel. Min. Celso de Mello, D.J. 21.02.2003.

²³⁷ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 23.

conferido ao administrado para se defender do Estado. A garantia do devido processo legal, longe de ser salvaguarda prevista somente na Constituição de 1988, já constituía direito humano fundamental, sedimentado nos artigos 8º e 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos desde 1948²³⁸. Ademais, além do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, a Constituição de 1988 previu o princípio da publicidade e da eficiência, o direito à informação, a garantia do acesso absoluto à jurisdição e o direito de petição, concedendo, ainda, ao processo administrativo as mesmas garantias dadas ao processo judicial.

O problema é que a mera disposição formal prevendo garantias ao administrado que enfrente um processo administrativo não basta. É preciso transformar o processo em real alicerce de defesa do particular contra o Estado, pois o princípio democrático existe somente no momento e no lugar em que o indivíduo participe da feitura do querer administrativo ou de sua efetiva concretização²³⁹.

Seja formulando uma política administrativa, produzindo ato administrativo ou solucionando litígios, o exercício da atuação administrativa se dá majoritariamente por meio de processo administrativo.

Para bem compreender o regime jurídico do processo administrativo é crucial distinguir processo de procedimento. Não se trata apenas de diferença de nomenclatura. Cada um destes termos possui conteúdo teórico e normativo que repercutem profundamente na compreensão do processo administrativo.

Não é pacífico o entendimento doutrinário sobre o fenômeno processual no âmbito do direito administrativo. As divergentes noções empregadas para caracterizar processo e procedimento administrativo podem ser relacionadas, de modo sumário, em três posicionamentos. O primeiro trabalha a concepção de procedimento como uma sequência ordenada de atos que constitui a forma de exercício da função administrativa e a noção de processo como o exercício da função jurisdicional, condição esta inaplicável à atividade

²³⁸ Artigo VIII: Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei. Artigo X: Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

²³⁹ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 24.

administrativa²⁴⁰. O segundo posicionamento sustenta que não há diferença substancial entre processo e procedimento, pois o termo processo consiste num fenômeno geral do direito, passível de ser aplicado às diversas funções do Estado (legislativa, administrativa e judicial) que designa uma série de atos ordenados que precedem os atos estatais, enquanto o procedimento sugere a atuação administrativa apenas por força do uso da expressão²⁴¹. O terceiro entendimento²⁴², embora também defenda a utilização do termo processo de modo geral, aplicável no exercício de todas as funções estatais (legislativa, administrativa e judicial), assegura ser diferente da noção de procedimento em decorrência de sua finalidade e seus meios: enquanto o procedimento retrata uma série de atos administrativos unilaterais, o processo exige uma confrontação, um litígio com contraposição de interesses entre diferentes indivíduos, norteado pelo princípio do contraditório²⁴³.

Mais adequado se apresenta o terceiro entendimento. É necessário romper o vício metodológico de limitar a noção de processo apenas nos quadrantes do instrumento da jurisdição por entender que o exercício da função jurisdicional corresponde a uma sequência de atos direcionada para o fim da coisa julgada, que almeja a resolução de um conflito de interesses reduzido somente aos órgãos de jurisdição e inaplicável à tramitação administrativa ou ao debate parlamentar. A subordinação do fenômeno do processo ao campo do exercício da função jurisdicional é uma questão histórica, pois foi no seio da jurisdição que o modelo processual se desenvolveu primeiramente e, mesmo nos dias atuais, apresenta maior destaque e atenção dispensada à sua regulamentação. Todavia, isso não reforça a ideia de limitar o processo à jurisdição²⁴⁴.

²⁴⁰ Partilham deste entendimento: COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 123; OLMEDO, Jorge Clariá. *Derecho procesal: conceptos fundamentales*. t. I. Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 129; BACACORZO, Gustavo. *Ley de procedimientos administrativos: normas generales*. San Isidro: Universidad Femenina del Sagrado Corazón, 1994, p. 15 e 15; CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. t. II. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996, p. 306-307; DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997, p. 836.

²⁴¹ Posição defendida por: SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. *Revista de Direito Público*, n. 84, São Paulo, out./dez. 1987, p. 66-67; XAVIER, Alberto. *Do procedimento administrativo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 134; CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 511.

²⁴² Aderem a esta corrente: FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Introdução ao direito processual administrativo*. São Paulo: RT, 1971, p. 102; FERREIRA, Sérgio de Andréa. *A garantia da ampla defesa no direito administrativo processual disciplinar*. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 19, jan./mar. 1972, p. 60; FAZZALARI, Elio. *Processo: Teoria Generale. Novissimo Digesto Italiano*. Torino, v. XIII, 1966, p. 1069.

²⁴³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo e procedimento administrativo. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Tratado de direito administrativo*. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 362.

²⁴⁴ FAZZALARI, Elio. *Processo: Teoria Generale. Novissimo Digesto Italiano*. Torino, v. XIII, 1966, p. 1069.

A ampliação do conceito de processo para o campo da Administração constitui fator de desenvolvimento da ciência ao outorgar a visão teleológica dos seus institutos além dos horizontes traçados pelas tradicionais doutrinas²⁴⁵. Nesse sentido, adequada é a afirmação de Edmir Netto de Araújo de que é possível considerar uma acepção ampla de processo, sendo este o conjunto de atos e formalidades preparatórias do ato administrativo, e uma acepção restrita cuja finalidade é investigar faltas, indicar e sancionar os infratores com a presença do contraditório²⁴⁶.

Deste modo, processo e procedimento estão presentes no âmbito administrativo. Em sentido amplo, processo apresenta-se como procedimento, como a forma de manifestação do poder público, abrangendo formalidades para a execução de quaisquer fatos e atos administrativos, e, em sentido estrito, processo retrata um conjunto estruturado de atos ou fatos administrativos dirigidos a sanar uma controvérsia ou solucionar uma pretensão ou pedido, observados a ampla defesa e o contraditório²⁴⁷.

Assim como há controvérsia terminológica no tocante aos conceitos de processo e procedimento, existem diversas classificações buscando relacionar e ordenar os distintos tipos de processos administrativos. Ressalta-se que ao elaborar uma classificação unem-se coisas diferentes buscando algo comum entre todas elas e, por essa razão, as classificações se alteram a depender da diferença e/ou semelhança que se pretende destacar.

Os processos administrativos podem ser classificados em nominados, inominados, revisivos e disciplinares ou sancionatório²⁴⁸; em internos, externos, revisivos, contenciosos, restritivos e ampliativos²⁴⁹; em processos de interesse público e de interesse particular²⁵⁰; entre outros.

Como não há classificação certa ou errada, mas sim adequada ou não ao que se pretende realçar, três espécies serão aludidas, as empregadas por José dos Santos Carvalho Filho, Marcelo Harger e Sérgio Ferraz juntamente com Adilson Abreu Dallari.

²⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 132.

²⁴⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. *O ilícito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 126-128.

²⁴⁷ FERREIRA, Sérgio de Andréa. *A garantia da ampla defesa no direito administrativo processual disciplinar*. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 19, jan./mar. 1972, p. 60.

²⁴⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 402-406.

²⁴⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 358-360.

²⁵⁰ XAVIER, Alberto. *Do procedimento administrativo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 138-139.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, os processos administrativos podem ser classificados em dois grandes grupos: os processos não litigiosos e os processos litigiosos. Por processo não litigioso, compreende-se os que não apresentam conflito de interesses entre o Estado e o particular. Neles não incide o princípio da ampla defesa e do contraditório, pois são inquisitórios, visam uma apuração. São os processos de maior número e por meio deles se concretiza o exercício da função administrativa, sendo necessário que tudo fique formalizado e registrado para que tanto os administrados quanto a Administração possam executar o controle administrativo. O processo litigioso se caracteriza pela existência de conflito de interesses entre o Estado e o administrado, havendo maior rigidez quanto à observância de alguns princípios (contraditório, ampla defesa, produção de provas). Embora haja muita semelhança com o processo judicial, a decisão final é proferida pelo próprio Estado que, no processo administrativo litigioso, está na condição de parte e de julgador²⁵¹.

Marcelo Harger, rememorando os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles²⁵², classifica os processos administrativos conforme seu conteúdo. Para o autor, seis são as espécies de processo administrativo: i) de expediente, aquele processo que não concede, não modifica nem suprime direitos dos administrados, da Administração ou dos servidores, apenas registra situações administrativas e cuida da rotina burocrática; ii) de outorga, o processo que pelo qual a Administração confere direitos aos administrados, como um concurso público ou pedido de licença para construir; iii) restritivo de direitos, por meio do qual a Administração impõem ônus ou retira direitos dos administrados, como ocorre no exercício do poder de polícia pela Administração ; iv) sancionatório, o processo que tem por finalidade aplicar uma sanção ao particular ou servidor em decorrência da prática de ato ilícito; v) de gestão, aquele processo que não afeta diretamente interesses e direitos de terceiros, mas envolve atos que a Administração realiza na gestão da coisa pública. Em regra, antecede a edição de atos como, por exemplo, o de manutenção do patrimônio público; e vi) de controle, processo no qual a Administração exerce função fiscalizatória, verificando a situação ou a conduta do agente e registrando o resultado para efeitos futuros – não há apuração da falta ou aplicação de penalidade, apenas a determinação, a

²⁵¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 1035-1036.

²⁵² Hely Lopes Meirelles categoriza os processos administrativos por seu conteúdo e aponta quatro espécies: de expediente, de outorga, de controle, punitivo e disciplinar. *Direito administrativo Brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 593-598.

declaração, a proclamação do resultado; exemplo desse processo é a atividade de prestação de contas perante os órgãos públicos²⁵³.

Para Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, as garantias, as finalidades e os pressupostos do processo são inalteráveis, havendo modificação apenas com relação ao conteúdo, a temática processual. Por essa razão, entendem ser mais relevante classificar os processos administrativos em gerais e especiais. Por geral, compreende-se o processo administrativo previsto na lei nº. 9.784/1999, um conceito indivisível e uma realidade unificada, que incide em toda a processualística administrativa desde que não tenha sido regulamentada por lei específica. E, na categoria de especiais, incluem-se os diversos procedimentos existentes que variam de acordo com o conteúdo e o tratamento peculiar a ele imposto (processo administrativo disciplinar – lei nº. 8.112/1990, processo administrativo relativo a marcas e patentes – lei nº. 9.279/1996). Em suma, para os autores, há um processo administrativo geral, regido pela lei nº. 9.784/1999, e existem processos administrativos com procedimentos especiais dotados de previsões legais próprias em razão de seu objeto²⁵⁴.

Para esta obra, a classificação de Marcelo Harger é a que melhor retrata a vasta gama de processos administrativos que variam conforme seu conteúdo, sendo o processo sancionatório o que tem por escopo apurar a prática de infração e infligir penalidades ao particular ou ao servidor em virtude do descumprimento de norma jurídica.

Independente do tipo de infração administrativa cometida existe um procedimento indispensável para que a penalidade seja devidamente aplicada ao infrator.

Em outras palavras, os ilícitos administrativos – atos danosos praticados em desfavor da Administração Pública e, como corolário, dos interesses da coletividade –, sujeitam o administrado-infrator à imposição de sanções administrativas a serem cominadas pela própria Administração, no desempenho da função administrativa, por meio de um processo administrativo.

²⁵³ HARGER, Marcelo. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 69-71. No mesmo sentido, a lei de processo administrativo de Campinas/SP (nº. 15.963, de 08.09.2020) faz explicitamente essa distinção, em seu artigo 12.

²⁵⁴ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 59-61.

O processo administrativo sancionador é mecanismo de garantia dos infratores perante a própria Administração. Sua finalidade é assegurar a produção e a eficiência do agir estatal, por meio de uma atuação justa, e ampliar as garantias do infrator, possibilitando maior controle da Administração, por meio da coparticipação que potencialmente influencie a decisão²⁵⁵.

Por constituir exteriorização do agir administrativo, o processo administrativo sancionador está pautado em diversos princípios.

Longe de buscar enfrentar ou propor uma teoria dos princípios do direito administrativo sancionador, pretende-se, a seguir, apenas identificar os princípios gerais que devem nortear todo processo administrativo sancionador e tecer sobre eles breves considerações.

Como visto no item 1.1, sobre o *ius puniendi* estatal repousa a ideia de unidade mínima a vincular garantias constitucionais básicas aos acusados, seja no campo penal ou no campo sancionatório da Administração Pública. Essa unidade é calcada no reconhecimento das diferenças entre as esferas, porém com adoção de um núcleo básico de regras e princípios comuns a todo o direito punitivo, o qual define limites procedimentais, processuais e substanciais à ação sancionatória do Estado.

Vale registrar que a aproximação entre direito penal e direito administrativo não é obsoleta. Na atualidade, este fenômeno vem ganhando força há algum tempo, em extensão e intensidade. De um lado, o direito penal caminha, a largos passos, em direção ao direito administrativo, dando ensejo ao que hoje se conhece por administrativização do direito penal e, de outro, o direito administrativo caminha, também a largos passos, em direção ao direito penal, se tornando cada vez mais sancionador²⁵⁶.

Por adquirir esta roupagem cada vez mais punitiva, o processo administrativo não pode ignorar e desprezar determinados princípios e regras inerentes ao Estado Democrático de Direito.

²⁵⁵ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 31.

²⁵⁶ LOBO DA COSTA, Regina Helena. Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador – *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese de Livre-Docência apresentada na Universidade de São Paulo (USP), em 2013, p. 113 .

“A base dos princípios (e direitos) fundamentais do Direito Administrativo Sancionador, no sistema brasileiro, reside na cláusula do *due process of law*”²⁵⁷, prevista no artigo 5º, LIV, da Constituição, pelo qual ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Daí decorre os princípios do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV, CF, artigos 2º, *caput*, e 27, parágrafo único, da lei nº. 9.784/1999) que proporcionam aos acusados o direito ao acesso às informações que integram os autos, à produção de provas, à interposição de recursos, isto é, a plenitude do direito de defesa.

Ademais, não há como abordar o tema da atividade sancionatória sem cuidar, em breves linhas, sobre um dos pilares do poder punitivo estatal: o princípio da legalidade²⁵⁸.

Uma grande regra extraída da legalidade administrativa é a primazia da lei, pela qual a Administração Pública nada pode fazer sem observância da lei ou do Direito. Este princípio se aplica na condução de processos administrativos, nos termos do artigo 2º, parágrafo único, inciso I, da lei federal de processo administrativo. Logo, no campo da atividade sancionatória, a Administração não pode aplicar sanção administrativa sem previsão em lei.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento de que o poder estatal sancionador administrativo está sujeito ao princípio da legalidade estrita:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRANSPORTE COLETIVO E INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS. TAXI. PENALIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA.

1. A aplicação de penalidades está sujeita ao princípio da legalidade estrita. Mesmo no âmbito do poder de polícia, a Administração não está autorizada a aplicar sanções não previstas em lei. Não é legítima a aplicação a motoristas de taxi, modalidade de transporte individual, de penalidades estabelecidas para infrações no âmbito do transporte coletivo de passageiros. No âmbito do poder estatal sancionador, penal ou administrativo, não se admite tipificação ou penalização por analogia. 2. Recurso ordinário provido. RMS 21922/GO. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. Primeira Turma. DJ. 21.6.2007.

Outra regra colhida do princípio da legalidade administrativa é a reserva legal, pela qual a Administração apenas restringirá direitos fundamentais quando houver previsão legislativa para tanto. Assim sendo, para restringir a propriedade ou a liberdade do

²⁵⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 174.

²⁵⁸ PASCUIM, Luiz Eduardo. Dos prazos, sanções e outras disposições finais (arts. 66 a 70). In: FIGEUREIDO, Lúcia Valle (Coord.). *Comentários à lei federal de processo administrativo – lei nº. 9.784/1999*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 271. No sentido da relação entre a atividade sancionatória e o princípio da legalidade: MEDAUR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 91.

particular é necessária aprovação de lei por processo legislativo. No âmbito sancionatório, a reserva legal determina que o processo administrativo não descumpra os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, mormente os estabelecidos no artigo 5º da Constituição Federal.

Para o correto desempenho do processo administrativo, portanto, é necessário que a conduta a ser sancionada e a sanção a ser aplicada possuam expressa previsão em lei específica, mandamento expressamente previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Corolário da legalidade é também a tipicidade, que estabelece o detalhamento específico dos comportamentos dos administrados e das penas aplicáveis, permitindo-lhes ter maior previsibilidade quanto a suas ações. A tipicidade tem como principal objetivo permitir que os administrados orientem suas condutas com previsibilidade, o que apenas se torna praticável com uma detalhada especificação dos núcleos de comportamento considerados ilícitos e a sua correlação com as respectivas infrações administrativas. Porém, a tipicidade administrativa admite certa flexibilização quando comparada à tipicidade penal. Enquanto no direito penal ocorre praticamente uma absoluta e vinculativa correlação entre crime e pena, no direito administrativo sancionador há maior flexibilidade na valoração da infração e da sanção, que não pode ser confundida com uma liberdade excessiva conferida ao aplicador da norma. Por esse motivo, a atual doutrina administrativa vem evoluindo para sustentar que toda e qualquer norma sancionadora deve ser completa, ainda que dotada de algum grau de flexibilidade²⁵⁹.

Portanto, é possível afirmar que o princípio da tipicidade possui função dupla. Ao mesmo tempo em que permite aos particulares identificar os comportamentos que são vedados pelo ordenamento jurídico e a sanção que é prevista para quem pratica a conduta proibida, limita a atuação da Administração Pública na verificação da ocorrência do ilícito e na fixação da sanção, pois a conduta típica que autoriza o exercício da competência punitiva estará suficientemente descrita pelo legislador²⁶⁰. Em suma, o princípio da tipicidade exige que a infração (conduta proibida) esteja descrita de modo claro na norma

²⁵⁹ GARCIA, Flávio Amaral. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A principiologia no direito administrativo sancionador. *Revista Brasileira de Direito Público*: RBDP, Belo Horizonte, v. 11, n. 43, p. 9-28, out./dez. 2013, p. 20-21.

²⁶⁰ MUNHOZ MELLO, Rafael. *Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 259-260.

jurídica, assim como exige clareza na descrição da consequência (sanção) a ela correspondente²⁶¹.

Outra característica do processo administrativo sancionador é a impossibilidade de a norma sancionatória retroagir para prejudicar o infrator, efeito do princípio da legalidade. A cláusula constitucional inscrita no art. 5º, XL, da Constituição Federal (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”) também é aplicável no âmbito do Direito Administrativo Sancionador. Ademais, essa premissa está consolidada no artigo 2º, parágrafo único, inciso XIII, da lei nº. 9.784/1999 que estabelece como critério de orientação da interpretação da norma administrativa aquela que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação. Assim, nem nova lei nem nova interpretação de casos já decididos podem retroagir para prejudicar a situação do administrado. Em regra, aplica-se ao caso concreto a lei prevista antes do cometimento do ilícito administrativo. A exceção se dá quando a norma sancionatória ulterior trazer elementos que possam beneficiar o acusado²⁶².

Aplicado no direito penal, o princípio da individualização da pena também é utilizado no direito administrativo sancionador. O artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição dispõe que a lei regulará a individualização da pena. Conforme o Ministro Cezar Peluso, o princípio da individualização da pena compreende: i) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; ii) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); iii) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (artigo 1º, III, CF), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (artigo 5º, XLVIII, CF)²⁶³.

Norteadas pelo direito penal, no âmbito administrativo, a doutrina também propõe a individualização da sanção em sentido amplo, decompondo-a em três roupagens: i) a individualização legislativa, pela qual as condutas ilícitas e as sanções são especificadas pelo Legislador; ii) a personificação da conduta, na qual a conduta de cada um dos

²⁶¹ LOBO FILHO, Fernando Rissoli. *A lei anticorrupção e o direito administrativo sancionador*. São Paulo: Editora IASP, 2017, p. 102.

²⁶² NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: lei no 9.784/99 comentada*, 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 545-546.

²⁶³ STF, HC nº. 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, D.J. 23.02.2006.

acusados são especificamente avaliadas; e iii) a individualização da sanção em sentido estrito, isto é, a dosagem da pena segundo a conduta e outros critérios definidos em lei²⁶⁴. Em suma, definidas as sanções pelo Legislador, o processo administrativo sancionatório é aberto, as condutas perpetradas por cada um dos infratores são individualmente personificadas, cabendo à autoridade a dosagem e a cominação da sanção administrativa, consoante ocorre na seara penal.

Fixados os princípios básicos que devem nortear o processo administrativo sancionador, sem prejuízo de outros de igual relevância, passa-se ao estudo da pluralidade de processos sancionadores.

²⁶⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 503 e ss.; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: lei no 9.784/99 comentada*, 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 543.

2. A MULTIPLICIDADE DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES

Na primeira parte do trabalho, foi possível analisar o tema i) do *ius puniendi* do Estado, pelo qual a manifestação do poder punitivo estatal também se expressa na esfera administrativa, ii) das infrações, como sendo o comportamento violador da norma jurídica, iii) das sanções, como a consequência jurídica de caráter repressivo imposta em decorrência de um comportamento previsto normativamente como reprovável, e iv) do poder sancionador, que tem por objeto prevenir e reprimir a conduta praticada em desconformidade com a ordem jurídica. Este estudo foi necessário para propiciar o fio condutor que liga o cometimento do ilícito à abertura de um processo pela Administração Pública.

As categorias das infrações e sanções administrativas perpassam conceitos jurídicos-dogmáticos relevantes para o direito administrativo sancionador. No entanto, não folheiam totalmente as variáveis estruturantes do seu atual escopo. Desponta, assim, o conceito de sistema de responsabilização administrativa, que se mostra mais abrangente ou adequado para esta finalidade²⁶⁵.

A Administração Pública, desde que respeite o devido processo legal, pode apurar fatos, impor suas decisões e sancionar o administrado que cometer uma infração administrativa, ensejando a chamada responsabilização administrativa.

O termo responsabilidade não está relacionado apenas ao campo jurídico. Cotidianamente, clama-se responsabilidade nas mais diversas áreas (profissional, acadêmica, afetiva). A responsabilidade consiste no resultado de como o indivíduo atua no cotidiano. Ser responsável é cumprir seus compromissos, responder pelos seus próprios atos, dar conta de suas ações.

No mundo jurídico, se o particular adequadamente cumpre a legislação é considerado responsável. Caso contrário, será compelido juridicamente a tornar-se responsável pelo ilícito praticado. A essa ordem dá-se o nome de responsabilização.

²⁶⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidade. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020, p. 105.

O ato ilícito pode ser analisado em suas diversas esferas (penal, civil, administrativa, trabalhista, tributário, entre outras). Cada uma delas possui doutrinas e elementos próprios consolidados.

A responsabilidade administrativa compõe a clássica tríade da responsabilidade no Direito (civil, penal e administrativa) e é instrumentalizada por meio dos processos administrativos sancionadores. Responsabilizar administrativamente consiste em atribuir culpa e impor sanção ao indivíduo que cometer uma infração administrativa.

Como visto, diversas são as infrações administrativas (contratual, ética, com base no poder de disciplinar, com base no poder de polícia). Embora exista uma divisão didática, todas estas infrações acarretam a responsabilização administrativa, com alteração da figura do sancionado e das sanções a serem aplicadas.

2.1 O CRESCIMENTO EXPONENCIAL DA ATIVIDADE SANCIONADORA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O instituto da responsabilidade administrativa estabelece mecanismos condenatórios e punitivos ao indivíduo que cometer infrações. Pelo fato de o Estado se apresentar, com força e vocação regulatórias, de modo progressivo nas relações abrigadas pelo Direito Administrativo, existe um espectro considerável de normas punitivas que enseja uma multiplicidade de processos administrativos sancionadores.

Com o decorrer dos anos, foram publicadas diversas regras instituindo atos ilícitos e sanções e prevendo a existência da responsabilização administrativa.

Além das normas já mencionadas no item 1.3, a saber, as leis nº. 8.666/1993 e 14.133/2021, que estabelecem normas para a realização de licitações e contratos e também prescrevem sanções para a prática de infrações administrativas, a lei nº. 8.112/1990 que institui o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, os deveres, as proibições funcionais e as penalidades disciplinares, os Códigos de Ética que determinam sanção administrativa ao servidor que violar a probidade e o decoro no exercício da função pública, a lei nº. 9.605/1998 que dispõe sobre as sanções administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e a lei nº. 12.529/2011 que traz o regime sancionatório das infrações da ordem econômica, outros sistemas de responsabilização

serão apresentados para evidenciar e exemplificar quão vasto é o caminho da multiplicidade de processos administrativos sancionadores.

A lei nº. 4.595/1964 (lei do sistema financeiro nacional) foi promulgada com o intuito de prover o país de instrumentos essenciais à efetiva execução das políticas monetárias, creditícias e cambial, cuja ausência dificultava o pleno exercício das funções do poder público na orientação do processo do desenvolvimento. Dois eram seus objetivos principais: a) estabelecer uma administração monetária federal eficiente e flexível, capaz de formular e executar uma política monetária e creditícia de controle quantitativo global e de caráter seletivo, em moedas nacionais, para conter o processo inflacionário sem afetar o desenvolvimento; e b) modificar o regime jurídico das instituições financeiras privadas para que sua atuação fosse pautada na utilização mais eficiente dos recursos financeiros nacionais, na distribuição mais equitativa desses recursos e na contribuição do desenvolvimento harmônico das diferentes regiões do país²⁶⁶.

O assunto não era novo, visto que o primeiro anteprojeto dispendo sobre a reestruturação do sistema bancário estava em pauta desde junho de 1947. Porém, a reforma bancária permanecia ocupando lugar significativo da necessária mudança institucional exigida pelo desenvolvimento do país.

Resultado do anteprojeto nº. 15/1963, a lei nº. 4.595/1964 sistematizou a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias e idealizou o Conselho Monetário Nacional.

Para traçar as diretrizes do processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliário, a lei nº. 13.506, de 13 de novembro de 2017 foi instituída.

E, para melhor elucidar as infrações e penalidades aplicáveis às instituições financeiras, às demais instituições supervisionadas pelo Banco Central do Brasil (bancos de investimentos, financeiras, corretoras de valores, entre outros) e aos integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (sistema especial de liquidação e de custódia, central de

²⁶⁶ Mensagem nº. 52/1963 do Presidente da República, João Goulart, aos membros do Congresso Nacional. Disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD06ABR1963.pdf#page=10>. Acesso em 07.05.2020.

custódia e liquidação financeira de títulos privados, por exemplo), foram redigidos os artigos terceiro e quinto da lei nº. 13.506/2017.

Diversas condutas são consideradas infrações puníveis por processo administrativo sancionador conduzido pelo *Banco Central do Brasil*. De acordo com o artigo 3º, devem ser combatidas e devidamente penalizadas, dentre outras, as seguintes infrações: i) o descumprimento de determinações do Banco Central do Brasil, ii) a negociação de títulos, instrumentos financeiros ou a realização de operações de crédito ou de arrendamento mercantil, em preços destoantes dos praticados pelo mercado, em prejuízo próprio ou de terceiros, iii) o fornecimento ao Banco Central do Brasil de documentos, dados ou informações incorretos ou em desacordo com os prazos e as condições estabelecidos, iv) a imposição de embaraço à fiscalização do Banco Central do Brasil, negando ou dificultando o acesso a sistemas de dados e de informação nos prazos, nas formas e nas condições estabelecidos pelo Banco Central do Brasil, e v) a realização de operações ou atividades vedadas, não autorizadas ou em desacordo com a autorização concedida pelo Banco Central do Brasil.

São seis as penalidades previstas para as infrações do artigo 3º, i) admoestação pública, contendo a conduta ilícita e a sanção imposta; ii) multa, não excedendo o maior destes valores: ii.i) cinco décimos por cento da receita de serviços e de produtos financeiros apurada no ano anterior ao da consumação da infração, ou, no caso de ilícito continuado, da consumação da última infração ii.ii) ou dois bilhões de reais; iii) proibição de prestar determinados serviços; iv) proibição de realizar determinadas atividades ou modalidades de operação; v) inabilitação para atuar como administrador e para exercer cargo em órgão previsto em estatuto ou em contrato social, implicando no impedimento de atuar em cargos cujo exercício dependa de autorização do Banco Central do Brasil; e vi) cassação de autorização para funcionamento.

Com exceção das penas de admoestação pública e de multa, as demais são restritas às hipóteses em que se verificar a ocorrência de infração grave.

Verificados os indícios da ocorrência da infração, instaura-se o processo administrativo sancionador, determinando a citação do infrator para apresentar defesa no prazo de trinta dias, oportunidade em que poderá indicar as provas que pretende produzir. As decisões de primeira instância proferidas em processo administrativo sancionador são

tomadas por órgão colegiado, do qual, no caso de infração grave, deve fazer parte ao menos um diretor do Banco Central do Brasil. Das decisões condenatórias, cabem recurso com efeitos devolutivo e suspensivo, no prazo de trinta dias.

A lei nº. 6.385/1976 instituiu a *Comissão de Valores Mobiliários (CVM)* como uma autarquia em regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, e administrada por um presidente e quatro diretores, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal, dentre pessoas de ilibada reputação e reconhecida competência em matéria de mercado de capitais (art. 5º e 6º).

Além de regulamentar matérias, administrar registros, propor fixação de limites de vantagens cobradas pelos intermediários do mercado e fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários e das companhias abertas, a Comissão de Valores Mobiliários possui competência para apurar, mediante processo administrativo, atos ilegais e práticas não equitativas de administradores, membros do conselho fiscal e acionistas de companhias abertas, dos intermediários e dos demais participantes do mercado, bem como aplicar aos infratores as devidas penalidades (art. 9º, V e VI).

A Instrução Normativa nº. 607/2019 arrolou as hipóteses consideradas infrações graves, a saber, voto abusivo exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, danos causados por atos praticados com abuso de poder por parte do acionista controlador, falta de cuidado, desvio das atribuições, deslealdade praticada pelo administrador da companhia, danos resultantes de omissão no cumprimento de deveres e de atos praticados com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou do estatuto pelos membros do conselho fiscal, pagamento equivocado de lucros e dividendos, favorecimento de sociedade coligada, controladora ou controlada pelos administradores, inobservância de orientação geral e instruções estabelecidas por parte dos administradores das sociedades filiadas, bem como descumprimento de determinação da Comissão de Valores Mobiliários e embaraço a sua fiscalização²⁶⁷.

²⁶⁷ Instrução Normativa da Comissão de Valores Mobiliários nº. 607, de 18 de junho de 2019. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst607.html>. Acesso em 12.05.2020.

Como mencionado, a lei nº. 13.506/2017 foi editada para estabelecer o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários. Esta lei alterou a regra nº. 6.385/1976 no tocante às penalidades a serem impostas pela CVM.

O artigo 11 da lei nº. 6.385/1976 passou a prever as seguintes penalidades possíveis de serem impostas, isoladas ou cumulativamente, pela Comissão de Valores Mobiliários: a) advertência; b) multa; c) inabilitação temporária, até o máximo de vinte anos, para o exercício de cargo de administrador ou de conselheiro fiscal de companhia aberta, de entidade do sistema de distribuição ou de outras entidades que dependam de autorização ou registro na Comissão de Valores Mobiliários; d) suspensão da autorização ou registro para o exercício das atividades de que trata a lei; e) proibição temporária, até o máximo de vinte anos, de praticar determinadas atividades ou operações, para os integrantes do sistema de distribuição ou de outras entidades que dependam de autorização ou registro na Comissão de Valores Mobiliários; f) proibição temporária, até o máximo de dez anos, de atuar, direta ou indiretamente, em uma ou mais modalidades de operação no mercado de valores mobiliários; e g) inabilitação temporária, até o máximo de vinte anos, para o exercício das atividades previstas nesta lei.

A Comissão de Valores Mobiliários também está autorizada por lei a proibir os acusados de contratar, por até de cinco anos, com instituições financeiras oficiais e de participar de licitação que tenha por objeto aquisições, alienações, realizações de obras e serviços e concessões de serviços públicos, no âmbito da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal e das entidades da Administração Pública indireta (art. 11, §13).

Com exceção das sanções advertência e multa, as demais penalidades somente devem ser aplicadas nos casos de infrações consideradas graves, assim definidas em normas da Comissão de Valores Mobiliários - Instrução Normativa nº. 607/2019, ou nos casos de reincidência.

Quanto ao valor da multa, este não deve exceder o maior destes valores: i) cinquenta milhões de reais; ii) o dobro do valor da emissão ou da operação irregular; iii) três vezes o montante da vantagem econômica obtida ou da perda evitada em decorrência

do ilícito; ou iv) o dobro do prejuízo causado aos investidores em razão do ilícito. No caso de reincidência, o valor poderá ser triplicado.

No tocante aos processos administrativos conduzidos pela *Comissão de Valores Mobiliários*, estes poderão ser precedidos de etapa investigativa e observarão procedimento fixado pela Comissão. No caso de o inquérito concluir pela ocorrência de crime de ação pública, a Comissão de Valores Mobiliários oficiará ao Ministério Público para a propositura da ação penal.

A Instrução Normativa nº. 607/2019 dispôs sobre apuração de infrações administrativas, rito dos processos administrativos sancionadores e aplicação de penalidades no âmbito da CVM.

Caberá às superintendências a investigação de infrações administrativas, a instrução processual e a instauração de processo administrativo sancionador. O acusado deverá apresentar defesa por escrito no prazo de trinta dias após a citação, juntando documentos destinados a provar suas alegações. Após a apresentação da defesa, os autos serão encaminhados ao Colegiado para designação do Relator. O julgamento do processo será feito pelo Colegiado em sessão pública presidida pelo Presidente da CVM ou, na sua ausência ou impedimento, por seu substituto eventual e somente será realizada com a presença de no mínimo três membros do Colegiado. Em regra²⁶⁸, da decisão condenatória do Colegiado caberá recurso ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional com efeitos devolutivo e suspensivo a ser interposto no prazo de trinta dias corridos da intimação.

A Comissão de Valores Mobiliários, na apuração de infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, deve priorizar as infrações de natureza grave, cuja atribuição de pena proporcione maior efeito educativo e preventivo para os participantes do mercado. Em relação às condutas de pouca relevância, baixa expressividade da lesão ao bem jurídico tutelado, poderá deixar de instaurar o processo administrativo sancionador, utilizando outros instrumentos e medidas de supervisão que julgar mais efetivos (art. 9º, §4º, lei nº. 6.385/1976).

²⁶⁸ Recurso contra decisão que impuser penalidades previstas nos incisos III a VII do art. 60 da Instrução Normativa nº. 607/2019 será recebido somente com efeito devolutivo, facultado ao apenado requerer o efeito suspensivo.

De igual forma, a Comissão de Valores Mobiliários poderá deixar de instaurar ou suspender, em qualquer fase que preceda a tomada da decisão de primeira instância, o procedimento administrativo destinado à apuração de infração cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar se, após análise de conveniência e oportunidade e com vistas a atender ao interesse público, o investigado assinar termo de compromisso no qual se obrigue a cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela Comissão de Valores Mobiliários e corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos (art. 11, §5º, lei nº. 6.385/1976).

Não sendo cumpridas as obrigações no prazo estabelecido, o procedimento administrativo anteriormente suspenso terá continuidade, cabendo à Comissão de Valores Mobiliários a sua condução e a aplicação das devidas penalidades.

Por último, é importante ressaltar que a Comissão de Valores Mobiliários será competente para apurar e punir condutas fraudulentas no mercado de valores mobiliários sempre que seus efeitos ocasionarem danos a pessoas residentes no território nacional, independentemente do local em que tenham ocorrido, e que os atos ou omissões relevantes tenham sido praticados em território nacional (art. 9º, §6º, lei nº. 6.385/1976).

Outro sistema administrativo sancionatório decorre da lei de proteção ao consumidor – nº. 8.078/1990.

Conforme previu a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXII, coube ao Estado promover a defesa do consumidor, erigida pelo Constituinte como princípio geral da atividade econômica (art. 170, V), a qual é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e busca assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Para tanto, o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias conferiu prazo de cento e vinte dias, a contar da promulgação da Constituição, para feitura do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Em 11 de setembro de 1990, foi devidamente promulgado pela lei nº. 8.078/1990 o diploma legal de amparo ao consumidor, estabelecendo-lhe normas de proteção e defesa, de ordem pública e interesse social.

Inicialmente, O CDC apresenta os direitos do consumidor. Num segundo momento, indica as infrações e expõe seu meio de defesa em juízo. Ao final, concebe o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e a Convenção Coletiva de Consumo.

A competência para legislar sobre direito do consumidor é concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, sendo que já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal que, em caso de interesse local, municípios também detêm competência para legislar sobre proteção do consumidor²⁶⁹.

No entanto, recentemente, em 05.06.2019, o prefeito Bruno Covas sancionou a lei nº. 17.109/2019 instituindo o Código de Defesa do Consumidor do Município de São Paulo. O CDC municipal foi objeto de ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF nº. 610), ajuizada no Supremo Tribunal Federal pela Confederação Nacional de Tecnologia da Informação e Comunicação (Contic), as associações nacionais de operadores de celulares (Acel) e concessionárias de serviço telefônico fixo (Abrafix).

Dentre os argumentos apresentados, destaca-se o de usurpação de competência nacional e inversão da lógica do sistema, em razão de substituir a fonte normativa única exigida pela Constituição, pela atuação legislativa de mais de cinco mil municípios e de alto impacto na economia nacional, comprometendo grande parte dos fornecedores de bens e serviços pelo fato de a maior cidade do país estabelecer regras contratuais próprias e diferenciadas em matéria de consumidor.

Contudo, a ação não foi conhecida pelo Ministro Luiz Fux por entender não ser admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando existente qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade²⁷⁰; o que não impede a propositura da ação adequada em momento futuro.

Em 1997, foi editado o decreto nº. 2.181 para, além de dispor sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, estabelecer normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas no CDC.

²⁶⁹ RE-AgR 1.173.617, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 23.4.2019; ARE 883.165 AgR/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 23.08.2019.

²⁷⁰ STF, ADPF nº. 610, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 03.12.2019.

Na seção II do referido decreto, a partir do artigo 12, foram fixadas condutas consideradas infrativas – também previstas no artigo 39 do CDC. Dentre elas estão i) enviar ou entregar ao consumidor qualquer produto ou fornecer qualquer serviço, sem solicitação prévia; ii) prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços; iii) promover publicidade enganosa ou abusiva; iv) recusar a venda de produto ou a prestação de serviços, publicamente ofertados, diretamente a quem se dispõe a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos regulados em leis especiais; e v) impedir, dificultar ou negar a devolução dos valores pagos, monetariamente atualizados, durante o prazo de reflexão, em caso de desistência do contrato pelo consumidor.

Estas práticas (e as demais previstas) podem ser consideradas i) leves, se forem verificadas somente circunstâncias atenuantes, como a ação do infrator não ter sido fundamental para a consecução do fato, ser o infrator primário ou ter o infrator adotado providências para minimizar ou reparar os efeitos do ato lesivo, ou ii) graves, caso presentes circunstâncias agravantes (reincidência, intuito de obter vantagem indevida, produção de dano à saúde ou segurança do consumidor, dolo, entre outras previstas no artigo 25, II).

De todo modo, sem prejuízo das sanções de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas, as violações às regras de defesa do consumidor constituem práticas infrativas e ficam sujeitas às seguintes sanções administrativas, que podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente: a) multa; b) apreensão do produto; c) inutilização do produto; d) cassação do registro do produto junto ao órgão competente; e) proibição de fabricação do produto; f) suspensão de fornecimento de produtos ou serviços; g) suspensão temporária de atividade; h) revogação de concessão ou permissão de uso; i) cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; j) interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; k) intervenção administrativa; e l) imposição de contrapropaganda.

De acordo com os artigos 57 do CDC e 29 do decreto nº. 2.181/1997, a pena de multa será graduada segundo a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor e aplicada mediante procedimento administrativo, sendo revertida para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos pertinente à pessoa jurídica de direito público que impuser a sanção. Apesar de o parágrafo único do artigo 57 determinar

que o montante da multa não poderá ser inferior a duzentas nem superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), como a Ufir foi extinta no ano 2.000, os Estados têm adotado o Índice Nacional de Preço ao Consumidor Amplo (IPCA) para reajustar os valores mínimo e máximo das multas previstas²⁷¹.

As sanções de apreensão, de inutilização de produtos, de proibição de fabricação de produtos, de suspensão do fornecimento de produto ou serviço, de cassação do registro do produto e revogação da concessão ou permissão de uso são aplicadas quando constatados vícios de quantidade ou de qualidade por inadequação ou insegurança do produto ou serviço (art. 58 do CDC).

Já as penas de cassação de alvará de licença, de interdição e de suspensão temporária da atividade se aplicam quando o fornecedor reincide na prática das infrações de maior gravidade previstas no CDC e na legislação de consumo (art. 59), sendo que a penalidade de intervenção administrativa deve ser aplicada sempre que as circunstâncias de fato desaconselharem a cassação de licença, a interdição ou suspensão da atividade.

A sanção de imposição de contrapropaganda é atribuída quando o fornecedor incorre na prática de publicidade enganosa – capaz de induzir em erro o consumidor – ou abusiva – capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. A contrapropaganda deverá ser divulgada de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva e a expensas do infrator (art. 60).

Todas as sanções acima mencionadas são cominadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo, garantida a ampla defesa.

Antes, contudo, é necessário que os autos de infração sejam preenchidos de forma clara e sem rasuras, observando os requisitos previstos no art. 35 do decreto nº. 2.181/1997, como local, data e hora da infração, dispositivo legal infringido, determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de dez dias.

Por último, é importante consignar que, embora a defesa do consumidor no Brasil tenha seu devido prestígio, muitos Procon's (Programa de Proteção e Defesa do

²⁷¹ Portaria PROCON/PR nº. 03/2011; Portaria PROCON/SP nº. 45/2015; Portaria PROCON/SC nº. 01/2014.

Consumidor), órgãos administrativos do poder executivo municipal e/ou estadual, não possuem quadros de carreira, sendo constituídos por agentes públicos em regime comissionado.

Este cenário pode provocar o desvio da finalidade do órgão para a busca de interesses particulares, a ineficácia da aplicação de sanções administrativas e o abarrotamento do Poder Judiciário com ações consumeristas visando neutralizar o prejuízo causado por fornecedores que dolosamente se locupletam da infração praticada, ainda que ocasionalmente pague indenização a algum consumidor²⁷².

Destaca-se que a repreensão mais adequada, no intuito de garantir o aperfeiçoamento nas relações de mercado, deve advir das sanções estatais aplicadas por intermédio dos Procon's, seja pela imposição de multas ou por medidas mais severas, como a suspensão de atividades, o que pressupõe um Programa de Proteção e Defesa do Consumidor atuante e sem amarras políticas²⁷³.

Semelhante sistema de responsabilidade administrativa foi instituído pela lei de defesa da concorrência.

Após um processo legislativo de aproximadamente sete anos, a lei nº. 12.529/2011 foi promulgada com vistas a instituir mudanças na lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Dentre as alterações, destaca-se o aperfeiçoamento de infrações redigidas de maneira ambígua ou que não podiam ser consideradas efetivamente condutas anticompetitivas e o desmembramento e a melhor definição de algumas penalidades, conferindo maior espaço de intervenção ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no sentido de coibir infrações à ordem econômica.

Foram suprimidos alguns incisos e acrescentado outros e a finalidade da lei nº. 12.529/2011 passou a ser a de estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e dispor sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

²⁷² PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*: Rio Grande do Sul, n. 9, out./dez. 2009, p. 66-100. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/468/257>. Acesso em 06.05.2020.

²⁷³ *Idem*.

Considera-se prática anticompetitiva a conduta adotada por um agente econômico que possa acarretar prejuízos à livre concorrência – mesmo que potencialmente, ainda que o infrator não tenha o propósito de causar danos ao mercado. Ao praticar uma conduta que viola a livre concorrência, a empresa ou grupo econômico incide em abuso de poder econômico. O excesso de poder econômico pode ser observado em inúmeros comportamentos. Por isso, a lei permite que o CADE analise a possibilidade de a conduta causar dano à concorrência e, caso a prática reste caracterizada como danosa à concorrência, reprimi-la após a devida investigação.

O título V da lei em comento abordou o tema das infrações da ordem econômica. De acordo com o artigo 36, por infração da ordem econômica compreendem-se os atos manifestados, independentemente de culpa, que tenham por objeto ou possam produzir efeitos, ainda que potencialmente, de i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços, de outra forma que não seja fruto do processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores; iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e iv) exercer de forma abusiva seu poder de mercado.

O artigo 36, §3º estabelece rol exemplificativo contendo dezenove condutas que podem caracterizar infração à ordem econômica, na medida em que tenham por objeto ou possam produzir efeitos anticoncorrenciais. Para que seja atribuído caráter infrativo à essas condutas é necessário que sejam constatadas, caso a caso, as hipóteses do caput do artigo 36.

São exemplos de condutas que podem ser consideradas infrações à ordem econômica: a) acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; b) limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; c) utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; d) vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; e e) subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem.

Em outras palavras, violam a ordem econômica a prática de: cartel, cartel internacional, cartel em licitações, influência de conduta uniforme, preços predatórios,

fixação de preços de revenda, restrições territoriais e de base de clientes, acordos de exclusividade, venda casada, abuso de posição dominante, recusa de contratar, criar dificuldades ao concorrente.

Estas – e outras – condutas que sejam caracterizadas como infrações à ordem econômica sujeitam os infratores à imposição de penalidades a serem aplicadas por meio de processo administrativo, após o trâmite de procedimento preparatório e/ou inquérito administrativo.

Submetem-se à lei de defesa da concorrência no Brasil as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal (art. 31).

Com relação às sanções, comparando-as com o regramento anterior, verifica-se um abrandamento para as multas aplicáveis às empresas e seus administradores em caso de infração da ordem econômica. Enquanto a lei anterior n.º 8.884/94 previa multa aplicável às empresas entre um e trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, a lei vigente estabelece multa de um décimo a vinte por cento do valor (art. 37, I).

No tocante aos administradores, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, a lei anterior n.º 8.884/94 previa multa entre um a cinquenta por cento do valor da multa aplicável à empresa. Em contrapartida, o vigente texto legal fixa multa de um a vinte por cento daquela aplicada à empresa, às pessoas jurídicas ou entidades, desde que comprovada a sua culpa ou dolo (art. 37, III).

No caso de não ser possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto, o legislador fixou sanção no valor entre cinquenta mil reais e dois bilhões de reais às demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito que não exerçam atividade empresarial (art. 37, II).

Em se tratando de fato grave ou de interesse público geral, também poderão ser impostas as penalidades de publicação em jornal da decisão condenatória, proibição de

contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação em toda a Administração Pública direta e indireta por prazo não inferior a cinco anos, inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, proibição de exercer o comércio por até cinco anos, entre outras providências necessárias para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica (art. 38).

É importante registrar que a infração à ordem econômica enseja a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente, sendo que, em caso de grupo econômico²⁷⁴, a lei determina que a responsabilidade solidária entre as empresas irá incidir quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica²⁷⁵.

De acordo com o artigo 13, dentre outras atribuições, compete à Superintendência-Geral instaurar e instruir processo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, bem como instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica (art. 13).

Ademais, importante consignar que a repressão das infrações da ordem econômica não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei, como dispõe o artigo 35 do diploma legal.

O último sistema punitivo a ser exemplificado neste trabalho é o previsto na lei anticorrupção.

Desde 2013 estava paralisado no Senado o projeto de lei nº. 6.826/2010 proposto pela Controladoria Geral da União em 18 de fevereiro 2010, com objetivo de assegurar garantias de lisura aos eventos internacionais a serem realizados no Brasil, o qual havia sido aprovado na Câmara dos Deputados em maio de 2011.

²⁷⁴ O conceito de grupo econômico, para fins de cálculo dos faturamentos constantes do art. 88 da Lei 12.529/11, está previsto na resolução nº 2, de 29 de maio de 2012 do CADE.

²⁷⁵ A responsabilidade solidária do grupo econômico traz debates entre os doutrinadores, sobretudo quanto ao pagamento de multa e da prática de ilícito concorrencial. Porém, de acordo com pesquisa empírica e análise crítica sobre grupo econômico na experiência jurisprudencial do CADE, de maneira geral, para fins sancionatórios, o CADE tem utilizado o instituto da responsabilidade solidária dos grupos econômicos de forma bem restrita devido ao seu caráter sancionatório, fixando que para sua aplicação é necessário algum grau de participação do grupo econômico na conduta ilícita. (MARTINS, Matheus. Grupo econômico e a lei 12.529/2011: Uma Análise Crítica da Utilização do Instituto no Direito Concorrencial. Brasília, 2018. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/22016/1/2018_MatheusMartinsDaSilva.pdf).

Em junho de 2013, a população brasileira foi às ruas determinada a se posicionar contra a corrupção, clamando por integridade, ética e moral dos governantes. Após diversos e acentuados protestos, o projeto recebeu regime de tramitação de prioridade e foi aprovado em 05 de julho de 2013, sendo transformado na lei ordinária nº. 12.846/2013 em 02 de agosto de 2013.

Considerada uma das regras mais severas no combate à corrupção, pelo fato de prever duras penas aos seus infratores, a denominada lei anticorrupção teve por escopo sanar a lacuna existente no sistema jurídico brasileiro sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional e estrangeira, principalmente, atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos.

A lei anticorrupção, em seu artigo 5º, enuncia que os atos lesivos à Administração Pública, ensejadores da responsabilização objetiva da pessoa jurídica, são aqueles que atentam contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da Administração Pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil como, por exemplo, i) utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados, ii) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo e iii) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a Administração Pública.

As sanções decorrentes de processo judicial consistem em a) perdimento de bens, direitos ou valores obtidos em virtude do ilícito, b) suspensão ou interdição parcial de suas atividades, c) dissolução compulsória da pessoa jurídica e d) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público.

As sanções a serem aplicadas, na esfera administrativa, às pessoas jurídicas responsáveis pelos atos lesivos são: a) multa e b) publicação extraordinária da decisão condenatória, que podem ser cominadas isoladas ou cumulativamente e não excluem a obrigação da reparação integral do dano causado.

Quanto à multa, o legislador limitou sua aplicação entre 0,1% (um décimo por cento) e 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, determinando que nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação, e fixou que a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais) quando não for possível utilizar o critério do faturamento bruto da pessoa jurídica²⁷⁶.

Em relação à publicação extraordinária da decisão condenatória – intitulada sanção vexatória, o legislador estabeleceu que esta se dará na forma de extrato de sentença, às expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

Ademais, a lei anticorrupção previu, em seu artigo 22, a necessidade de inscrição da pessoa jurídica punida em processo de responsabilização administrativa no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), a fim de agrupar e tornar públicas as sanções aplicadas pelo Poder Público²⁷⁷.

A imposição da sanção administrativa à pessoa jurídica deve ser feita pela autoridade competente - no âmbito da União, a Controladoria-Geral da União – CGU, observados o princípio da razoabilidade e os critérios estabelecidos no artigo 7º da lei nº. 12.846/2013.

Destaca-se que o artigo 30 não deixou dúvidas acerca da aplicação conjunta de penalidades trazidas em seu bojo e de sanções previstas nas leis nº. 8.429/1992, nº. 8.666/1993 e nº. 12.462/ 2011.

Por fim, registra-se que o decreto nº. 8.420/2015, que regulamentou a lei anticorrupção no âmbito do Executivo Federal, dispôs no artigo 12, que serão aplicadas, no

²⁷⁶ A metodologia para apuração do faturamento bruto anual e dos tributos a serem excluídos para fins de cálculo da multa foi regulamentada pela Instrução Normativa nº. 1, de 7 de abril de 2015, expedida pela Corregedoria-Geral da União.

²⁷⁷ O CNEP foi regulamentado por meio da Instrução Normativa nº. 2, de 7 de abril de 2015, expedida pela Corregedoria-Geral da União.

mesmo processo, as sanções da lei de licitações e contratos e da lei anticorrupção, quando as infrações daquela também forem tipificadas como atos lesivos nesta lei.

As leis apresentadas acima serviram apenas para exemplificar as diversas normas punitivas que ensejam os inúmeros processos administrativos sancionadores. De fato, a doutrina contemporânea aponta aproximadamente quarenta campos de atuação sancionatória da Administração Pública: i) direito administrativo sancionador de tutela da livre concorrência (*antitruste*); ii) direito administrativo sancionador de tutela da regulação (atividades em regime de serviços públicos, livre iniciativa, e monopólio); iii) direito administrativo sancionador de tutela da defesa comercial (*antidumping*); iv) direito administrativo sancionador de tutela dos consumidores; v) direito administrativo sancionador de tutela da atividade financeira (Banco Central, Comissão de Valores Mobiliários, Superintendência de Seguros privados e Secretaria de Previdência Complementar); vi) direito administrativo sancionador de tutela de profissões regulamentadas; vii) direito administrativo sancionador de tutela da advocacia; viii) direito administrativo sancionador urbanístico; ix) direito administrativo sancionador ambiental; x) direito administrativo sancionador minerário; xi) direito administrativo sancionador de tutela da atividade nuclear; xii) direito administrativo sancionador de tutela da saúde pública; xiii) direito administrativo sancionador de tutela da atividade financeira; xiv) direito administrativo sancionador de tutela do mercado de valores mobiliários; xv) direito administrativo sancionador de tutela da propriedade industrial (marcas e patentes); xvi) direito administrativo sancionador de tutela da reforma agrária; xvii) direito administrativo sancionador de tutela do patrimônio cultural; xviii) direito administrativo sancionador de tutela da segurança pública; xix) direito administrativo sancionador de trânsito; xx) direito administrativo sancionador da ordem pública e da tranquilidade pública; xxi) direito administrativo sancionador de tutela das relações de trabalho; xxii) direito administrativo sancionador de tutela da educação; xxiii) direito administrativo sancionador desportivo; xxiv) direito administrativo sancionador de tutela da metrologia, normalização e qualidade industrial; xxv) direito administrativo sancionador de tutela da biossegurança e da biotecnologia; xxvi) direito administrativo sancionador de tutela da biodiversidade; xxvii) direito administrativo sancionador de tutela do fomento econômico; xxviii) direito administrativo sancionador de tutela da migração; xxix) direito administrativo sancionador da tutela da criança e do adolescente; xxx) direito administrativo sancionador de tutela do idoso; xxxi) direito administrativo sancionador de tutela da Ética Pública; xxxii) direito

administrativo sancionador de tutela de licitações e contratos da Administração; xxxiii) direito administrativo sancionador de tutela de parcerias sem finalidades lucrativas; xxxiv) direito administrativo sancionador de tutela de bens públicos; xxxv) direito administrativo sancionador tributário; xxxvi) direito administrativo sancionador de tutela da responsabilidade fiscal, xxxvii) direito administrativo sancionador disciplinar (civil e militar)²⁷⁸.

Os diversos campos de normatização acima demonstram a extensa heterogeneidade do poder sancionatório da Administração Pública, que nos leva a questionar o porquê dessa vasta expansão.

2.2 O MOTIVO DA MULTIPLICIDADE DE SISTEMAS SANCIONATÓRIOS

Da exposição realizada acima, pôde-se verificar que são vários os sistemas que ensejam a atividade sancionadora de órgãos e entes da Administração Pública Direta e Indireta do Poder Executivo. Inúmeras leis, cada qual com seu objetivo, dispõem sobre a responsabilização administrativa em seu âmbito de aplicação, possibilitando a coexistência de diversos sancionamentos administrativos no mesmo ordenamento jurídico.

Diversos fatores contribuem para a existência da pluralidade de normas que atualmente permeia o ordenamento jurídico. O estado histórico, o estado político, o estado econômico e o estado social de determinada época influem significativamente na composição do conjunto de normas jurídicas de uma sociedade²⁷⁹.

Exemplo disso é a própria formação do direito administrativo, que adveio da insatisfação dos indivíduos com o absolutismo, o poder de império, a força da coroa e a tirania do Estado e do propósito de conter os excessos das atividades estatais²⁸⁰, assegurando ao mesmo tempo a autoridade do Poder Público e a liberdade do cidadão²⁸¹.

O decorrer dos anos e as constantes necessidades e exigências sociais favorecem a multiplicidade de normas. À medida que os anos se passam, os valores e princípios de

²⁷⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidade. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020, p. 111-112.

²⁷⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 75.

²⁸⁰ CAFAGI, Dante Pires. *Primeiras linhas de direito administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 31.

²⁸¹ DINIZ, Alécio Saraiva. [et. al]. *Temas atuais de direito administrativo*. Fortaleza: ABC, 2000, p. 263.

determinada sociedade são alterados e reivindicam o desenvolvimento e o aperfeiçoamento de normas para acompanhar as modificações da coletividade.

Isso ocorre em todas as áreas do Direito, sobretudo na esfera sancionatória. A intolerância de danos a certos bem jurídicos relevantes impulsiona a sociedade a alto grau de descontentamento, resultando na evolução normativa do direito sancionador²⁸².

Vige, na atualidade, a ideia de que o sistema punitivo deve ser cada vez mais rígido. Para tanto, inúmeras normas sancionadoras são promulgadas para propiciar o senso de segurança à população e garantir a punição daqueles que violam as normas jurídicas estabelecidas pelo Poder Legislativo.

Deste modo, a multiplicidade de sistemas sancionatórios evidencia o caráter dinâmico do direito. “O conjunto de normas de aplicação das sanções punitivas e/ou reparatórias em face do descumprimento de deveres jurídicos funcionais de cada espécie”²⁸³, torna atual o sistema de responsabilidade na presente Era histórica, o que não o impede de enfrentar diversos desafios.

2.3 A IMPRESCINDIBILIDADE DE DIÁLOGO PROCESSUAL NOS CASOS DE MULTIPLICIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

Corolário das reformulações de interesses públicos que gizam ou moldam alterações no domínio jurídico-material da vida social a reclamar a presença da Administração Pública, o direito administrativo sancionador está em permanente processo e mutação²⁸⁴.

Como visto no item 2.1, o direito administrativo sancionador é composto por diferenciados sistemas de responsabilização administrativa.

Sistema de responsabilidade compreende o conjunto de normas jurídicas que, dotado de coerência lógica, estabelece os traços gerais de um sistema impositivo de certas consequências jurídicas em desfavor do sujeito infrator e/ou responsável, considerando a

²⁸² CICHOCKI, Patrícia Toledo de Campos. *Infração disciplinar e improbidade administrativa: limites e pontos de interação*. Saarbrücken: Novas edições Acadêmicas, 2018, p. 77.

²⁸³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 414.

²⁸⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidade. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020, p. 103.

prévia tipificação do ato ilícito e das sanções atribuíveis, o processo estatal de produção e os bens jurídicos ou interesses públicos constitucionalmente tutelados com sua institucionalização normativa²⁸⁵.

Logo, por se tratar de um sistema, o conjunto de suas normas deve ser provido de unidade e coerência.

A integração harmônica de todas as normas que compõem o sistema jurídico é imprescindível ao bom funcionamento desse sistema. Todavia, ao editar as normas que compõem o direito processual administrativo, é impossível que o legislador preveja as infundáveis situações fáticas que possam se apresentar na vida real, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência a elaboração de mecanismos para solucionar eventuais lacunas que venham a surgir.

Muitas vezes atos ilícitos previstos numa lei são semelhantes aos previstos em outra pelo fato de determinados bens jurídicos, especialmente sensíveis, serem objeto de tutela por múltiplos sistemas de responsabilidade. Nesses casos, vários processos administrativos sancionadores tramitarão simultaneamente.

Exemplo disso é a situação contida no agravo interno impetrado no recurso especial nº. 1.654.771-RJ que, dentre outras alegações, a PETROBRAS sustentava a existência de violação do princípio do *non bis in idem* por terem sido lavrados dois autos de infração, um pelo IBAMA e outro pela ANP, em decorrência de operar irregularmente instalações e equipamentos, inobservando as normas operacionais de proteção ambiental e de segurança na transferência de combustível. O Tribunal, entendendo que as autuações decorriam da existência de dois atos ilícitos de naturezas diversas ((i) a operação irregular (ANP) e (ii) o ato de poluir (IBAMA)), sendo cada qual punível por órgãos públicos distintos, limitou-se a determinar a existência de dano que é duplamente tutelado pelo Estado e averiguar se a sanção estabelecida nos diversos processos administrativos era razoável e proporcional²⁸⁶.

Em outro caso, por descarga de óleo lubrificante no mar no Porto de Aratú, Salvador/BA, a Agência Marítima Granel Ltda teve sua conduta apurada por dois autos de infração, um lavrado pelo IBAMA e outro pela Capitania dos Portos, sendo que neste foi-

²⁸⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidade. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020, p. 105.

²⁸⁶ STJ, AgInt no REsp 1654771 / RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, 2ª Turma, j. 15.05.2018, DJ 21.05.2018.

lhe imposta multa de R\$1.350.000,00. Alegou a existência de *bis in idem* e apelou ao Tribunal contra a sentença que julgou improcedente pedido para anular o auto de infração e determinar o arquivamento do procedimento administrativo. O TRF sustentou que o auto de infração lavrado pelo IBAMA teve por fundamento a lei nº. 9.605/98, ao passo que o lavrado pela Capitania dos Portos teve por base a lei nº. 9.966/00 e, por isso, comportava dupla reprovação legal²⁸⁷.

Os exemplos acima e os inúmeros outros encontrados na jurisprudência demonstram que, assiduamente, chegam ao Poder Judiciário diversas demandas abordando o tema da múltipla responsabilização administrativa.

De igual forma, pode ocorrer de um mesmo agente cometer várias infrações violadoras da mesma norma jurídica, acarretando na existência de múltiplos processos administrativos. É o caso i) de uma empresa de transporte de passageiros regulada pela ANTT cometer uma mesma infração em face de diversos indivíduos, ii) de uma empresa aérea regulada pela ANAC cometer ato ilícito em desfavor de vários usuários do serviço ou, ainda, iii) de uma empresa violar as diretrizes do CDC e ser autuada pelo PROCON de diversas regionalidades. Em todas essas situações, constata-se vários casos idênticos de violação da mesma norma jurídica.

Um comportamento pode ser infrativo à luz de várias normas administrativas ao mesmo tempo em que pode também constituir infração penal e/ou infração civil.

A doutrina administrativista sempre tratou a comunicabilidade entre as esferas no âmbito interdisciplinar (a comunicabilidade da decisão penal no processo administrativo; a civil no processo administrativo). Entretanto, há baixíssima quantidade de estudos a respeito da comunicabilidade das esferas administrativas, dos processos administrativos sancionadores entre eles. Eis a contribuição científica originária do presente trabalho.

Quando a prática de infrações administrativas propicia a abertura de dois ou mais processos administrativos sancionadores simultâneos e correlacionados tramitando separadamente pode ocorrer de restar comprometida a eficiência processual e serem proferidas decisões conflitantes ou contraditórias. Por esse motivo, é preciso investigar se realmente existe uma omissão legislativa sobre o tema da comunicabilidade administrativa

²⁸⁷ TRF-1ª, Apel. nº. 2008.33.00.014898-2/BA, Rel. Evaldo de Oliveira Fernandes Filho, 5ª Turma, j. 13.04.2016.

de processos conexos ou se o ordenamento jurídico prevê, de alguma forma, mecanismos para tanto.

É preciso avaliar a possibilidade jurídica de articulação das decisões proferidas nos diversos sistemas administrativos sancionatórios quando um indivíduo comete um comportamento infrativo que enseja a abertura de vários processos administrativos sancionadores conexos, bem como obter resposta para o seguinte questionamento: qual o impacto de uma decisão absolutória ou condenatória em um processo administrativo sancionador sobre outros processos conexos que estão em curso ou, ainda, para aqueles que surgirão?

A busca pela comunicação processual de casos envolvendo múltipla responsabilidade administrativa deve estar pautada em proporcionar harmonia e coerência aos sistemas de responsabilização administrativa, sobretudo para não afetar a principiologia aplicada ao direito administrativo.

2.4 O IMPACTO DA MULTIPLICIDADE DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES NOS PRINCÍPIOS

O poder sancionador da Administração Pública pode gerar múltiplos processos administrativos pelo fato de um comportamento poder ser infrativo à luz de várias normas administrativas.

Como muitas das normas administrativas existentes são de aplicação simultânea, a multiplicação de sistemas sancionatórios pode comprometer a coerência do sistema jurídico caso não seja percorrida, analisada e teorizada sob o prisma adequado.

A existência da multiplicidade de processos administrativos sancionadores conexos, tramitando isoladamente, sem que haja qualquer comunicação entre eles nem entre as diversas decisões proferidas, põe em xeque o bom funcionamento do ordenamento jurídico, principalmente porque impacta em alguns princípios fundamentais.

Por constituir exteriorização do agir administrativo, o processo administrativo sancionador está pautado em diversos princípios. Concebendo-os como fonte de direito administrativo, dois conceitos podem ser apresentados: i) princípios são proposições diretivas que *“informan algunas normas y inspiram directa o indirectamente una serie de*

*soluciones por lo que pueden servir para promover y encapuzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos*²⁸⁸; ii) princípio é “a disposição expressa ou implícita, de natureza categorial em um sistema, pelo quê conforma o sentido das normas implantadas em uma ordenação jurídica positiva”²⁸⁹.

Longe de desconsiderar a proposição de Robert Alexy sobre o conceito de princípios, é suficiente, para os fins que se destinam este trabalho, determinar que os princípios, além de se enquadrarem no conceito de normas, pois são dotados de positividade que impõem comportamentos obrigatórios e afastam comportamentos contrários aos por eles estabelecidos, são sentenças interpretativas que orientam a acertada interpretação das normas isoladas diante do caso concreto²⁹⁰.

Diversas são as classificações apresentadas pela doutrina referente aos princípios aplicáveis ao direito administrativo sancionador.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello²⁹¹, para serem corretamente instituídas e imputadas ao infrator, as infrações administrativas devem observar os seguintes princípios básicos: (i) princípio da legalidade; (ii) princípio da anterioridade; (iii) princípio da tipicidade, e (iv) princípio da exigência de voluntariedade. Já às sanções e sua aplicação acrescentam-se os princípios: da (v) proporcionalidade; do (vi) devido processo legal; e (vii) da motivação.

Daniel Ferreira²⁹² apresenta como princípios do regime jurídico-administrativo sancionador: (i) princípio da legalidade; (ii) princípio do devido processo legal; (iii) princípio da impossibilidade da *reformatio in pejus*; (iv) princípio do *non bis in idem*; (v) princípio da proibição da sanção permanente; (vi) princípio da irretroatividade da lei instituidora de infrações; e (vii) princípio da lealdade e boa-fé da Administração Pública.

²⁸⁸ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Los principios del Derecho del Trabajo*. Montevideo: FCU, 1975, p. 17.

²⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Criação de secretarias municipais, *RDP* 15/284. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1971.

²⁹⁰ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 79.

²⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 866.

²⁹² FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.

Rafael Munhoz de Mello²⁹³ sustenta que formam a base de qualquer regime jurídico punitivo o princípio constitucional do Estado de Direito e seus subprincípios: (i) princípio da legalidade; (ii) princípio da segurança jurídica, do qual decorrem os princípios da tipicidade e irretroatividade; (iii) princípio da proibição do excesso, do qual decorrem os princípios da culpabilidade e *non bis in idem*; e (iv) princípio da proteção jurídica e das garantias processuais, do qual decorrem os princípios da ampla defesa e contraditório, igualdade, publicidade, motivação, autoridade administrativa natural, revisibilidade das decisões administrativas e presunção de inocência, entre outros.

Ivana David²⁹⁴ destaca como princípios constitucionais aplicáveis ao direito administrativo sancionador: (i) devido processo legal; (ii) princípio da legalidade; (iii) princípio da tipicidade; e (iv) princípio da segurança jurídica.

Fábio Medina Osório²⁹⁵, enfatizando o “princípio do devido processo legal”, aponta os seguintes princípios: (i) postulado da proporcionalidade; (ii) princípio da legalidade; (iii) princípio da tipicidade; (iv) princípio da irretroatividade da norma sancionadora mais gravosa; (v) princípio da retroatividade da norma mais favorável; (vi) princípio do *non bis in idem*; (vii) princípio da capacidade infratora; (viii) princípio da culpabilidade; (ix) princípio da pessoalidade da sanção; (x) princípio da individualização da sanção; (xi) princípio da presunção de inocência; (xii) princípio da motivação das decisões sancionadoras; e (xiii) princípio da prescrição.

Maysa Abrahão Tavares Verzola²⁹⁶ divide os princípios entre os de ordem material e os de ordem processual para a cominação das sanções. Os princípios de ordem material são: (i) princípio da legalidade; (ii) princípio da supremacia do interesse público; (iii) princípio da moralidade; (iv) princípio da publicidade; (v) princípio da eficiência; e (vi) princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Já os princípios de ordem processual: (i) princípio da tipicidade; (ii) princípios da ampla defesa e contraditório; (iii) princípio da culpabilidade; (iv) princípio da retroatividade da lei mais benéfica; (v) princípio do *non bis*

²⁹³ MELLO, Rafael Munhoz. *Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 257-258.

²⁹⁴ DAVID, Ivana. As garantias constitucionais no Direito Administrativo Sancionador. In: BLAZECK, Luiz Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coords.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 119-130.

²⁹⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 267-280.

²⁹⁶ VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. *Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

in idem; (vi) princípio do *non reformatio in pejus*; (vii) princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reu*; e (viii) princípio da motivação.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Flávio Amaral Garcia²⁹⁷ elencam como princípios informadores do Direito Administrativo Sancionador: (i) “devido processo legal, na sua vertente adjetiva (ampla defesa/contraditório) e na sua vertente substantiva (proporcionalidade/ razoabilidade)”; (ii) segurança jurídica; (iii) legalidade; e (iv) tipicidade.

Dentre os princípios aplicáveis às sanções administrativas, Heraldo Garcia Vitta²⁹⁸ destaca os “mais utilizados na prática”: (i) princípio da legalidade; (ii) princípio da tipicidade; (iii) princípio do devido processo legal e da ampla defesa; (iv) princípio do controle jurisdicional dos atos administrativos; (v) princípio da presunção da inocência; (vi) princípio da irretroatividade; (vii) princípio do *non bis in idem*; e (viii) princípio da pessoalidade.

Edilson Pereira Nobre Júnior²⁹⁹ aponta alguns princípios “emergentes do Direito Penal, capazes de nortear o desempenho das atribuições punitivas da Administração”: (i) legalidade; (ii) tipicidade; (iii) culpabilidade; (iv) proporcionalidade; (v) retroatividade da norma favorável; (vi) *non bis in idem*; e (vii) *non reformatio in pejus*.

Por fim, Vladimir da Rocha França³⁰⁰ recomenda a observância dos seguintes “princípios do regime jurídico das infrações e sanções administrativas”: (i) princípio da legalidade; (ii) princípio da anterioridade; (iii) princípio da tipicidade; (iv) princípio da exigência de voluntariedade; (v) princípio da proporcionalidade; (vi) princípio da razoabilidade; e (vii) devido processo legal.

²⁹⁷ GARCIA, Flávio Amaral. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A principiologia no direito administrativo sancionador. *Revista Brasileira de Direito Público: RBDP*, Belo Horizonte, v. 11, n. 43, p. 9-28, out./dez. 2013. Disponível em: <<http://juruea.adv.br/wordpress/wp-content/uploads/2017/12/ARTIGO-A-PRINCIPIOLOGIA-NO-DIREITO-ADMINISTRATIVO-SANCIONADOR-DFMN-E-FAG.pdf>>. Acesso em: 11.02.2021.

²⁹⁸ VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 70.

²⁹⁹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de Direito Penal. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 219, p. 127-151, jan./mar. 2000.

³⁰⁰ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Processo administrativo sancionador na Lei federal n. 9.784/1999. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (Orgs). *Processo administrativo: temas polêmicos da Lei n. 9.784/99*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 263-278.

A enumeração dos princípios e a ordem empregada acima não possuem cunho exauriente, sendo certa a existência e aplicabilidade de outros princípios ao processo administrativo sancionador, a depender das condições do caso concreto.

Ao nortear o exercício da atividade administrativa, a Constituição Federal de 1988, no artigo 37, *caput*, estabeleceu expressamente que a atuação do poder público deve ser compromissada com a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Nesse sentido, pode afirmar que “a abertura constitucional trouxe à vida dogmática brasileira um denso e abrangente movimento de constitucionalização do regime jurídico administrativo, com a conjugação de parâmetros normativos que asseguram a edificação de um autêntico bloco normativo de Direito Administrativo constitucional”³⁰¹.

A real observância destes princípios, dos princípios jurídicos aplicáveis ao direito administrativo sancionador enunciados acima e de outros princípios que serão analisados por sua relevância à temática garantem o desenvolvimento regular do processo administrativo e a justiça das decisões.

Ocorre que a multiplicidade de processos administrativos conexos – como vem sendo operacionalizada atualmente – compromete a eficiência e a harmonia do sistema jurídico em razão de violar princípios importantíssimos aplicáveis ao direito administrativo sancionador.

O rol de princípios a seguir apresentados tem a pretensão de evidenciar as garantias violadas pela ausência de regulamentação específica sobre a comunicabilidade dos múltiplos processos administrativos sancionatórios conexos.

2.4.1 Princípio da eficiência e economia processual

O princípio da eficiência consagrado pela Constituição Federal por intermédio da Emenda nº. 19/1998 (Emenda da Reforma Administrativa) entre os princípios da Administração Pública previstos no artigo 37, *caput*, já era consolidado no direito estrangeiro espanhol, desde 1976, assim como na Lei de Procedimento Administrativo da Argentina, do Peru e do Uruguai, sob a designação de princípio da eficácia.

³⁰¹ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Por um novo Direito Administrativo: a travessia da legalidade para a juridicidade administrativa. *Revista da ESDM*, v. 01, p. 36, 2016.

No Brasil, embora o princípio da eficiência tenha sido consolidado em 1998, era possível encontrar vestígios de seu conteúdo na Reforma Administrativa Federal do decreto-lei 200/1967. Demonstravam a presença do princípio da eficiência em toda a Administração Pública os excertos dos artigos 13 e 25, V, submetendo a atividade do Poder Executivo ao controle de resultado, do artigo 25, VIII, reforçando o sistema de mérito, do artigo 26, III, assegurando a eficiência administrativa à Administração Indireta, e do artigo 100, prevendo a instauração de processo administrativo contra servidor comprovadamente ineficiente no exercício de suas funções.

A Emenda Constitucional nº. 19 de 04 de junho de 1998 visava inserir diversas ideias e mecanismos gerenciais, atenuando o antigo modelo burocrático. O Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado editou em 1997 arquivos para explicar a reforma do aparelho estatal e as mudanças constitucionais. No tocante à eficiência, esclareceu o Ministério que a finalidade da reforma era permitir que a Administração Pública se tornasse mais eficiente, simplificando procedimentos, fazendo mais e melhor com os recursos disponíveis, a fim de propiciar serviços mais qualificados ao administrado. O Governo almejava coibir o desperdício e racionalizar o gasto público, conferindo mais eficiência e qualidade nas tarefas realizadas³⁰².

Embora o princípio da eficiência já estivesse implícito no ordenamento jurídico brasileiro, ao evidenciá-lo expressamente, o preceito ganha ainda mais força e destaque. Pelo princípio da eficiência, é preciso abrir mão do formalismo quando a formalidade burocrática obstaculizar a consecução do interesse público. Não é suficiente para o administrador demonstrar que atuou bem, nos termos da lei. Incumbe-lhe evidenciar que trilhou no sentido de alcançar os melhores resultados³⁰³.

Por essa razão, é importante distinguir eficácia de eficiência. A eficácia administrativa se refere à competência de realizar os fins previstos na lei. E a eficiência

³⁰² BRASIL, Ministério da Administração do Estado e as mudanças constitucionais. *In Cadernos Mare da Reforma do Estado. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado*, 1997, v. 6, p. 7. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/cadernosmare/caderno06.pdf>. Acesso em 03.07.2020.

³⁰³ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 122.

administrativa determina que esse cumprimento da lei seja atingido com o mínimo de ônus sociais, almejando o autêntico interesse público em favor do administrado³⁰⁴.

No tocante ao processo administrativo, a eficiência se apresenta na ausência de protelações e com o pronunciamento coerente da decisão que negue ou afirme direito. Deve o processo administrativo ser conduzido com celeridade e sem retardamentos desnecessários, como descumprimento de prazos, supressão de providências ou engavetamento e extravio de processos, pois o processo administrativo não deve ser conduzido de acordo com a discricionariedade da Administração, dependendo exclusivamente de seu bel-prazer.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda sua função sociopolítico-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais”³⁰⁵. E o motivo pelo qual o princípio da eficiência foi introduzido na Constituição junto aos demais princípios da Administração Pública é a necessidade de conferir agilidade na tomada de decisões administrativas. É preciso fazer o possível para conceder ou negar o direito do administrado priorizando a economicidade e a razoabilidade, em proveito da eficiência.

Logo, quatro valores estão diretamente envolvidos com o princípio constitucional da eficiência: celeridade, efetividade, economicidade (ou economia processual) e segurança jurídica³⁰⁶.

A celeridade, como dimensão da eficiência, reputa tolerável somente a morosidade necessária e inevitável, tornando-se inaceitável demoras indevidas. No âmbito processual, respeitadas as garantias previstas no ordenamento jurídico, o processo deve progredir-se e finalizar-se com a maior brevidade possível.

A efetividade processual denota a real utilidade do instrumento para alcançar seu objetivo específico. E, como a principal finalidade do processo é a resolução de um

³⁰⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. Processo administrativo e princípio da eficiência. In SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ Guillermo Andrés (coords). *As Leis de Processo Administrativo. Lei Federal 9.784/1999 e Lei Paulista 10.177/1998*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 330-331.

³⁰⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 319-320.

³⁰⁶ GONÇALVES FILHO, João Gilberto. *O princípio constitucional da eficiência no processo civil*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Profº. José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo, 2010, p. 37-38.

problema concreto, o processo atenderá ao princípio da eficiência quando efetivo no atendimento de sua dimensão de utilidade.

A economia processual, intrínseca a todo o serviço público, notadamente ao processo em particular, busca aumentar, sempre que possível, a relação custo-benefício, fazendo mais com menos, reduzindo custos, diminuindo etapas, atenuando esforços.

A segurança jurídica, instrumento destinado a diminuir as incertezas, a imprevisibilidade e os riscos das atividades humanas, dada sua importância a esta pesquisa, será abordada em tópico próprio.

Em suma, rapidez, presteza, utilidade, economicidade e acerto de situações são conceitos ligados ao princípio da eficiência para nortear a condução dos processos.

A execução da atividade administrativa de forma ineficiente é punida, após a devida investigação, com a aplicação de sanções disciplinares previstas em Estatuto. A Constituição também estabeleceu alguns mecanismos para reprimir a ineficácia do agente público: o artigo 41, §1º, III, prevendo a possibilidade de perda do cargo por procedimento de avaliação periódica de desempenho; o artigo 37, §3º, dispondo sobre a criação de lei que discipline as formas de participação do usuário na Administração ajustando i) as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica da qualidade dos serviços, assim como ii) o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo e iii) a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública; e o artigo 247, estabelecendo a previsão legal de critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado.

Dessa forma, a gestão dos processos administrativos deve ser conduzida por um aparelhamento estatal dotado de eficiência, de modo que todo ato administrativo seja emanado da forma mais satisfatoriamente eficiente na realização do interesse público. Inobservado este princípio, o agente público padecerá a imposição de regras estatutárias e constitucionais capazes de ensejar sua responsabilização.

Inserido dentre os princípios do direito administrativo sancionador conforme lições de Maysa Abrahão Tavares Verzola, o princípio da eficiência não é devidamente honrado diante da tramitação de múltiplos processos administrativos sancionadores conexos.

Quando se tem vários processos administrativos punitivos referentes ao mesmo comportamento infrativo tramitando separadamente em mais de uma entidade sancionadora, há clara ofensa às vertentes do princípio da eficiência (celeridade, efetividade, economicidade, segurança jurídica).

Embora o indivíduo possa cometer várias infrações idênticas violadoras da mesma norma jurídica ou, ainda, praticar uma conduta que lesione diferentes bens jurídicos tutelados por mais de uma norma, em todas essas situações haverá identidade quanto ao infrator e o ato ilícito praticado.

Cada processo administrativo que se inicia desponta uma sequência de custos para mover toda a máquina pública, além de demasiado tempo de tramitação. Seja com estrutura, agente público, formação de comissões gratificadas, prova pericial e muitos outros gastos, fato é que o exercício do direito de punir demanda tempo e custa caro para o Estado.

Não prezar, por exemplo, pela reunião de processos sancionatórios conexos e pelo aproveitamento de atos processuais é ir na contramão do princípio da eficiência exigido à Administração Pública pela Constituição Federal, promovendo retardamentos desnecessários, ferindo a celeridade na tomada de decisões administrativas e consentindo que o infrator fique à mercê de infinitas e descompassadas decisões.

É um claro atentado ao princípio da eficiência o trâmite apartado de processos administrativos com o intuito de punir um mesmo comportamento, muitas vezes reproduzindo a mesma instrução probatória de outros processos já em curso.

A diretriz pede que, em proveito da eficiência, se faça o possível para conceder ou negar o direito do administrado priorizando a economicidade, de forma que o cumprimento da lei seja atingido com o mínimo de ônus. Logo, não há razões para que processos administrativos sancionadores que tenham o mesmo infrator e a mesma conduta investigada sejam instaurados, instruídos e decididos sem que haja qualquer ligação entre

eles, propiciando burocracias e delongas desnecessárias cabíveis a diversas entidades sancionadoras.

A celeridade e a economicidade dos provimentos administrativos, bem como a otimização dos atos instrutórios devem, portanto, ser observadas. Porém, sabe-se que na busca por eficiência, melhor desempenho e melhores resultados não é permitida alteração ou dispensa de dispositivos previstos em lei. Eis aí o grande desafio que se manifesta: promover a eficiência na multiplicidade de processos administrativos sancionadores conexos sem comprometer o princípio da legalidade.

2.4.2 Princípio da segurança jurídica

Todo ser humano almeja por segurança: segurança financeira, segurança no trabalho ou na escola, segurança pública, segurança pessoal, enfim, é da essência humana buscar um mínimo de amparo e estabilidade. Na esfera jurídica, a segurança também é pleiteada como pressuposto para a obtenção de justiça, pois é por meio dela que o indivíduo estará livre de imprecisões, riscos ou prejuízos.

O princípio da segurança jurídica é um dos mais importantes princípios gerais do Direito. Resulta do Estado Democrático de Direito consagrado pela Constituição Federal em seu preâmbulo ao estabelecer que o Estado criado tem a finalidade de “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna”.

A segurança jurídica tem por escopo reduzir, ao máximo possível, as incertezas, a imprevisibilidade e os riscos das atividades humanas. No âmbito processual, a segurança jurídica deve ser promovida por duas vertentes. Pelos operadores do processo, de modo que haja previsibilidade com relação ao comportamento dos envolvidos e sua consequência. E pelo próprio processo que deve propiciar a estabilidade da decisão proferida. Reflexo marcante disso é que as partes não podem ser prejudicadas pelas indefinições do Poder Estatal³⁰⁷.

³⁰⁷ GONÇALVES FILHO, João Gilberto. *O princípio constitucional da eficiência no processo civil*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Prof. José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo, 2010, p. 56.

Diversos institutos demonstram a imprescindibilidade da segurança jurídica, da estabilidade no Direito, como prescrição, decadência, preclusão na esfera processual, usucapião, direito adquirido, irretroatividade da lei, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

A Administração Pública deve obediência, dentre outros princípios, ao princípio da segurança jurídica. Exemplo disso é o dever de observar em seus processos administrativos a interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada a aplicação retroativa de nova interpretação (art. 2º, caput, c/c parágrafo único, XIII), e a convalidação das decisões proferidas com defeitos sanáveis, nas quais se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros (art. 55).

A garantia da segurança jurídica estabelecida para impedir a aplicação retroativa de nova interpretação de lei no âmbito da Administração Pública refuta mudanças de determinações normativas que prejudiquem situações atestadas e consolidadas na vigência de orientação precedente, não impedindo eventual invalidação dos atos administrativos.

As diretrizes e as deliberações tomadas pela Administração Pública não podem ser modificadas arbitrariamente pelo administrador. Não significa que as decisões serão imutáveis, visto que, da mesma forma como a vida humana e as relações sociais são dinâmicas, o exercício da atividade administrativa impõe continuadas reestruturações de adequação à realidade.

Pelo fato de uma conduta constante da Administração pressupor que as próximas ocorrências ganharão o mesmo tratamento e de a aceitação de uma conduta reiterada do administrado pela Administração pressupor que a conduta é lícita, no caso de mudança de posicionamento jurídico por parte da Administração, este apenas terá validade para o futuro, sendo essencial que a nova diretriz seja previamente noticiada³⁰⁸.

O princípio da segurança jurídica também é aplicável ao direito administrativo sancionador. Porém, com relação aos processos administrativos sancionadores, há um grande e grave problema no Brasil acarretando a ofensa desta importante diretriz.

³⁰⁸ HARGER, Marcelo. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 132.

Com a criação das agências reguladoras, ampliação dos órgãos de controle interno e externo, robustecimento do combate à corrupção, prevenção de riscos oriundos da evolução tecnológica e da complexidade das relações econômico-sociais, o crescimento exponencial da atividade sancionadora da Administração Pública nas últimas décadas gerou a abundância de processos administrativos sancionatórios.

Como são diversas as áreas do direito administrativo sancionador (regulação, improbidade administrativa, anticorrupção, Tribunais de Contas, disciplinar, econômico e concorrencial, sistema financeiro, mercados de capitais, ambiental, Proteção de Dados Pessoais - LGPD, entre outras), muitas vezes o indivíduo comete um comportamento ilícito e de repente se vê respondendo a diversos processos administrativos.

Imagine, por exemplo, o cenário em que restou caracterizada a prática de cartel licitatório praticado por um funcionário da Universidade de São Paulo. O infrator responderá administrativamente, dentro da mesma entidade, pela via disciplinar, além de sofrer a imposição das sanções previstas na lei de licitações. Haverá mais de um processo tratando do mesmo assunto, na mesma entidade pública e, se não houver o mínimo de comunicação entre eles, poderá gerar uma grave situação de insegurança jurídica ao infrator.

Também pode ocorrer de um mesmo comportamento ensejar vários processos administrativos em mais de um órgão ou entidade. É o caso, por exemplo, de uma empresa responder administrativamente, em razão de uma propaganda enganosa, em mais de um PROCON da Federação. Na hipótese de o PROCON do Estado de São Paulo realizar um Termo de Compromisso e Ajustamento de Conduta – TAC com a empresa, assim como o PROCON de Santa Catarina e do Paraná, mas o PROCON de Minas Gerais não aceitar o TAC e resolver punir, como fica a situação da empresa perante os diferentes entendimentos proferidos por órgãos públicos distintos?

Considere ainda o contexto de um mesmo comportamento acarretar mais de um processo administrativo em mais de uma esfera federativa. Como exemplo, um servidor público lotado em uma creche municipal desvia verba destinada à merenda pelo Governo Federal. O responsável será investigado perante o Tribunal de Contas da União e perante o

Município. Serão dois processos administrativos tramitando em mais de um âmbito da federação, cujas decisões poderão ser destoantes³⁰⁹.

Isso tudo desconsiderando decisões proferidas em âmbito judicial, como o ingresso de eventual ação por improbidade administrativa ou, ainda, as apurações realizadas pelo Ministério Público.

Muitas vezes, ao tramitarem separadamente sem qualquer tipo de comunicação, processos sancionatórios apurando comportamento conexo suscetível de várias responsabilizações administrativas, têm decisões proferidas totalmente distintas e contraditórias, conferindo uma situação de incerteza ao responsabilizado e colocando em risco a harmonia de todo o sistema jurídico.

Ao responder administrativamente a diversos processos sancionatórios pelo mesmo comportamento, o infrator fica numa total condição de instabilidade, sujeito a diversos entendimentos de diferentes órgãos.

De acordo com o doutrinador Carlos Roberto Siqueira Castro, “a segurança das relações jurídicas reclama um mínimo de coerência e firmeza nas decisões administrativas, que não podem transformar-se em marola de mandos e desmandos desinfluentes para o atingimento das superiores finalidades do serviço público”³¹⁰.

O principal objetivo do princípio da segurança jurídica, portanto, é garantir a obtenção da justiça salvaguardando o administrado de imprecisões e incertezas. Para isso, é necessário buscar e propor soluções jurídicas sistematizando situações como as demonstradas acima a fim de assegurar essa segurança para o administrado, uma vez que só existe Direito onde existe segurança jurídica (confiabilidade, clareza e racionalidade na emanção de atos do poder público).

Da maneira como atualmente é praticada, a deflagração de várias responsabilidades, em razão de um único comportamento, ensejando a imposição de

³⁰⁹ Nesses casos pode haver uma situação ainda mais perversa. Ao aplicar verba municipal e federal, o indivíduo pode estar sujeito a seguir orientações jurisprudenciais-administrativas dos tribunais até mesmo divergentes. Assim, a própria conduta ao se pautar no que seria “lícito”, além de estar condicionada ao que os controladores entendem como “lícito” (num cenário de incerteza do Direito que vivemos) e não pautado na lei (que é o instrumento de segurança jurídica por excelência), pode estar sujeita a comandos controladores diversos.

³¹⁰ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 336-337.

sanções por uma ou várias entidades públicas da mesma ou de diferentes esferas federativas, afeta não apenas o princípio da eficiência, mas também o princípio da segurança jurídica.

Não por outro motivo, institutos como conexão e reunião de processos para julgamento conjunto, ainda que sem vinculação entre eles³¹¹, estão sendo cada vez mais fomentados pelo Legislador e pela comunidade jurídica. O objetivo é justamente o de promover a eficiência processual e evitar a prolação de decisões conflitantes, contraditórias.

2.4.3 Princípio da boa-fé

Embora o conceito de *bona fides* remonte ao Direito Romano e ao Direito Canônico como alicerce das relações de Direito Privado, a boa-fé também tem sido empregada como princípio da Administração Pública. Por evidenciar um dos meios mais importantes para obter o conteúdo ético-social da ordem jurídica, tem sido amplamente reconhecida a possibilidade de aplicação da boa-fé no Direito Público, sobretudo em contratos e processos administrativos.

Jesus González Pérez analisa a boa-fé sob três perspectivas: i) do cidadão perante o Estado, cuja conduta regular é avaliada pelo comportamento do homem médio, do homem ideal; ii) do agente público em nome do Poder Público, visto ser pessoa de carne e osso, com vícios e virtudes dos demais indivíduos, devendo a investigação do exercício da atividade administrativa ser ainda mais cuidadosa; e iii) do interesse público em confronto com o princípio da legalidade, pois a análise da regularidade da situação não deve se limitar à constatação da conformidade do ato com a lei, sendo necessário o exame da presença ou ausência de boa-fé³¹².

A lei federal de processo administrativo estabeleceu no artigo 2º, IV, a necessidade de atuação, por parte do administrador, segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé e instituiu como dever do administrado perante a Administração a atuação com lealdade, urbanidade e boa-fé (art. 4º, II).

³¹¹ CPC, Art. 55, §3º “Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles”.

³¹² PÉREZ, Jesus González. *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1983, p. 28-33.

Por tratar do assunto há tempos e com copiosa complexidade, o conceito de boa-fé pode ser extraído das lições do direito civil, malgrado constitua conceito geral do direito. Duas são suas acepções: i) boa-fé subjetiva, que retrata a confiança de alguém em um determinado comportamento de outrem; e ii) boa-fé objetiva, que indica uma cláusula geral contendo condutas consideradas moralmente adequadas para as relações intersubjetivas. Aplicando o conceito ao direito administrativo, concebe-se a boa-fé subjetiva como a crença do cidadão-administrado na atuação da Administração Pública e a boa-fé objetiva como padrões morais de atuação atribuídos à autoridade pública pelo ordenamento jurídico. Logo, boa-fé subjetiva refere-se ao cidadão diante do Estado e boa-fé objetiva à Administração Pública³¹³.

Por vezes, o princípio da boa-fé é apresentado de forma vinculada ao princípio da segurança jurídica. Todavia, apesar de ambos os conceitos pertencerem à mesma “constelação de valores”, não devem ser reputados sinônimos³¹⁴. De fato, a segurança jurídica possui uma diversidade de acepções que se relacionam fundamentalmente com as noções de boa-fé subjetiva e objetiva (segurança *do* direito – precisão normativa, certeza do direito; segurança *no* direito – proteção de direitos adquiridos, coisa julgada, ato jurídico perfeito e jurisprudência; e segurança *pelo* direito – efetiva proteção contra qualquer ameaça ou agressão contra direitos previstos no ordenamento jurídico³¹⁵), porém poucas vezes há sobreposição dos dois conceitos.

Na contemporaneidade, a caracterização da boa-fé subjetiva é fundamental. É imprescindível que o administrado confie na atuação legítima, moral, isonômica e legal da Administração Pública, sobretudo pelo fato de o Estado Democrático buscar a tutela da ordem, da paz e dos direitos fundamentais.

A proteção da confiança ou da crença do cidadão exige a obrigatoriedade de comportamentos coerentes e previsíveis do Estado, adentrando no campo da teoria dos

³¹³ MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 259, p. 207-247, jan./abr. 2012, p. 229 e 243.

³¹⁴ COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei 9.784/1999). *Revista Eletrônica de Direito do Estado — Rede*, n. 2, p. 2, 2005.

³¹⁵ MODESTO, Paulo. Legalidade e autovinculação da administração pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa. In: _____ (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 115-173, p. 128-129.

fatos próprios ou também denominada princípio da vedação do *venire contra factum proprium*. Segundo essa construção teórico-normativa, exige-se que seja mantido um padrão decisório em relação a um mesmo indivíduo referente a um mesmo assunto bem como em relação às decisões administrativas anteriores e esparsas. De um lado, a Administração deve respeitar uma decisão anterior definitiva - sem pendência de pedido de reconsideração, recurso ou revisão - em atendimento à segurança jurídica do administrado. De outro, o poder público deve estar vinculado às suas decisões administrativas anteriores e esparsas, tendo o administrado direito a ter seu interesse julgado de acordo com a jurisprudência administrativa anterior³¹⁶.

O princípio da vedação do *venire contra factum proprium* se apresenta administrativamente proveitoso, pois obsta a “disparidade de resposta dos órgãos da estrutura administrativa a demandas equivalentes”, minimiza “o risco de litígios acerca da aplicação da lei” e agiliza a “capacidade de resposta da máquina pública a demandas repetitivas”³¹⁷.

Na seara da multiplicidade de processos administrativos sancionadores conexos, as utilidades acima listadas somente trazem benefícios.

Demanda-se que a Administração Pública atue de modo congruente, harmônico e coeso, impedindo que decisões sejam proferidas de modo discrepante em desfavor de um cenário jurídico já estabilizado, mesmo porque os órgãos que proferem decisões administrativas sancionatórias são integrantes de uma única Administração Pública que compõe o Estado, por isso devem agir de maneira articulada, promovendo a confiabilidade do administrado nas entidades públicas, em observância ao princípio da boa-fé subjetiva.

O aproveitamento de atos e de decisão administrativa, por exemplo, potencializaria a capacidade de resposta da máquina pública na medida em que a utilização de considerações e reflexões realizadas em processos anteriores, em muitas situações, proporcionaria a diminuição considerável de respostas díspares proferidas por entes/órgãos julgadores competentes, atendendo o princípio da boa-fé subjetiva.

³¹⁶ MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 259, p. 207-247, jan./abr. 2012, p. 226-227.

³¹⁷ MODESTO, Paulo. *Op. cit.*, p. 136-137.

2.4.4 Princípio da moralidade administrativa e legitimação estatal

O princípio da moralidade administrativa foi preconizado no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal entre os princípios constitucionais da Administração Pública. O Texto Constitucional de 1988, ao falar em moralidade, mencionou o vocábulo como princípio (artigo 37, *caput*) e, ao mencionar lesão à moralidade administrativa (artigo 37, §4º), falou-se em improbidade³¹⁸.

Quanto ao sentido de probidade e de moralidade, verifica-se divergência no posicionamento doutrinário. Alguns distinguem as noções, considerando a probidade como subprincípio da moralidade³¹⁹. Outros sustentam que as expressões são equivalentes, eis que da Constituição se extrai a moralidade como princípio e a improbidade como lesão ao mesmo princípio. E outros, ainda, defendem que o princípio da probidade é conceitualmente mais amplo do que a moralidade, pois aquele não abrange apenas valores morais³²⁰.

Embora os dicionários apontem a semelhança de sentido das expressões (moralidade e probidade), não se faz necessário buscar diferenças semânticas. Ambas as expressões foram utilizadas com o mesmo propósito: a preservação do princípio da moralidade administrativa. A moralidade administrativa é um princípio e a improbidade é a lesão a este princípio. Logo, o agente público que cometer ato de improbidade administrativa estará violando o princípio da moralidade³²¹.

A moralidade ainda é empregada na Constituição de 1988 no artigo 5º, inciso LXXIII, que cuida da ação popular, elucidando seu cabimento na hipótese de lesão a este princípio, e no artigo 14, §9º, que contempla a possibilidade de lei complementar estabelecer novas hipóteses de inelegibilidade com intuito de proteger a moralidade e probidade. A legislação infraconstitucional também menciona expressamente o princípio da moralidade no artigo 116, da lei nº. 8.112/1990, no artigo 4º, da lei nº. 8.429/1992 e no artigo 2º, da lei nº. 9.784/1999. Ademais, existem dispositivos constitucionais ligados à

³¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 879.

³¹⁹ BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 105; FREITAS, Juarez. Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 204, abr./jun. 1996, p. 70-71.

³²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. cit.*, p. 881.

³²¹ CARVALHO FILHO, José Dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1072-1073.

moralidade, de forma implícita, utilizando expressões como idoneidade moral (artigos 12, II; 73, §1º, II; 119, III), probidade ou improbidade (artigos 15, V, 37, §4º, 85, V) e decoro (artigo 55, §1º)³²².

Desde 1974, a doutrina já salientava a necessidade do agir administrativo de acordo com os padrões éticos³²³. O princípio da moralidade foi erigido pela Constituição, em 1988, com a finalidade de garantir uma ordem administrativa calcada na confiança, boa-fé, probidade, honradez e, sobretudo, para suplantar a vexaminosa impunidade que circunda a Administração Pública. Entretanto, este princípio é um princípio jurídico “em branco”, sem comandos claros e definidos estabelecidos pela norma jurídica, sendo necessário o intérprete fazer uso de preceitos éticos utilizados pela sociedade, os quais estão sujeito a variações de acordo com o caso concreto³²⁴.

A obediência ao princípio da moralidade administrativa implica a escolha por uma atuação pautada na honestidade, orientada pelas premissas morais universais. O controle da moralidade é realizado pela ética socialmente afirmada, que consiste na disciplina de base pela qual são confrontados os valores expressos pela coletividade em seu cotidiano³²⁵. É importante registrar que a moral comum difere da moral administrativa. Enquanto a moral comum é prescrita ao homem para sua conduta enquanto ser humano existente na sociedade, a moral administrativa é imposta aos agentes públicos (em sentido amplo, os quais compõem os órgãos e entidades públicas), no exercício da atividade administrativa, em conformidade com as determinações da instituição a que labora e, sobretudo, com o escopo de sua atuação: o bem comum³²⁶. A moralidade administrativa, portanto, resume-se na ética na atividade administrativa, obstando que os dirigentes estatais deturpem as finalidades do Estado de Direito democraticamente legitimadas.

A legalidade das ações estatais pressupõe o cumprimento da norma jurídica pela autoridade pública vinculado aos valores em que tal norma se funda. Neste cenário, a moralidade administrativa representa uma garantia da permanente legitimação da vontade

³²² CALCINI, Fábio Pallaretti. Princípio da moralidade administrativa. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 191-192.

³²³ SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. *O princípio constitucional da moralidade administrativa*. Curitiba: Genesis, 1993, p. 7.

³²⁴ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 105-106.

³²⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 192.

³²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 83.

estatal. Para que o Estado possua um mínimo de aceitação pela sociedade que ele representa é necessário que sua atuação seja justa, adequada e correta. Conforme o poder é exercido moralmente, a ação estatal passa a ser respeitada, possibilitando o funcionamento mínimo da sociedade³²⁷.

É certo que o legislador deve imprimir legitimidade e efetividade às suas tarefas e o faz por meio de princípios caros ao direito administrativo, como princípios da segurança jurídica, da boa-fé, da proteção da confiança e da moralidade pública. Porém, mais do que prever mecanismos hábeis a elevar a legitimidade estatal, ou seja, a respeitabilidade e a aceitação do Poder Público, é necessário o controle desses valores.

O controle da observância do princípio da moralidade administrativa é feito por meio do atendimento, em enumeração não exaustiva, da probidade, da razoabilidade e da cooperação no exercício da função administrativa. A moralidade-probidade exige do administrador a boa-fé na prática de suas condutas, estimulando a gestão pública profissional. A moralidade-razoabilidade, evidenciada quando há margem de escolha ou espaço de discricionariedade, requer a avaliação da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito das ações estatais, tendo por foco o conteúdo das atividades e ações estatais. Por último, a moralidade-cooperação que, seja por meio do dever funcional de apoio recíproco entre agentes públicos (cooperação interna ou intra-administrativa) ou de apoio envolvendo duas ou mais instituições públicas de uma ou mais esferas da Federação (cooperação interadministrativa) ou, ainda, de auxílio aos cidadãos no exercício de seus direitos e no cumprimento de seus deveres (cooperação na relação entre Poder Público e cidadão), sustenta o adequado funcionamento do Estado ao promover o respeito mútuo nas relações de natureza jurídico-administrativa³²⁸.

Assim, a concretização da moralidade e, conseqüentemente, de uma boa administração, ocorrerá por meio de uma atuação proba, razoável e cooperativa da Administração Pública, suas entidades, órgãos e agentes públicos, em suas relações internas ou externas. Como conseqüência da tutela de um valor maior do Estado, como a moralidade administrativa, tem-se o aumento da aceitação do Poder Público pela sociedade e do respeito pelo exercício do poder.

³²⁷ MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 1, p. 104-120, 2016, p. 107-108.

³²⁸ *Idem*.

Um dos efeitos da boa fé do próprio Estado (boa-fé objetiva), resultante do princípio da moralidade administrativa, é a observância de padrões morais de atuação, isto é, do exercício da função administrativa de modo probo, razoável e cooperativo, em prol da concretização dos princípios que regem a administração pública brasileira.

Ao agir o agente público deverá refletir sobre o papel de sua atuação para o alcance das tarefas maiores destinadas ao Estado. Longe de ser mero “aparelho cumpridor de microregras”, o agente público deverá sopesar suas escolhas, nos limites da legalidade, de modo que se mostrem aptas a conciliar, de modo minimamente aceitável, todos os valores que transpassam a atuação estatal³²⁹.

No âmbito dos processos administrativos sancionadores de objetos conexos, a atuação probo, razoável e cooperativa também se impõe. A falta de comunicação entre os processos, acarretando a tomada de rumos distintos e o proferimento de decisões divergentes, confere um *status* jurídico de incerteza e contradição a um comportamento estatal e, quanto mais o Estado se contradiz, mais há redução da confiança da sociedade no Estado. Nesse contexto, o princípio da moralidade administrativa se impõe como dever de coerência do Estado, estando umbilicalmente ligado à legitimação estatal e ao princípio da boa-fé objetiva.

2.4.5 Princípio da duração razoável do processo

Embora já previsto nos tratados internacionais de direitos humanos, como o Pacto de São José da Costa Rica (arts. 7º. 5 e 8º.1) e a Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 6º.1), o direito fundamental à razoável duração do processo foi expressamente positivado com a Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, pela introdução do inciso LXXVIII ao rol de direitos fundamentais.

Segundo a Carta Constitucional, a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Ao mencionar “razoável duração” e “celeridade de sua tramitação”, o inciso sinaliza que a duração razoável, isto é, a duração necessária ao encerramento do processo é

³²⁹ MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 259, p. 207-247, jan./abr. 2012, p. 241.

alcançada por meio da celeridade da tramitação, respeitados os direitos das partes e terceiros, porém sem dilações que atrasem a prestação jurisdicional ou administrativa. A celeridade da tramitação compreende a agilidade na prática de cada ato processual. Enquanto a morosidade na prática de qualquer ato reflete, negativamente, no conjunto processual, a celeridade assegura o direito fundamento à duração razoável, rápida do processo³³⁰.

O vínculo estabelecido pelo dispositivo constitucional entre celeridade e razoável duração do processo permite afirmar que este é corolário do princípio da eficiência. Como visto, o princípio da eficiência se refere à ideia de rapidez, utilidade, presteza, acerto de situações e economicidade, revelando-se um gênero que se desdobra em quatro espécies ou subprincípios: princípio da celeridade, o princípio da efetividade, o princípio da economicidade e o princípio da segurança jurídica. Logo, o direito fundamental à razoável duração do processo é um dos desdobramentos do princípio da eficiência, a saber, princípio da celeridade³³¹.

Em suma, o processo, administrativo ou judicial, não pode tramitar indefinidamente sem solução, devendo ser proferida decisão no menor espaço de tempo possível, desde que respeitado o devido processo legal. Vale enfatizar que há uma conexão intrínseca entre a rápida duração do processo e a estabilidade na vida das partes e da sociedade, pois enquanto a situação jurídica não é prontamente resolvida há prejuízos psicológicos e financeiros à parte.

No tocante ao processo administrativo, a duração desarrazoada, ocasionalmente, causa prejuízos de grande monta a diversas pessoas. E, no âmbito dos processos administrativos sancionadores, o cenário é ainda mais grave, porquanto a lentidão no trâmite processual, além de causar desprestígio à Administração Pública e macular sua credibilidade, traz insegurança e incerteza acerca da culpa ou inocência para os envolvidos no processo.

Desse modo, num estágio em que a ordem constitucional do Estado Democrático de Direito eleva como garantia fundamental a efetividade de um processo de duração

³³⁰ BERMUDES, Sérgio. *A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 11.

³³¹ GONÇALVES FILHO, João Gilberto. *O princípio constitucional da eficiência no processo civil*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Profº. José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo, 2010, p. 21 e 37-38.

razoável, cabe aos aplicadores do Direito comprometerem-se com a busca de recursos mais céleres para o caso sob apreciação. Nessa perspectiva, a medida que se impõe é a investigação legislativa sobre mecanismos de coordenação processual, sobretudo nos casos de processos administrativos sancionadores conexos, objeto deste trabalho.

2.5 O SILÊNCIO DA LEI FEDERAL DE PROCESSO ADMINISTRATIVO E O TRATAMENTO LEGISLATIVO DA LINDB EM CASOS DE COMUNICABILIDADE DE PROCESSOS SANCIONADORES

No Brasil, até a promulgação da Constituição de 1988, o tema processo administrativo era pouco estudado. Infrequentes eram as manifestações doutrinárias sobre o assunto. Com o advento da “Constituição Cidadã” e a inserção do inciso LV no artigo 5º, assegurando aos litigantes em processo administrativo e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, começaram a surgir publicações dedicadas ao tema.

Inicialmente, a atuação do Estado consistia numa manifestação unilateral objetivando um fim imediato de adquirir, resguardar, alterar, transferir, declarar e extinguir direitos, ou impor obrigações aos particulares ou a si próprio. Essa realidade postergou a aplicação do processo administrativo, visto que a produção do ato administrativo se exauria apenas com a vontade da Administração Pública, dispensando a participação ativa do particular na elaboração e execução do ato. Com o decorrer dos anos e com o caráter dinâmico do direito e da sociedade, houve um envolvimento maior da coletividade nas questões administrativas, resultando na edição de leis destinadas aos particulares com o propósito de conferir maior aplicabilidade ao princípio do devido processo legal nas demandas administrativas. A previsão constitucional da garantia do devido contraditório e ampla defesa ao interessado em um processo judicial ou administrativo obstaculizou a atuação estatal exclusivamente unilateral do Estado. Desde então, o particular interessado pôde participar de qualquer decisão a ser tomada pelo poder público, com todos os meios e recursos intrínsecos ao processo³³².

Sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito e o intuito de reconhecer a atuação da pessoa privada na elaboração dos atos administrativos do Estado, necessária foi

³³² FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. *Processo administrativo: comentários à lei nº 9.784/1999*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 27-28.

a promulgação de uma lei para tutelar os direitos dos particulares, conferindo-lhes o controle da adequada atuação estatal na consecução dos fins da Administração Pública. Alicerçada nos princípios da legalidade e do devido processo legal, foi promulgada, em 1999, a lei nº. 9.784, dispondo sobre o processo administrativo federal.

No cenário pátrio, a lei federal não foi a pioneira a dispor sobre processo administrativo. Em 26 de dezembro de 1996, o Estado de Sergipe abordou o assunto por meio da Lei Complementar nº. 33 e instituiu o Código de Organização e de Procedimento da Administração Pública do Estado de Sergipe. Dois anos depois, o Estado de São Paulo também disciplinou a matéria através da lei nº. 10.177/1998 que regulou o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual.

Dois são os objetivos principais da lei de processo administrativo nº. 9.784/1999: estabelecer meios para o melhor desempenho dos fins da Administração Pública, que pode e deve atuar de ofício, e, concomitantemente, tutelar os direitos dos administrados, observando as especificidades das normas que regulam processos específicos. A lei nº. 9.784/1999 se apresenta como uma lei genérica, dotada de amplos preceitos, que possibilita a regulamentação de particularidades dos mais variados tipos de processos administrativos por leis específicas. Desse modo, nos processos e procedimentos não legislados, a lei é integralmente aplicável, já nos processos regulados, sua aplicação é subsidiária, podendo ser aplicada diretamente quando se tratar de normas processuais principiológicas, oriundas da própria Constituição Federal³³³.

É certo que a legislação federal não pode unificar o processo administrativo para todas as entidades estatais, em respeito à auto-organização, autogoverno, autolegislação e autoadministração dos entes federativos. Por essa razão, a lei nº. 9.784/1999 disciplinou o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal direta e indireta, reconhecendo que cada unidade da federação pode estabelecer seu diploma próprio sobre processo administrativo por se tratar de prerrogativa oriunda da autonomia que dispõe no sistema de repartição de competências constitucionais³³⁴.

A lei nº. 9.784/1999 tem aplicação no âmbito federal, tanto na Administração Direta quanto na Indireta. O decreto-lei nº. 200/1967, no artigo 4º, estabelece para a União

³³³ NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: lei no 9.784/99 comentada*, 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

³³⁴ *Ibidem*, p. 81-82.

que a administração federal compreende: i) a administração direta, constituída pelos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República (Casa Civil, AGU, Conselhos da República e de Defesa Nacional) e dos Ministérios; e ii) administração indireta, composta por categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

A aplicação da lei federal de processo administrativo se estende aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa (art. 1º, §1º). Sabe-se que a função administrativa não é exercida apenas pelo Poder Executivo. Os Poderes Legislativo e Judiciário também a exercem, embora não com preponderância, mas como função secundária, atípica. Por isso, a lei cuidou para determinar aos órgãos destes Poderes obediência à lei nº. 9.784/1999 nos processos administrativos em geral, como, por exemplo, provimento de cargos por concursos públicos, concessão de férias, prática de atos disciplinares e realização de licitações, muito embora os casos mais corriqueiros de exercício de função administrativa pelos Poderes Judiciário e Legislativo já possuam regime processual regulamentado por lei específica (lei de licitações e estatuto dos servidores públicos), remanescendo a aplicação subsidiária da lei nº. 9.784/1999³³⁵.

Embora não mencionados no bojo da lei, nem enquadrados tipicamente em nenhum dos três Poderes da República, Tribunal de Contas e Ministério Público igualmente exercem função administrativa, devendo a lei nº. 9.784/1999 ser aplicada a tais órgãos, ainda que parcialmente, no que tange aos processos administrativos referentes às atividades tipicamente administrativas por eles necessariamente executadas³³⁶.

A lei federal nº. 9.784/1999 foi um marco na procura pela codificação do direito administrativo e buscou trabalhar expressamente o processo administrativo a partir de normas básicas e do recurso da subsidiariedade, conforme dispõe artigo 1º, pelo qual “a lei estabelece *normas básicas* sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta” e o artigo 69, determinando que “os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas *subsidiariamente* os preceitos desta lei”.

³³⁵ NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: lei no 9.784/99 comentada*, 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 84-85.

³³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 45.

Sabidamente o legislador promulgou a lei federal nº 9.784/1999 destinada a disciplinar e regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, trazendo *normas básicas* sobre o assunto. Normas básicas significam normas necessárias, elementares, essenciais, que não se confundem com o conceito de *normas gerais*.

No tocante à competência, a expressão “normas gerais” foi utilizada pelo Constituinte para determinar a competência privativa e a competência concorrente da União.

No âmbito da competência privativa, a Constituição estabeleceu, no artigo 22, XXVII, a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação e, no artigo 22, XXI, para legislar matéria de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação, mobilização, inatividades e pensões das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares.

No contexto da competência legislativa concorrente (art. 24), o Constituinte conferiu à União a competência para estabelecer normas gerais (art. 24, 1º CF), permitindo aos Estados o exercício da competência suplementar (art. 24, §2º CF). Há, portanto, uma repartição vertical de competências, na qual o conteúdo da norma suplementar estadual se subordina ao conteúdo da norma geral federal.

Pelo fato de não haver positivação do conceito de norma geral, a doutrina diverge amplamente sobre o assunto. O entendimento predominante é de que normas gerais são declarações principiológicas restritas ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre determinados assuntos, as quais devem ser respeitadas pelos Estados-membros quando da elaboração de suas legislações, por meio de normas específicas, em seus respectivos âmbitos políticos. Caracterizam-se por i) estabelecer princípios, diretrizes, linhas mestras e regras jurídicas gerais, ii) não esgotar o assunto, iii) ser regra nacional aplicável uniformemente a todos os entes públicos, iv) ser uniforme a todas as situações semelhantes, v) referir-se a questões fundamentais, vi) não violar a autonomia dos Estados e vii) não ser diretamente aplicada³³⁷.

³³⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 25, n.100, out./dez. 1998, p. 149-151.

Duas concepções extraídas de julgados do Supremo Tribunal Federal³³⁸ expressam as características determinantes de uma norma geral: i) ser de aplicabilidade federativamente uniforme - norma com âmbito de eficácia nacional e não apenas federal; e ii) apresentar maior abstração, como os princípios. Nesse sentido, a norma geral federal (norma nacional) corresponderia à moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios na esfera de suas competências.

Longe de ser um meio de restrição da autonomia federativa, as normas gerais configuram um instrumento de diminuta uniformização da atuação administrativa de todos os entes federados, em defesa da segurança jurídica³³⁹.

Da análise da lei nº. 9.784/1999, verifica-se que o legislador empregou o termo “básica” e não “geral” ao se referir ao tipo de norma de processo administrativo que a lei estabelecerá. A escolha não foi aleatória. O conceito de normas básicas utilizado na lei nº. 9.784/1999 somente indica a contemplação de normas necessárias, essenciais para os processos administrativos. Em nada se assemelha ao conceito de normas gerais, empregado no contexto das competências legislativas privativa e concorrente da União.

Relembre-se que, no caso do processo administrativo, a Constituição não fixa competência legislativa, pois o dever de legislar sobre processo e procedimento administrativo decorre da autonomia política de cada ente federativo, de modo que qualquer regra nacional aplicável uniformemente a todos os entes públicos violaria a autonomia dos Estados.

O fato de a lei prever o regramento de normas básicas não prejudica a existência de legislação específica abordando determinados tipos de processo administrativo. O legislador resguardou, quanto a matérias específicas, a observância de regimes especiais que regulam procedimentos próprios (tributário, licitatório, disciplinar), evidenciando a eficácia das leis especiais e a aplicação subsidiária das normas básicas editadas (art. 69). Não havendo lei específica, os processos administrativos subordinam-se integralmente ao conteúdo da lei. Por isso, a comissão de juristas que elaborou o anteprojeto da lei cuidara

³³⁸ STF, ADI 3.645-9/OR, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 01.09.2006; RE 560.626/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 11 e 12.06.2008; ADI (MC) 927-3/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 11.11.1994.

³³⁹ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 28.

para deixar os dispositivos mais abrangentes a fim de englobar os variados procedimentos de órgãos da Administração que não tivessem regulamentação específica³⁴⁰.

Conforme artigo 69, os processos administrativos específicos, já regulamentados por lei própria, deverão observar apenas subsidiariamente os preceitos da lei. Por subsidiar, compreende-se auxiliar, ajudar, socorrer. A aplicação subsidiária pressupõe, portanto, a busca por auxílio em outro instrumento legal, que ocorrerá quando da existência de lacuna na lei especial.

É importante bem compreender o significado da subsidiariedade da lei federal de processo administrativo. Aplicar subsidiariamente a lei nº. 9.784/1999 a procedimentos específicos já regulamentados por lei própria significa fazer recair no regime normativo específico algum preceito nele omissivo, porém tratado na lei federal³⁴¹.

Em regra, incide a máxima *lex specialis derogat lex generalis*. Todavia, no caso de lacuna em lei especial em que seja necessária a aplicação subsidiária da lei nº. 9.784/1999, esta não revogará nem modificará o processo administrativo específico. Ambos os regimes normativos (geral e especial) coexistirão harmonicamente no ordenamento jurídico, nos termos do artigo 2º, §2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Ocorrendo eventuais ausências e omissões nas normas processuais específicas, o próprio administrador, na condição de intérprete-aplicador da norma processual administrativa, realizará a operação jurídico-hermenêutica de concretização da subsidiariedade e aplicará o disciplinamento da lei geral aos casos concretos.

Da análise de precedentes judiciais, Bruno Santos Cunha visualiza a subsidiariedade da lei nº. 9.784/1999 aplicada nas seguintes espécies processuais administrativas, todas dotadas de regulamentação própria: i) o processo administrativo disciplinar dos servidores regidos pela lei federal nº. 8.112/90 – desde que não contrarie ou inove o sistema normativo da lei especial a ponto de descaracterizar seu quadro primordial

³⁴⁰ NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: lei no 9.784/99 comentada*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 80-81.

³⁴¹ Nesse sentido, Carlos Ari Sunfeld (Processo e procedimento administrativo no Brasil. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coord.). *As leis de processo administrativo: lei federal 9.784/99 e lei paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 26) e Irene Patrícia Nohara e Thiago Marrara (*Processo administrativo: lei no 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 454-455).

de regulação; ii) o processo administrativo fiscal previsto no decreto nº. 70.235/72 e legislação correspondente; iii) o processo de desapropriação resultante da competência nacional do artigo 22, II, da Constituição e disciplinado por diferentes diplomas específicos (lei federal nº. 4.132/1962, o decreto-lei nº. 3.365/1941, a lei complementar nº. 76/1993 e a lei federal nº. 8.629/1993); iv) os processos licitatórios, igualmente trilhados a partir do art. 22, XXVII, especialmente a partir das leis federais nº. 8.666/1993, 14.133/2021 e 10.520/2002; v) o processo concorrencial da lei federal nº. 8.884/1994; vi) o processo de tombamento disposto no decreto-lei nº. 25/1937; vii) os processos de licenciamento ambiental, a teor da lei federal 6.938/1981 e da lei complementar 140/2011, entre outras; viii) o processo de tomada de contas especial realizado a partir da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (lei federal nº. 8.443/1992) e as demais espécies processuais disciplinadas pelo Tribunal; etc³⁴².

Embora exista entendimento de que a aplicação da lei, ainda que subsidiária, deveria ser restrita ao âmbito federal, em decorrência da autonomia dos entes federativos, são corriqueiros os julgados aplicando a lei federal de processo administrativo subsidiariamente aos procedimentos de outros entes federados³⁴³. Isso porque já ocorre a aplicação da lei nº. 9.784/1999 a outros entes da Federação quando inexistente norma local e específica que regule a matéria.

Existem posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais aceitando a aplicação da lei federal de processo administrativo na esfera estadual ou municipal, na hipótese de lacuna ou ausência de lei no âmbito de ente subnacional.

Nesse sentido, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery³⁴⁴ vislumbram a aplicabilidade imediata da nº. 9.784/1999 para além da esfera federal no caso de lacuna de lei estadual específica e diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça³⁴⁵ asseveram também que, ausente lei específica que regule a matéria no âmbito estadual ou municipal, a

³⁴² CUNHA, Bruno Santos. *Aplicabilidade da lei federal nº. 9.784/99*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Prof. Thiago Marrara. São Paulo, 2014, p. 55.

³⁴³ NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: lei no 9.784/99 comentada*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 561.

³⁴⁴ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 1437.

³⁴⁵ Superior Tribunal de Justiça, AgRg no RE nº 1189346/RS, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 31/08/2015. Em igual sentido, Ag Rg no ARE s p. 393.378/ DF, Rel. Min. Arnaldo E Steves Lima, DJe 18.02.2014; AgR g no ARE s p. 263.635/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 22.05.2013.

lei federal de processo administrativo pode ser aplicada, por se tratar de norma norteadora de toda a Administração Pública, servindo de diretriz aos seus órgãos. Destaca-se que os copiosos julgados contribuíram para a recente aprovação da tese por súmula, nº. 633, de 12 de junho de 2019, pela qual

A lei nº 9.784/1999, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, *de forma subsidiária*, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria (destaque acrescentado).

Ao estender a aplicação da lei federal de processo administrativo a entes subnacionais, há precedentes do Superior Tribunal de Justiça que, em sua ementa e no corpo do acórdão, ora empregam o termo analogia, ora aplicação subsidiária e ora ambos.

[...] REVISÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. APLICABILIDADE DO ART. 54 DA LEI 9.784/1999 POR *ANALOGIA*. POSSIBILIDADE. [...] ao contrário da tese defendida pelo agravante, a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a Lei 9.784/1999 pode ser aplicada de forma *subsidiária* no âmbito dos demais Estados-Membros e Municípios, se ausente lei própria que regule o processo administrativo local, como ocorre na espécie. (destaques acrescentados - STJ – AgRg no AREsp 263.635/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ 16.05.2013).

Fato é que embora seja uma lei federal, aplica-se a estados e municípios que ainda não tenham regulamentado a disciplina do processo administrativo.

O principal objetivo da lei nº. 9.784/1999 é estabelecer normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

Na busca pela tutela das garantias democráticas dos particulares e pelo satisfatório exercício das prerrogativas públicas, normas básicas são definidas para nortear o processo administrativo federal.

Ocorre que a lei federal de processo administrativo deixa de abordar uma série de assuntos relevantes do direito administrativo sancionatório, limitando a discorrer, de modo extremamente conciso, sobre sanções administrativas.

Como não há, no direito brasileiro, uma sistematização única para todo processo administrativo, suas regras se dispõem por diversos diplomas legais, atos normativos e atos de organização (decretos, regulamentos, regimentos)³⁴⁶.

Todavia, as normas que regulam os processos administrativos não preveem as variadas hipóteses de comunicação processual, como fazem as esferas penal e civil. Entre outros assuntos, não se sabe se processos administrativos conexos podem i) ser reunidos para julgamento conjunto; ou ii) se, mesmo não havendo conexão entre eles, podem ser reunidos se gerarem risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente; e menos ainda se iii) um órgão administrativo pode deixar de instaurar processo administrativo em decorrência de outra autoridade já estar buscando a responsabilização do infrator em processo conexo, sem que isso configure desídia, ato de improbidade administrativa ou, ainda, prevaricação.

Também não se tem normas a respeito de i) a prova produzida em processo administrativo conexo poder ser aproveitada em outro, afastando a hipótese de configuração de cerceamento de defesa; ii) de a existência de decisão definitiva quanto à infração administrativa anterior ser pressuposto do reconhecimento de que a nova infração caracteriza um caso de reincidência; e iii) de a confissão realizada em um processo administrativo vir a ser aproveitada em outro processo.

Todas as situações retratadas acima proporcionariam a atuação estatal mais célere, oferecendo melhores resultados de maneira simplificada, com a utilização de procedimentos garantidores de uma decisão mais acertada, o que contribuiria para a eficiência e segurança jurídica do processo administrativo.

Aplicável a todas as esferas e a todos os tipos de processo, a Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro (LINDB), por sua vez, tentou trazer alguma solução aos casos de vários processos sancionadores tratando do mesmo assunto.

Exemplo disso é o artigo 22, parágrafo segundo e terceiro, pelos quais “na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou

³⁴⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 1034.

atenuantes e os antecedentes do agente” e “as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”.

No entanto, apesar de a LINDB dispor que a condenação posterior deverá ler conta a condenação anterior, tratando brevemente sobre sancionamento e dosimetria, ela não soluciona o problema que este trabalho se propõe a investigar: i) se o ordenamento jurídico dispõe de ferramentas hábeis a articular processos administrativos sancionadores conexos em curso ao mesmo tempo e ii) se é possível determinar como a decisão de um processo administrativo sancionador impactará em outro processo pendente de decisão cujo objeto é um mesmo comportamento ou comportamento semelhante.

A existência de processos administrativos sancionadores conexos executados simultaneamente é uma realidade na prática administrativa que encontra dificuldade em alçar respostas eficientes.

Embora não haja lei nacional de processo administrativo (nem possa existir) e embora a LINDB não resolva plenamente esse tema, serão buscadas soluções no âmbito do processo civil, do direito penal e do processo penal.

Para tanto, o assunto da comunicabilidade no processo administrativo sancionador será exposto a seguir em dois capítulos, os quais dividirão o tema em duas situações fáticas: i) processos sancionadores tramitando simultaneamente, porém sem haver decisão e ii) processos sancionadores com decisão já proferida, a fim de investigar seu impacto nos processos que ainda estão em curso. No capítulo três, buscaremos respostas no ordenamento jurídico para coordenar os diversos processos que abordam o mesmo comportamento e, no capítulo quatro, indicaremos o efeito da condenação e da absolvição administrativa nos processos conexos.

3. A ARTICULACAO DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES CONEXOS

Nos capítulos anteriores, verificou-se que um comportamento infrativo pode abrir espaço para o exercício de um vasto poder sancionador da Administração Pública que, não raro, contribui para a ofensa de vários princípios jurídicos, sobretudo o da segurança jurídica.

Em que pese as funcionalidades de cada sistema administrativo punitivo possuam caminhos múltiplos, por corresponderem a heterogêneas medidas da atividade administrativa do Estado, é preciso haver identidade entre eles em alguns pontos.

Hodiernamente, as leis de processo administrativo e a LINDB nada dizem sobre o modo de atuação articulada dos processos administrativos nas variadas entidades públicas. Da mesma forma, o direito administrativo não oferece nenhuma solução para a comunicabilidade processual. Por esse motivo, para promover a articulação dos processos administrativos garantindo eficiência, economia, segurança jurídica, boa-fé, moralidade administrativa e razoabilidade no trâmite processual, faz-se necessária a busca de instrumentos de comunicação em outros ramos do Direito, fora do direito administrativo.

Embora a doutrina faça raríssimas abordagens sobre a comunicabilidade processual, mormente sobre a temática dos processos administrativos sancionadores, para que institutos de outras esferas do Direito possam vir a ser aplicados, no âmbito administrativo, é imprescindível um aprofundado estudo estabelecendo os pressupostos para tanto.

O processo administrativo - juntamente com o processo civil, penal, ambiental, trabalhista, entre outros - compõe microssistema normativo que está inserido no sistema do direito processual. Diferencia-se de outros microssistemas processuais por ser dotado de regras e princípios próprios que lhe conferem autonomia³⁴⁷.

Para suprir carência ou falha legislativa e para aperfeiçoar e harmonizar o sistema jurídico, a proximidade com determinado ramo leva os operadores do direito a buscarem mecanismos consolidados em uma área e transportá-los para outra. No âmbito do direito

³⁴⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. O novo Código de Processo Civil e sua aplicação no processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 313-334, set./dez. 2016, p. 314.

processual administrativo, invocam-se normas aplicáveis ao processo jurisdicional civil e penal.

Nesse capítulo, serão aventados mecanismos e pressupostos essenciais passíveis de ensejar a coordenação de processos administrativos sancionadores que tramitam simultaneamente e abordam uma mesma conduta infrativa, seja na mesma entidade ou em entidades diferentes.

Para determinar se as situações previstas pelo processo civil e pelo processo penal podem ser empregadas pelo direito processual administrativo sancionador serão apresentados dois modos de aplicação da norma jurídica: a aplicação subsidiária e aplicação analógica.

Em cada qual será realizada a identificação prévia de instrumentos processuais passíveis de aplicação na pluralidade de processos conexos, observando sua finalidade, as bases sob as quais eles foram criados e suas particularidades.

Lançadas as premissas necessárias para avaliar a possibilidade de transposição, para o processo administrativo, de situações expressamente previstas para o processo judicial, serão estabelecidos seus pressupostos e esboçada sua forma de aplicação.

3.1 APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA - INSTRUMENTOS PROVENIENTES DO CPC

Fruto de várias audiências públicas e diversos debates entre as diferentes classes de operadores do Direito, o novo Código de Processo Civil (CPC) foi um dos mais relevantes Projetos de Lei a tramitar no Congresso Nacional. Dentre as razões que impeliam a discussão de um novo modelo de processo no Brasil estava a de que o CPC de 1973 carecia de novas abordagens frente ao amadurecimento de institutos jurídicos já originalmente modificados³⁴⁸.

O tema da aplicação subsidiária no processo administrativo ganhou destaque com o Projeto de Lei nº 8.046/2010, que resultou na aprovação do CPC de 2015. O capítulo intitulado “Da aplicação das normas processuais”, no referido diploma legal, foi inaugurado com a disciplina da incidência das normas processuais no espaço (art. 13) e no

³⁴⁸ CAMPOS, Felipe Almeida; MARIA; Thaís Campos. Uma análise da aplicação subsidiária do Código De Processo Civil de 2015 ao processo administrativo brasileiro. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 3, n. 1, jul./dez. 2016, pg. 143-163.

tempo (art. 14) e, logo a seguir, estabeleceu o Código, no artigo 15, regra sobre a aplicação de suas disposições para além do campo do processo civil, elevando-o à condição de fonte subsidiária e supletiva para os processos de natureza administrativa, eleitoral e trabalhista.

Conforme o artigo 15 do CPC, “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

As Emendas nº. 80 e nº. 430 de 2011 apresentadas pelos parlamentares com o objetivo de incluir a aplicação supletiva e subsidiária salientaram que, “com frequência, os termos ‘aplicação supletiva’ e ‘aplicação subsidiária’ têm sido usados como sinônimos, quando, na verdade, não o são”. Para o Deputado Reinaldo Azambuja, enquanto a aplicação subsidiária significa a integração da legislação secundária na legislação principal, de modo a preencher as lacunas da lei principal, a aplicação supletiva ou complementar sobrevém quando uma lei completa a outra.

Como visto no decorrer deste trabalho, o legislador foi econômico em trazer normas disciplinadoras do processo administrativo de responsabilização e de sua comunicação com demais processos conexos, revelando-se importante para esta fase do trabalho o estudo da aplicação subsidiária do CPC.

Em que pese parte da doutrina entenda a existência de lacuna para a aplicação subsidiária do CPC aos processos administrativos, não há se falar em lacuna propriamente dita. Isso porque o legislador não deixou de tratar determinadas situações, apenas não as descreveu na lei administrativa. Embora o tema da comunicabilidade processual não esteja previsto na LPA, o CPC o regulamentou, devendo esta ser adotada automaticamente em razão da previsão expressa da aplicação subsidiária.

Logo, não há lacuna. Os institutos que promovem a articulação dos processos apenas estão previstos em outra lei (CPC), entretanto existem. O Legislador já determinou que, na ausência de normas que regulem processos administrativos, as disposições do CPC deverão ser aplicadas.

Apesar de aparentar inofensiva a determinação legal de aplicação subsidiária do CPC nos processos administrativos, o preceito suscitou uma infinidade de debates. Em abril de 2016, o Governador do Estado do Rio de Janeiro ajuizou a ação direta de

inconstitucionalidade (ADI/DF nº. 5.492) contra dispositivos no novo CPC de 2015, dentre os quais alegou a inconstitucionalidade de uma das possíveis interpretações do artigo 15 no tocante aos processos administrativos: a interpretação de que a aplicação subsidiária e supletiva do CPC de 2015 (lei federal) também se destina aos processos administrativos estaduais, municipais e distritais.

Segundo a petição inicial da ADI, ao se referir pura e simplesmente a processos “administrativos”, sem adição de um qualificativo, a regra possibilita a interpretação de abranger também os processos administrativos das demais entidades federativas. Porém, tal interpretação agride a noção básica da autonomia federativa contida no artigo 18 da Constituição Federal, já que não compete ao legislador federal ditar a fonte normativa do processo administrativo dos demais entes políticos. Até a presente data e há quase cinco anos de sua propositura a ação está aguardando julgamento.

Concentremo-nos, nesse momento, a averiguar se a regra do artigo 15 do Código de Processo Civil de 2015 viola a autonomia dos entes federados ao estabelecer norma geral aplicável a todos os processos administrativos.

É sabido que os entes federativos possuem liberdade para editar normas regentes de seus processos no exercício da função administrativa, em decorrência da autonomia, da capacidade de auto-organização e de autolegislação.

Acontece que, até 1999, o direito processual administrativo brasileiro não recebia a devida atenção legislativa. Não havia lei geral sobre processo administrativo nem na órbita da União, nem na dos Estados e Municípios. Havia apenas normas esparsas referentes a um ou outro procedimento³⁴⁹. Somente após a promulgação da lei nº. 9.784 é que foram sedimentadas bases importantes ao processo administrativo federal.

Apesar de a lei nº. 9.784/1999 ser destinada a regular o processo administrativo no âmbito federal e o regime da federação outorgar autonomia legislativa aos seus entes, muitas das normas editadas por Estados e Municípios concernentes ao processo administrativo local, reproduzem, com pequenas modificações, a legislação federal. E,

³⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 476-477.

quando ausente norma processual própria, a Corte Superior autoriza, em alguns casos, a aplicação da lei federal de forma subsidiária³⁵⁰.

Fato é que, não obstante a liberdade legislativa conferida aos entes federativos, o direito processual administrativo não esgotou a normatividade necessária ao processo, fazendo necessária a aplicação de técnicas de integração e interpretação do direito para sanar alguns hiatos não descritos na lei administrativa³⁵¹. Eis o objetivo do artigo 15 do CPC.

O dispositivo é claro em admitir aplicação supletiva e subsidiária das normas do Código de Processo Civil, na ausência de normas específicas sobre processo eleitoral, trabalhista ou administrativo. Não há afronta à autonomia dos Estados para dispor sobre processo administrativo, pois não se afasta vigência de legislação regional e local. A norma nacional poderá ser aplicada somente em caso de inexistência de lei estadual ou municipal disciplinadora do tema.

Embora o CPC de 2015 passe a disciplinar também o microsistema normativo relativo a todos os processos administrativos, ele não revogou a lei nº. 9.784/1999 ou outras leis especiais. Suas normas serão aplicadas de modo supletivo e/ou subsidiário, nos processos administrativos regidos por leis pretéritas.

Constatada omissão na legislação municipal, estadual ou federal nada obstará a aplicação do CPC de 2015, pois revelará o posicionamento do legislador federal sobre os preceitos gerais de ordem processual. Longe de ferir a autonomia dos entes, a aplicação

³⁵⁰ Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp nº 263635/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe, 22.05.2013; AgRg no REsp nº 1092202/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe, 18.04.2013; EDcl nos EDcl no AgRg no REsp nº 1202634/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe, 13.10.2011.

³⁵¹ Em 2015, Thiago Marrara já identificava diversos pontos de melhoria da LPA. Dentre eles, o regime sancionatório: “uma atualização possível da LPA jamais poderia passar longe do tema sancionatório. É verdade que o artigo 68 tratou do assunto, mas também é certo que seu conteúdo encontra-se distante do ideal. Não se trata, por natural, de inserir na lei mandamentos básicos, como a vedação do “bis in idem”, mas sim de esclarecer aspectos mais complexos, como o da dosimetria das sanções na esfera administrativa, da relação entre processos sancionadores executados simultaneamente por diversos órgãos com base na mesma conduta infrativa, dos efeitos administrativos gerais de acordos de leniência hoje previstos em inúmeros diplomas especiais (como a lei anticorrupção e a lei de defesa da concorrência) e também de compromissos de cessação de prática infrativa. Somam-se a isso outros temas carentes de disciplina mais alargada e relativos às infrações administrativas, como o da tipicidade, o da absorção de tipos infrativos, da individualização e das excludentes, cujo tratamento legal na LPA certamente resolveria um número incalculável de problemas operacionais básicos, sobretudo na seara regulatória e na disciplinar”. (MARRARA, Thiago. *Conjur.* O que precisa mudar na Lei de Processo Administrativo? 17.02.2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-fev-17/thiago-marrara-lei-processo-administrativo-mudar2>. Último acesso em 27.08.2021).

subsidiária do CPC aos processos administrativos estaduais e municipais promove um alinhamento processual a todas aos demais entes federados. Desse modo, diante de omissão no processo administrativo estadual ou municipal, a lei nº. 9784/1999 poderá ser a fonte de preenchimento e solução³⁵². Todavia, constatada lacuna na própria lei federal, o CPC será a próxima fonte normativa infraconstitucional hábil a solucionar o impasse. Repisa-se não se trata de desrespeito à autonomia dos entes constitucionais, mas de alinhamento de fontes normativas processuais que propicia a adoção da tese de uma teoria geral do processo aplicada ao processo administrativo e não só em âmbito federal, mas em todo o contexto processual nacional³⁵³.

Em suma, o CPC será empregado para suprir o silêncio sobre determinadas situações não descritas na lei administrativa, instituindo novas compreensões no sistema processual por meio da atualização de normas que não mais correspondem à realidade social e garantindo soluções processuais mais harmônicas. A aplicação do CPC aos processos administrativos pressupõe a harmonização recíproca dos diplomas normativos, sendo a compatibilidade a ideia-chave para tal incidência. Nas palavras de Egon Bockmann Moreira, “a leitura deve ser integrada, de molde a fazer com que o CPC/2015 seja sempre aplicado, tanto nos casos em que a lei específica seja omissa como naqueles em que ele proveja solução mais adequada ao caso concreto (desde que compatível com o regime jurídico-administrativo)”³⁵⁴.

É importante destacar que a aplicação do CPC aos processos administrativos não é algo inédito. Apesar de anteriormente inexistir regra estabelecendo a aplicação supletiva e subsidiária de normas processuais civis ou penais, a doutrina já sustentava a estreita relação entre o processo administrativo e outras esferas processualísticas³⁵⁵. Exemplo disso

³⁵² Ressalta-se que, nada impede da lei local prever, a seu critério, a sequência de legislação subsidiária. Nesse caso, não se trata de aplicação analógica ou extensiva, ou mesmo aplicação subsidiária por opção externa, mas sim de regra do próprio ente federativo que, por opção política própria, produziu regra própria, ainda que pelo mecanismo da referência a outra legislação.

³⁵³ CAMPOS, Felipe Almeida; MARIA; Thaís Campos. Uma análise da aplicação subsidiária do Código De Processo Civil de 2015 ao processo administrativo brasileiro. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 3, n. 1, jul./dez. 2016, pg. 143-163.

³⁵⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. O impacto do CPC/2015 nos processos administrativos: uma nova racionalidade. Coluna do *site* Direito do Estado de 10.03.2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/o-impacto-do-cpc-2015-nos-processos-administrativos-uma-nova-racionalidade>.

³⁵⁵ FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. A aplicação subsidiária e supletiva da Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) ao processo administrativo: extensão e interpretação. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 16, n. 184, p. 68-79, jun. 2016. Disponível em: <https://www.procuradoria.gov.br/files/ArtigosPRO/Marcilio/Artigo1.pdf>.

é a utilização, no processo administrativo, das regras de impedimento e suspeição do CPC. Ao considerar sucintas as normas previstas nos artigos 18 a 21 da lei nº. 9.784/1999, a doutrina reputava possível o emprego de meios integrativos, recorrendo à analogia para aplicar subsidiária e supletivamente as disposições do CPC ao processo administrativo³⁵⁶.

Embora não existisse normativa sobre a aplicação subsidiária de normas processuais ao processo administrativo, a depender da natureza jurídica do processo administrativo que se deparava o jurista fazia uso da analogia para aplicar normas processuais do campo judicial, sempre avaliando as particularidades do exercício da função administrativa.

A previsão do artigo 15 do CPC veio em boa hora. É sabido que os atos normativos não conseguem antecipar soluções jurídicas para todas as situações de fato. A lei federal de processo administrativo, por exemplo, deixa de esclarecer aspectos complexos do tema sancionatório, como a relação entre processos sancionadores executados simultaneamente por diversos órgãos com base na mesma conduta infrativa. Por esse motivo, a aplicação subsidiária e analógica de outros diplomas legais se torna imperiosa³⁵⁷.

Em contrapartida, ainda há relutância por parte de autoridades julgadoras administrativas. A título de exemplo, cite-se julgado da 3ª Câmara da 1ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais quando da análise do Processo 15582.720351/2015-07, em 05 de abril de 2016, no qual a aplicabilidade do Código de Processo Civil foi negada, cuja ementa assim delineou: “Não há, nas regras de procedimento do Processo Administrativo Fiscal (decreto 70.235/72) nenhuma previsão a respeito de litisconsórcio ou aplicação subsidiária das regras do CPC”.

A aplicação da legislação processual civil aos processos administrativos não pode ser desprezada, principalmente quanto às normas que garantem a efetividade do processo. A promulgação do CPC de 2015 deu novas cores ao processo administrativo e, doravante,

³⁵⁶ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 168-170.

³⁵⁷ BARRETO, Fabiana Maria Farias Santos. Do processo sancionatório. In: ATTINÁ, Cláudia Magalhães Guerra (Org.). *Comentários à Lei de Processo Administrativo do Estado da Bahia (Lei nº. 12.209 de 20 de abril de 2011)*. Salvador: Procuradoria-Geral do Estado da Bahia, 2013. p. 280-337, p. 337.

o processo administrativo passa a ser compreendido também à luz do CPC, vigorando todo um novo mundo dotado de diversas cogitações novidadeiras³⁵⁸.

A presente pesquisa tem por objeto analisar se o ordenamento jurídico resolve o problema da multiplicidade de processos administrativos sancionadores conexos, promovendo sua comunicação. Como não há no direito processual administrativo regulamentação sobre o assunto, é necessária a busca em normas fundamentais processuais do CPC de aplicação subsidiária ao processo administrativo. Nesse capítulo, em especial, serão apontando instrumentos jurídicos necessários para garantir que processos administrativos baseados na mesma conduta infrativa tramitem e expeçam decisões em atendimento aos diversos princípios norteadores do ordenamento jurídico (eficiência, economia, segurança jurídica, entre outros).

Sem qualquer pretensão de exaurir as normas de aplicação subsidiária ou supletiva ao processo administrativo, i) serão identificados, a seguir, os instrumentos aplicados no processo civil diante da pluralidade de processos e de partes, observadas sua finalidade, as bases sob as quais eles foram criados e suas particularidades; e, após, ii) será examinada a possibilidade de transportar tais instrumentos da seara jurisdicional para o âmbito administrativo, compatibilizando-os, quando possível, com o regime jurídico-administrativo sancionador.

3.1.1 Conexão e Continência

Os primeiros instrumentos a serem estudados, que envolvem a multiplicidade de processos, são a conexão e a continência.

No âmbito do processo judicial, a competência resulta de critérios para distribuir entre diversos órgãos as atribuições concernentes ao desempenho da jurisdição. A competência jurisdicional é a possibilidade do exercício da jurisdição nos limites previstos em lei. É a área dentro da qual o magistrado pode exercer seu limite de poder. Em regra, com o registro ou com a distribuição da petição inicial (art. 43 CPC), é estabelecida a

³⁵⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. O impacto do CPC/2015 nos processos administrativos: uma nova racionalidade. Coluna do *site* Direito do Estado de 10.03.2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/o-impacto-do-cpc-2015-nos-processos-administrativos-uma-nova-razionalidade>.

competência do juízo e nenhuma modificação superveniente do estado de fato ou de direito poderá alterá-la³⁵⁹.

As regras de competência são dirigidas por normas (regras e princípios) e, dependendo de sua natureza, a competência pode ser absoluta ou relativa. Se a norma que determina a distribuição de competência for imperativa e de interesse exclusivamente público, trata-se de competência absoluta. Entretanto, caso a norma vise atender preferencialmente o interesse privado, configurada estará a competência relativa³⁶⁰.

As principais diferenças entre os regimes jurídicos das regras de competência absoluta e relativa são que: i) a incompetência absoluta pode ser alegada a qualquer tempo, por qualquer das partes, podendo ser reconhecida de ofício pelo órgão julgador e alegada como preliminar de contestação pelo réu (art. 64, *caput*, e §1º do CPC), enquanto a incompetência relativa somente pode ser arguida pelo réu, na contestação, sob pena de preclusão e prorrogação da competência do juízo, sendo vedado ao julgador reconhecê-la de ofício (súmula 33 STJ); ii) a regra de competência absoluta não pode ser alterada por vontade das partes, já a regra de competência relativa pode ser modificada voluntariamente pelas partes, seja pela eleição de foro onde será proposta a ação (art. 63 CPC) ou pela não alegação da incompetência relativa (art. 65 CPC); iii) a competência em razão da matéria, da pessoa e funcional são exemplos de competência absoluta, assim como a competência em razão do valor da causa quando superar os limites estabelecidos por lei e, em alguns casos, a competência territorial (art. 47, §1º e §2º CPC); ao passo que, em regra, a competência territorial é relativa, assim como a competência pelo valor da causa, quando abaixo do limite determinado pela lei; iv) a mudança superveniente de competência absoluta exige a alteração do processo para outro juízo enquanto a mudança na competência relativa é irrelevante para a causa³⁶¹.

Outra relevante distinção entre a competência absoluta e a competência relativa é que a primeira não pode ser alterada por conexão ou continência, ao contrário da segunda.

Apenas há modificação de competência relativa, isto é, de competência determinada em razão do valor da causa ou do território. A modificação pode ser legal ou

³⁵⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 222 e 225.

³⁶⁰ DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 201.

³⁶¹ DIDIER JR., Fredie. *Op. cit.*, p. 231.

voluntária. A modificação legal da competência relativa decorre de imposição da própria lei, como nos casos de conexão e continência, enquanto a modificação voluntária decorre de ato de vontade das partes; são as hipóteses de foro de eleição e de não alegação de incompetência relativa em preliminar de contestação.

O conceito de conexão e continência está previsto no Código de Processo Civil, nos artigos 55 e 56, respectivamente.

Reputam-se conexas duas ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir. São exemplos de casos de conexão: i) quando vários herdeiros pleiteiam a nulidade de testamento em ações distintas (objeto comum); ii) e quando vários passageiros ingressam judicialmente contra empresa de ônibus tendo como causa o mesmo acidente (causa de pedir comum). A principal característica da conexão entre várias causas é a identidade parcial dos elementos da lide deduzida nos diversos processos.

A continência, por sua vez, é uma conexão de maior amplitude e dá-se entre duas ou mais ações quando houver identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o pedido de uma, por ser mais amplo, abrange o das demais. É o caso de o indivíduo propor ação declaratória para reconhecimento de dívida e, em ação distinta e em desfavor da mesma pessoa, pleitear a condenação ao pagamento da mesma dívida. Nesse caso, seriam partes e causa de pedir idênticas, sendo o objeto da ação condenatória mais amplo, pois abrange o objeto da ação declaratória.

Sobrevindo conexão ou continência de uma demanda a ser ajuizada com uma ação já proposta, a distribuição deverá ser feita por dependência. As distribuições de ações conexas ou continentes por dependência ao juízo da causa anterior caracterizam o fenômeno da prevenção (art. 286, I, CPC), isto é, da definição antecipada da competência de determinada vara ou tribunal por motivo de circunstâncias relacionadas à demanda ou recurso previamente a ele (a) distribuído³⁶².

No caso de as ações conexas ou continentes já estarem em andamento e, sendo competência relativa, as ações deverão ser reunidas para decisão conjunta no juízo prevento (art. 55, §1º, e art. 58 do CPC). A exceção é se em um dos processos já houver sido proferida sentença. Havendo conexão entre duas ações e sendo o juiz prevento

³⁶² DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 204 e 207.

incompetente em razão do território para uma delas, ao invés de o magistrado se declarar incompetente, deverá determinar a reunião das ações ajuizadas separadamente e decidi-las, prorrogando-se a competência³⁶³.

Na hipótese de ações conexas tramitando em juízos cujas competências materiais sejam distintas ou de ações conexas tramitando por procedimentos distintos, a conexão terá outro efeito jurídico, visto que não será possível a reunião de processos, seja em razão da impossibilidade de alteração de competência absoluta ou da impossibilidade de reunir ações de procedimentos diversos. Nesses casos, por causa da conexão, uma das ações ficará suspensa à espera da decisão da outra, a fim de evitar que sejam proferidas decisões contraditórias. Assim, não sendo possível a reunião de processos, a conexão poderá gerar a suspensão de uma das ações³⁶⁴.

Nos termos do artigo 313, inciso V, “a”, do Código de Processo Civil, a suspensão do processo é permitida quando a sentença de mérito depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente. Ademais, o prazo de suspensão do processo nunca poderá exceder um ano (§4º do art. 313).

A relação de dependência entre causas pendentes pode se dar de duas maneiras. Pela prejudicialidade, quando a solução de uma causa puder interferir na solução que seria dada em outra e pela preliminaridade, quando a solução dada em um processo puder impedir o exame da solução do outro. Nesses casos, a solução de uma causa depende logicamente da solução que seja dada no outro processo, devendo a causa dependente ser suspensa enquanto a causa subordinante não for decidida³⁶⁵.

Ressalta-se que somente será suspenso o processo se não for possível a reunião das causas pendentes em um mesmo juízo³⁶⁶. Outrossim, embora o tempo de suspensão estabelecido por lei seja de no máximo um ano, cabe ao magistrado ser prudente,

³⁶³ DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 204 e 207.

³⁶⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 259.

³⁶⁵ DIDIER JR., Fredie. *Op. cit.*, p. 835.

³⁶⁶ GRECO, Leonardo. Suspensão do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, n. 80, p. 99.

esperando, dentro dos limites da razoabilidade, o tempo que for necessário para a decisão da causa prejudicial³⁶⁷.

De acordo com os processualistas civis brasileiros, o regramento da continência é semelhante ao da conexão, pois a continência é um exemplo de conexão. Ambas produzem os mesmos efeitos, com a sutil diferença contida no artigo 57 do Código de Processo Civil: no caso de continência, se a causa continente (mais ampla) tiver sido proposta antes da causa contida (mais restrita), esta deverá ser extinta sem resolução de mérito. Caso contrário, as ações deverão ser necessariamente reunidas³⁶⁸.

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a reunião dos processos por conexão é uma faculdade conferida ao julgador, a quem cabe, após avaliação da intensidade da conexão e do grau de risco da ocorrência de decisões contraditórias, determinar a reunião dos processos³⁶⁹.

A hodierna doutrina processualista esclarece que, embora o entendimento do STJ confira ao magistrado a faculdade de reunir ações conexas, na presente atualidade, havendo conexão e sendo possível a reunião processual, o juiz deve (e não “pode”) determinar a reunião das ações. Isso porque, no antigo Código de Processo Civil, artigo 105, havendo conexão ou continência o juiz *poderia* ordenar a reunião de ações propostas em separado para que fossem decididas simultaneamente. Ao passo que, com o Código de Processo Civil de 2015, no artigo 55, §1º, caracterizada a conexão, o juiz *deve* reunir os processos, tratando-se de regra processual cogente³⁷⁰.

Os principais objetivos da conexão, para fins de modificação de competência, são: i) a promoção da eficiência processual, permitindo que a atividade processual de uma causa sirva a outra, e ii) o impedimento da prolação de decisões contraditórias, por meio da reunião dos processos em um mesmo juízo.

³⁶⁷ STJ, REsp nº. 1.230.174/PR, 3ª. Turma, Rel. Min. Nancy Andriahi, DJe 13.12.2012.

³⁶⁸ DIDIER JR., Fredie. *Op. cit.*, p. 259.

³⁶⁹ STJ, AgRg no REsp nº. 1.118.918/SE, 5ª. Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, Dje 10.04.2013; STJ, REsp nº. 1.255.498/CE, 3ª. Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, Rel. p/ acórdão Min. Ricardo Villas Boas Cueva, DJe 29.08.2012.

³⁷⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Jurisdição e competência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 172; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 259.

A preocupação do Legislador com a ausência de decisões conflitantes ou contraditórias foi tamanha que o novo Código de Processo Civil de 2015 trouxe outra hipótese de conexão: serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, *mesmo sem conexão entre eles* (art. 55, §3º).

Esse outro caso de conexão, mais aberto e mais flexível, decorrerá do vínculo estabelecido entre as relações jurídicas litigiosas. Se a mesma relação jurídica for objeto de exame em ambos os processos ou se entre diversas relações jurídicas existir um vínculo de prejudicialidade ou preliminaridade, caracterizada estará a conexão. Exemplo de uma mesma relação jurídica discutida em dois processos distintos seria uma ação de despejo por falta de pagamento e uma ação de consignação em pagamento dos referidos aluguéis, nas duas demandas seriam discutidas a mesma relação jurídica locatícia. Já o exemplo de diversas relações jurídicas intrinsecamente ligadas é o caso da propositura de uma ação de investigação de paternidade e uma ação de alimentos, a primeira é uma relação jurídica de filiação e a segunda de alimentos, porém, embora distintas, são profundamente ligadas³⁷¹.

Feito o estudo da conexão e da continência pelas lições do processo civil, é possível observar que o conceito de conexão contido no direito processual civil delinea o vínculo, a ligação, o nexo estabelecido entre duas ou mais ações, que as tornam entrelaçados por alguma razão, prescrevendo a sua união para que o julgamento seja realizado pelo mesmo magistrado, frente ao mesmo contexto probatório, evitando decisões contraditórias³⁷². O efeito da conexão é, portanto, a reunião de ações em um mesmo processo.

Os conceitos de conexão e continência são válidos não apenas para a jurisdição em sentido estrito, mas também para o processo administrativo sancionador.

É muito comum, no âmbito administrativo, a existência de dois ou mais processos punitivos autônomos em razão de um mesmo fato, em face do mesmo agente, ocasionando duas ou mais punições.

³⁷¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 261.

³⁷² CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 292.

A conexão (em sentido amplo, abrangendo também a continência) de “causas administrativas”, como possível fenômeno de modificação da competência e junção de processos, erige-se como um meio de evitar decisões contraditórias, preservando o prestígio que se deve tributar à atividade decisória no processo administrativo e atuando como fator viabilizador dos princípios da segurança jurídica, da economia processual e da duração razoável dos litígios³⁷³.

Conforme o artigo 55 do CPC, a conexão tem como pressuposto a identidade de pedidos ou da causa de pedir (fato que dá origem à ação), sendo irrelevante a identidade de partes, enquanto a continência (CPC, art. 56) requer a identidade de partes e de causas de pedir, sendo o pedido de uma delas mais amplo que o da outra. Também enseja a reunião processual demandas que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes, mesmo sem conexão entre eles (CPC, art. 55, §3º). Embora sejam fenômenos de alteração de competência diversos são dotados dos mesmos princípios inspiradores.

Para analisar a aplicabilidade da conexão/continência prevista no CPC aos processos administrativos sancionadores é necessário separar o estudo em três cenários.

O primeiro cenário retrata a situação de uma conduta infrativa ser duplamente tutelada pelo Estado e configurar mais de um ilícito de natureza diversa, com punições previstas em mais de uma norma administrativa e, portanto, aplicadas por mais de um órgão ou entidade pública. Por exemplo, ao operar irregularmente suas instalações a PETROBRAS responde administrativamente perante a ANP (art. 3º, IX, lei nº. 9.847/1999) e, como corolário, perante o IBAMA, em razão do ato de poluir (lei nº 9.605/1998).

Em relação ao primeiro cenário, apesar de os processos administrativos sancionadores possuírem a situação fática extremamente similar, o fato de uma única conduta ensejar a configuração de mais de um ato ilícito, que pela sua complexidade e múltiplas facetas o legislador atribuiu a conjugação da expertise de mais de uma entidade da Administração Pública para assegurar a máxima efetividade nos esforços de prevenção, reparação e repressão, não permitirá a aplicação da ferramenta da conexão/continência processual.

³⁷³ DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 212.

Isso porque cada pessoa jurídica, órgão e agente possui um conjunto de atribuições fixadas pelo direito positivo, denominado competência. A competência conferida para decidir determinadas questões é estabelecida por lei e, por vezes, por decreto, podendo ser exercida em razão da matéria, território, grau ou tempo.

De acordo com os ensinamentos do direito processual civil, a competência em razão da matéria compõe o núcleo da competência absoluta, que não pode ser alterada por conexão ou continência (art. 54 do CPC). Desse modo, não é razoável admitir a conexão de processos administrativos que buscam a repressão de bens jurídicos distintos porquanto cada entidade pública detém competência conferida legalmente para instaurar, instruir e julgar processo administrativo relativo à determinada matéria. Aplicando este entendimento no exemplo dado acima, não há coerência em permitir que a ANP decida matéria de infração ambiental cuja competência material é do IBAMA, porquanto a matéria em análise não pertence ao conjunto de assuntos legalmente atribuído àquela Agência Reguladora, implicando na ausência de conhecimento técnico necessário para averiguar o dano ambiental isoladamente considerado.

Por outro lado, a doutrina processualista civil prevê que, na hipótese de ações conexas tramitando em juízos cujas competências materiais sejam distintas, a conexão terá outro efeito jurídico. Como não será possível a reunião de processos, uma das ações deverá ficar suspensa aguardando a decisão da outra³⁷⁴. Entretanto, este entendimento não deve ser aplicado integralmente no âmbito administrativo, mas apenas quando houver relação de dependência, prejudicialidade ou preliminaridade entre os ilícitos apurados e possibilidade de prolação de decisões contraditórias.

Ressalta-se que, embora o artigo 12 da lei nº. 9.784/1999 estabeleça que um órgão administrativo poderá delegar parte de sua competência a outros órgãos ou titulares, desde que não haja impedimento legal e se for conveniente em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial, a competência para apuração de ilícito se amolda na competência exclusiva do órgão ou da autoridade que, conforme artigo 13, inciso III, da mesma norma, é indelegável.

³⁷⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 259.

O fundamento da impossibilidade de delegação do exercício da competência apuratória para órgão distinto, por configurar competência exclusiva do órgão ou autoridade, está no fato de a apuração do comportamento infrativo exigir que determinado órgão possua conhecimento técnico suficiente para visualizar a plena configuração e as consequências do ilícito supostamente praticado, de modo que, ao delegar a apuração e o julgamento de um assunto a um órgão que não detém o conhecimento técnico exigido, na prática, haverá renúncia de competência, visto que aquela autoridade não deterá o “*know-how*” necessário para examinar e julgar aquela infração e, como corolário, a conduta não será satisfatoriamente examinada.

Advirta-se que a identificação das matérias que configuram competência exclusiva nem sempre é algo fácil, pois se trata muito mais de uma questão de interpretação acerca da possibilidade de delegação do que de algo que seja extraído de forma indiscutível da leitura do texto normativo, exceto se a lei enfatizar expressamente que determinada matéria é indelegável³⁷⁵.

O segundo cenário refere-se à hipótese de uma conduta ensejar várias infrações, violadoras da mesma norma jurídica, que serão objeto de punição por um mesmo órgão ou entidade pública. É o caso, por exemplo, de uma empresa área regulada pela ANAC que, pela prática de um ato, comete várias infrações em face de diversos usuários do serviço, sendo responsabilizada administrativamente com base apenas na resolução nº 472, de 6 de junho de 2018 da ANAC.

No tocante ao segundo cenário, no qual uma conduta enseja várias infrações violadoras da mesma regra jurídica, que tutela o mesmo bem jurídico, e a competência material é atribuída a uma mesma entidade pública, é perfeitamente admissível a aplicação da conexão e da continência.

A justificativa se assenta na ideia de que, por estar diante do mesmo conjunto de fatos e, sobretudo, da competência técnica do mesmo órgão público, aos diversos processos administrativos é necessária a aplicação de uma solução unificada fruto de uma instrução processual conjunta em observância ao princípio da segurança jurídica e da economia processual. Como as comissões, turmas ou conselheiros responsáveis pelo

³⁷⁵ NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: lei no 9.784/99 comentada*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 216-217.

juízo dos diversos processos administrativos sancionadores nem sempre são os mesmos, faz-se importante a reunião processual para evitar a prolação de decisões contraditórias.

O mesmo ocorre em relação ao terceiro cenário. Imagine o contexto em que, em decorrência de uma mesma infração ao Código de Defesa do Consumidor (CDC), uma empresa responde a um processo administrativo perante o PROCON do Estado de Minas Gerais, a um processo administrativo perante o PROCON do Estado de São Paulo e a outro processo no PROCON do Estado de Santa Catarina. Cada órgão público regional de defesa e proteção do consumidor tem sua competência para apurar infrações e aplicar penalidades, embora todos eles façam parte de um Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC).

Ainda que cada Estado possua competência, por se tratar de órgãos (PROCON's) de um mesmo sistema (SNDC) e para evitar a sua atuação descoordenada, em que um Estado firma Termo de Compromisso e Ajustamento de Conduta (TAC), enquanto outro não aceita TAC e determina a punição da empresa, impõe-se a aplicação do instrumento da conexão.

Note-se que, no exemplo acima, trata-se da mesma lei, do mesmo comportamento, porém de uma pluralidade de competências da mesma matéria em que as autoridades divergem de posicionamento, uma não admitindo a decisão (acordo) da outra. Ora, os PROCON's fazem parte do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) que se chama "sistema" por uma única razão: o pressuposto de que a atuação dos órgãos que o compõem deva ser coordenada, articulada, não díspar ou divergente. Desse modo, deve ocorrer a conexão dos diversos processos administrativos sancionadores para que sejam analisados e julgados de forma conjunta.

Nesse sentido, merecem destaque as lições de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart que, embora façam referência expressa ao processo civil, aplicam-se satisfatoriamente ao processo administrativo.

“Precisamente aí está o fundamento da reunião de processos determinada pela conexão ou pela continência: evitar a coexistência de decisões contraditórias e dar maior eficiência à atividade processual (princípio da economia processual) – já que, diante da existência de questões comuns nas causas, será possível, muitas

vezes, aproveitar atos de um processo em outro, reduzindo custos e tempo em ambos”³⁷⁶.

Destaca-se que, na esfera administrativa é suficiente que o requisito da identidade/semelhança de pedidos ou da causa de pedir seja parcialmente constatável. A identidade de causas de pedir exigida no campo dos processos administrativos sancionadores é a de fundamentos fáticos e jurídicos. A identidade de “categorização” jurídica é totalmente dispensável. Os fundamentos jurídicos que compõem a causa de pedir devem ser considerados como nexo de causalidade, isto é, a relação de causa e efeito entre os fatos ocorridos e o pedido, e não como fundamentos legais, inscrição de artigos ou capitulações legais³⁷⁷. Por essa razão, o fato de os fundamentos jurídicos serem diversos não exige que processos e punições sejam diferentes.

Ao se pronunciar sobre o assunto em tela, Arruda Alvim, consagrado processualista que opera com a mesma autoridade técnica na esfera judicial e na esfera administrativa, sustentou que

[..] o princípio da unidade de solução deve ser aplicado sempre que se esteja diante dos mesmos fatos, de fatos similares ou, ainda, diante do mesmo conjunto de fatos, devido à necessidade de instrução e decisão conjunta. Tal decorre, sobretudo, do princípio da segurança jurídica, mas, também, da economia processual. Quando se cogita, especificamente, da conexão ou continência nos processos administrativos punitivos, a solução de um dos processos deverá ser similar ou estará abarcada pelo outro³⁷⁸.

Destarte, no tocante à decisão, quando da aplicação da conexão e da continência nos processos administrativos sancionadores, a solução de um dos processos, senão idêntica, deverá estar compreendida pelo outro, em atendimento ao princípio da segurança jurídica.

Apesar de expostos todos os benefícios da conexão e da continência, não se pode tapar os olhos para eventual arguição de violação da competência dos órgãos públicos.

Ao reunir para julgamento processos administrativos de competência de diversos órgãos, ainda que partes de um mesmo sistema, por meio da aplicação da conexão ou continência, poderia se cogitar de uma entidade pública estar “abrindo mão” de sua

³⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, v. 2, *Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 50-51.

³⁷⁷ ALVIM, Arruda. Conexão e continência no processo administrativo. In Marçal Justen Filho, Cesar Augusto Guimarães Pereira e Arnoldo Wald (orgs.). *O Direito Administrativo na Atualidade – Estudos em Homenagem ao Centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 233.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 238.

competência, acendendo debates quanto à ofensa à autonomia do órgão e à eventual desídia, ato de improbidade administrativa ou, ainda, prevaricação da autoridade competente que declinou o processo, caminhando em sentido contrário ao disposto pelo artigo 5º, inciso LIII, da Constituição Federal (“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”) e artigo 11 da lei nº. 9.784/1999 (“a competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria”).

Entendemos que, nos possíveis casos de conexão, não há renúncia do dever de apurar as faltas e impor sanções administrativas nem violação à autonomia dos entes. A possibilidade de a autoridade competente promover, de ofício ou a requerimento das partes, a reunião de processos que tramitam apartados ao primeiro órgão que dele conheceu (órgão prevento), fundamentado na conexão ou continência, tem a finalidade de evitar que a Administração Pública dê tratamento diferenciado a situações semelhantes, proferindo decisões contraditórias, e de reduzir despesas com a prática de diversos atos processuais que seriam produzidos em duplicidade, atendendo, portanto, princípios caros ao direito administrativo, como eficiência, economia processual, segurança jurídica e duração razoável do processo.

Logo, a utilização da conexão e da continência nos processos administrativos é medida legal, conveniente ao Estado e promove a harmonia do sistema jurídico na medida em que busca evitar decisões conflitantes.

É evidente que a possibilidade da utilização desses valiosos instrumentos ingressa na esfera do processo administrativo pela porta do artigo 15 do CPC, o qual prevê expressamente que, na ausência de normas que regulem processos administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente. Relembre-se que há, inclusive, previsão expressa em legislação especial que disciplina processos administrativos determinando a aplicação subsidiária do CPC. É o caso, por exemplo, do artigo 115 da lei nº. 12.529 de 30 de novembro de 2011 que instituiu o Sistema Brasileiro de Controle da Concorrência.

Ademais, não há se falar em renúncia do dever de punir, pois o sancionado irá receber a devida punição por todas as infrações praticadas em cada um dos processos administrativos reunidos, nos termos do artigo 22, parágrafo terceiro, da LINDB, pelo qual

“as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções da mesma natureza e relativas ao mesmo fato”.

Assim, para a distribuição administrativa de processos conexos é necessário que a abertura dos dois ou mais processos administrativos punitivos advenha de um comportamento infrativo violador de uma mesma regra jurídica, de competência material atribuída a uma mesma entidade pública ou a órgãos distintos, porém pertencentes a um mesmo sistema.

Não obstante, destaca-se que também poderá ser determinada a reunião para apreciação ou julgamento conjunto de processos administrativos que possam gerar risco de prolação de decisões contraditórias ou conflitantes caso decididos separadamente, ainda que não haja conexão entre eles, mas desde que os órgãos administrativos possuam a mesma competência material para tanto.

Será competente para conduzir e julgar os processos administrativos sancionadores conexos o órgão prevento, isto é, o primeiro órgão/autoridade que conheceu o processo. Logo, caracterizada a conexão ou a continência, a autoridade competente, sempre de forma fundamentada, promoverá a reunião dos processos punitivos, de ofício ou a pedido do acusado.

A conexão poderá ser conhecida a qualquer tempo, exceto no caso dos processos que já tenham decisão final. Nesse caso, deverão ser observadas as regras do capítulo 4 deste trabalho.

Por último, esclarece-se que, pelo fato de promoverem a unificação e julgamento conjunto dos processos a fim de evitar a prolação de decisões conflitantes, em desprestígio da Administração Pública, o “poder/dever” de aplicação dos fenômenos processuais da conexão e da continência aos processos administrativos sancionadores deve ser interpretado muito mais como dever do que como mera possibilidade. A obrigatoriedade da aplicação do instrumento da conexão das “causas administrativas” se dá em razão do risco de que se pronunciem, em feitos semelhantes, decisões antagônicas.

3.1.2 Litisconsórcio

Outra figura de notável contribuição para a articulação de múltiplos processos é a do litisconsórcio. Embora concebido preliminarmente no âmbito processual civil, também deve ser transportado para a esfera do direito processual administrativo sancionador.

O tema da cumulação processual pode ser visto sobre dois prismas: a cumulação objetiva e a cumulação subjetiva. No item 3.1.1, enfrentou-se o impasse da cumulação de demandas, também chamada de cumulação objetiva. Nesse momento, será abordada a cumulação subjetiva, que envolve a pluralidade de sujeitos no polo de um único processo, também denominada litisconsórcio.

Em regra, são singulares os sujeitos da relação processual, isto é, um autor e um réu. No entanto, pode ocorrer de, em alguns casos, uma das partes do processo ser composta por mais de uma pessoa/ente. A este fenômeno dá-se o nome de litisconsórcio e aos diversos integrantes do mesmo lado da relação processual, litisconsortes.

Justifica a cumulação subjetiva o fato de o direito material discutido dizer respeito a mais de um titular/obrigado ou a existência de conexão entre os pedidos formulados pelos diversos autores e/ou réus, revelando a natureza instrumental e a interdependência entre direito substancial e processo³⁷⁹.

O litisconsórcio é classificado pela doutrina processualista civil em *ativo*, *passivo* ou *misto*, *inicial* ou *ulterior*, *unitário* ou *simples*, *necessário* ou *facultativo*.

No tocante à posição das partes, será ativo o litisconsórcio quando a pluralidade for de autores; passivo quando a pluralidade for de réu e misto quando a pluralidade for de autores e réus.

Em relação ao momento de sua formação, o litisconsórcio será inicial quando se formar com a propositura do processo e ulterior quando surgir após o procedimento ter-se formado. O litisconsórcio ulterior pode ser de quatro maneiras³⁸⁰: i) em razão de uma intervenção de terceiro (denúncia da lide e chamamento ao processo); ii) pela sucessão processual; iii) por determinação do julgador (intervenção *iussi iudicis*), conforme art. 115,

³⁷⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 347.

³⁸⁰ DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 264.

parágrafo único do CPC e iv) pela conexão ou continência, se impuserem a reunião das causas para processamento simultâneo.

Quanto à uniformidade de decisão, será simples/comum ou não unitário o litisconsórcio quando a decisão, apesar de proferida no mesmo processo, puder ser diferente para cada um dos litisconsortes, e será unitário/especial quando a decisão da causa tiver que ser uniforme a todos os litisconsortes.

Duas principais características inspiram a disciplina ordinária do litisconsórcio. A primeira é a unidade formal do processo no qual tramitam as causas cumuladas e a segunda é o sistema da independência substancial das referidas causas cumuladas³⁸¹.

Em geral, ao mesmo tempo em que o litisconsórcio estabelece uma unidade procedimental, ele conserva a autonomia das ações cumuladas, de modo que os pedidos reunidos pelos variados autores ou em desfavor dos diversos réus, ainda que julgados por sentença formalmente uma, possam ter resultado distinto. No entanto, em alguns casos, os litisconsortes compõem relação materialmente una e incindível.

Conforme dispõe o artigo 116 do CPC, “o litisconsórcio será unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes”.

Para caracterizar um litisconsórcio como unitário, portanto, é necessário que a relação jurídica seja única e indivisível, porém com pluralidade de titulares. Nesta espécie de litisconsórcio, várias pessoas são consideradas apenas uma, pois o pedido elaborado por cada uma é o mesmo, fundado na mesma causa de pedir, o que impossibilita o julgamento diverso para cada um dos litisconsortes. É o caso, por exemplo, de dois condôminos demandarem para proteger coisa comum, de litisconsórcio entre denunciante e denunciado à lide, de litisconsórcio entre o adquirente e o alienante da coisa litigiosa e de litisconsórcio entre legitimados para a tutela coletiva (Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual para o ajuizamento de ação coletiva)³⁸².

³⁸¹ MANDRIOLI, Crisanto. *Curso di Diritto Processuale Civile*. 8. ed. Torino: Giappichelli, 1991, v. I, p. 304, nota 21.

³⁸² DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 511.

A separação ou não das causas objeto de um litisconsórcio será determinada a partir do direito material. Apenas haverá litisconsórcio unitário se, no plano material, somente o julgamento uno for possível. Sendo possível, materialmente, a definição de direitos distintos, ainda que conexos, não será obrigatória a decisão uniforme para todos os litisconsortes.

No que concerne à obrigatoriedade da formação, o litisconsórcio será necessário – também chamado de obrigatório – quando decorrer de imposição legal ou da própria natureza da relação jurídica discutida – e será facultativo quando o litisconsórcio puder ou não se formar, ficando a critério dos litigantes.

O litisconsórcio será facultativo nas hipóteses previstas pelo CPC. Nos termos do artigo 113, duas ou mais pessoas *podem* litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: i) entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; ii) entre as causas houver conexão pelo pedido ou pela causa de pedir; e iii) ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito. Note-se que a mera afinidade de questões, a existência de um liame, também possibilita a formação do litisconsórcio.

De acordo com o parágrafo primeiro do artigo 113, quando se tratar de litisconsórcio facultativo, o juiz poderá limitar o número de litigantes na fase de conhecimento, na liquidação de sentença ou na execução, caso haja comprometimento da rápida solução do litígio ou dificuldade de defesa ou de cumprimento da sentença. A este fenômeno é dado o nome de litisconsórcio multitudinário.

Em que pese o dispositivo seja específico para situações de litisconsórcio facultativo, parte da doutrina entende que, em qualquer situação, cabe ao juiz analisar a viabilidade do litisconsórcio multitudinário e, sendo o caso, determinar o desmembramento. Porém, em todas as situações, os requisitos do comprometimento da rápida solução do litígio ou da dificuldade de defesa ou de cumprimento da sentença devem ser observados³⁸³.

Pelo fato de cada demanda possuir particularidades e atributos próprios e não haver norma sobre o assunto, o número ideal e praticável de litigantes nos polos da ação

³⁸³ DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 270.

deverá ser estabelecido frente ao caso concreto. No entanto, para limitação do litisconsórcio é necessário constatar, invariavelmente, o comprometimento da celeridade, da efetividade ou da amplitude do direito de defesa.

Com relação ao procedimento para a limitação do litisconsórcio multitudinário, há dois entendimentos: i) que o juiz deve determinar o desmembramento dos processos em tantos quantos forem necessários, evitando prejuízo aos litigantes e ii) que o juiz deve excluir os litisconsortes excedentes, devendo estes, caso desejarem, ajuizarem novas demandas de modo individual.

Há de se destacar que o substitutivo (projeto de Lei nº. 8.046, de 2010, na Câmara dos Deputados), não aprovado por parte do Senado Federal, que resultou no CPC, afiliava-se ao primeiro entendimento e trazia a seguinte redação³⁸⁴:

“[...] Na decisão que limitar o número de litigantes no litisconsórcio facultativo, o juiz estabelecerá quais deles permanecerão no processo e o número máximo de integrantes de cada grupo de litisconsortes, ordenando o desentranhamento e a entrega de todos os documentos exclusivamente relativos aos litigantes considerados excedentes”.

Assim, com fulcro nos princípios da celeridade e da economia processual, o mais adequado é admitir o desmembramento e remeter as petições e documentos referentes aos demais litisconsortes para que, desde logo, formem novos autos, obtendo prosseguindo imediato³⁸⁵. Admitir a exclusão dos litisconsortes excedentes constitui ofensa ao princípio da igualdade e ao direito de ação.

Identificar a existência do litisconsórcio necessário é a grande dificuldade. Todavia, o artigo 114 regula o impasse. Segundo o dispositivo, “o litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes”.

Duas observações podem ser extraídas da segunda parte desse dispositivo. A primeira é que, ao estabelecer que o litisconsórcio será necessário quando a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes, o dispositivo orienta que, com o perdão da redundância, será necessário quando realmente for necessário. E a

³⁸⁴ Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010 (nº 8.046, de 2010, na Câmara dos Deputados). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2014/11/27/cpc-quadro-comparativo-pls-166-2010-e-substitutivo-da-camara>. Último acesso em 27.08.2021.

³⁸⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2, t. I, p. 446.

segunda é que, ao remeter à relação jurídica controvertida, o legislador assinala referência ao litisconsórcio unitário, estabelecido a partir da relação jurídica litigiosa. Logo, em outras simples palavras, o litisconsórcio unitário passivo será, em regra, necessário.

É importante destacar que nem todo litisconsórcio unitário é necessário.

Existe litisconsórcio facultativo unitário, porém no polo ativo da relação jurídica processual. A facultatividade resulta de não poder condicionar o direito de ação do autor à participação dos demais litisconsortes ativos e da impossibilidade de o julgador ordenar a integração do polo ativo faltante em razão de ser vedado obrigar alguém a litigar, como autor, em demanda judicial³⁸⁶. Alguns exemplos de litisconsórcio facultativo unitário são: ação popular, que pode ser proposta por qualquer cidadão, independente da adesão dos demais colegitimados e ação civil pública, que pode ser proposta pelo Ministério Público, pelas pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública direta e indireta e por associações.

O litisconsórcio necessário unitário, portanto, é o litisconsórcio passivo. Embora a confusão seja recorrente, litisconsórcio unitário e litisconsórcio necessário são fenômenos distintos que abordam duas problemáticas diferentes “a da indispensabilidade da integração de todos os colegitimados na relação processual (litisconsórcio necessário ou facultativo) e a do regime de tratamento dos litisconsortes no processo”³⁸⁷. Enquanto a unitariedade pressupõe um litisconsórcio já formado, o litisconsórcio necessário atua na necessidade de sua formação.

Embora o litisconsórcio unitário necessário seja o passivo, de modo excepcional, pode haver litisconsórcio unitário passivo facultativo. É o caso de litisconsórcio entre devedores solidários de obrigação indivisível (art. 275 do Código Civil).

Com relação ao litisconsórcio necessário ativo, a sua existência é amplamente discutida pela doutrina processualista civil. Embora o artigo 115, parágrafo único, do CPC seja claro no sentido de, apenas nos casos de litisconsórcio necessário passivo, o juiz determinará ao autor que requeira a citação de todos que devam ser litisconsortes, sob pena

³⁸⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 515.

³⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 122.

de extinção do processo, há quem defenda a existência do litisconsórcio necessário ativo, conquanto sejam lições construídas a partir do CPC de 1973³⁸⁸.

Deve prosperar, entretanto, o entendimento da doutrina moderna³⁸⁹, pelo qual não é possível conceber que, em decorrência da lei ou da natureza da relação jurídica, o litisconsórcio deva se formar obrigatoriamente no polo ativo, limitando o direito de um litisconsorte de ajuizar a demanda caso o outro discorde em também figurar como autor.

O direito de ação do autor não pode ser condicionado à participação de outros colegitimados como litisconsortes ativos, pois, pelo princípio da ação, a propositura da demanda constitui prerrogativa da parte, não sendo possível o constrangimento de alguém para litigar como autor. Assim, a figura do litisconsórcio necessário ativo, ainda que unitário, não é admitida. Qualquer legitimado poderá, separadamente, propor a demanda para discutir relação jurídica indivisível, ainda que contra a vontade dos demais litisconsortes necessários. O contrário ensejaria a privação da garantia constitucional do acesso à justiça³⁹⁰.

Acontece que se a colegitimação é ativa e há unitariedade, um possível litisconsorte ficará submetido à coisa julgada, de acordo com a regra dos casos de legitimação extraordinária³⁹¹. Em outras palavras, um terceiro que não integrou o processo padeceria as consequências da coisa julgada.

Para que seja admitida a extensão da coisa julgada ao litisconsorte estranho ao processo, é imprescindível que o litisconsorte unitário que não ingressou em juízo com o autor seja integrado à lide. Nesse caso, será suficiente a cientificação da lide àquele que

³⁸⁸ Nesse sentido, FREIRE, Homero. *Litisconsórcio necessário ativo*. Recife: Livraria Literatura Jurídica Internacional, 1954, p. 78-81; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In MARCATO, Antônio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 155; MEDINA, José Miguel Garcia. *Litisconsórcio ativo necessário*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 1997, n. 88, p. 285 e segs.

³⁸⁹ Nessa perspectiva, DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 517; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 35; DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 269.

³⁹⁰ DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 269.

³⁹¹ Favorável à extensão da coisa julgada ao colegitimado, regra aceita por quase a integralidade da doutrina, TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 229. Contrário à admissão da extensão da coisa julgada ao litisconsorte estranho ao processo, sendo possível a existência de diversas coisas julgadas aos possíveis litisconsortes, tendo que prevalecer a mais recente, TALAMINI, Eduardo. Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada). In DIDIER JR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004, p. 2010-211.

deveria figurar como litisconsorte ativo, mas não o fez, para que i) ingresse na lide como litisconsórcio ativo com o autor, ii) atue juntamente com o réu ou iii) permaneça inerte, situação na qual o autor atuará como substituto processual do litisconsórcio faltante. Desse modo, viabilizada estará a propositura da ação sem que a parte afetada pela coisa julgada figure como litisconsórcio ativo³⁹².

A primeira parte do artigo 114 aponta o segundo caso de litisconsórcio necessário que é quando a lei expressamente assim o dispuser, o litisconsórcio necessário por força de lei. Assim, nem todo litisconsórcio necessário é unitário. O litisconsórcio necessário simples, portanto, é perfeitamente possível, desde que a lei imponha a obrigatoriedade por questão de conveniência e almejando salvaguardar a harmonização dos julgados e a eficiência. É o que ocorre, por exemplo, no litisconsórcio entre cônjuges (art. 73, §1º, CPC).

No tocante à autonomia, “os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos, exceto no litisconsórcio unitário, caso em que os atos e as omissões de um não prejudicarão os outros, mas os poderão beneficiar” (art. 117 do CPC). Em resumo, cada litisconsorte elege seu procurador e apresenta sua defesa, independentemente da defesa do outro, sendo considerado litigante autônomo em relação à parte contrária. Todavia, no litisconsórcio unitário, apenas os atos benéficos, que não prejudiquem os interesses dos litisconsortes, podem ser aproveitados por todos.

Com relação à autonomia para a prática dos atos processuais, “cada litisconsorte tem o direito de promover o andamento do processo, e todos devem ser intimados dos respectivos atos” (art. 118 do CPC).

De posse das lições da doutrina processualista civil sobre a temática do litisconsórcio, voltemo-nos para o campo do processo administrativo sancionador.

Apesar de o litisconsórcio ser um tema bastante enfrentado, objeto de inúmeros estudos pelos processualistas civis, no campo processual administrativo a matéria não adquiriu o mesmo alcance.

A utilização do litisconsórcio nos processos administrativos é feita timidamente por uma ou outra entidade pública. Por não conter previsão normativa em seus

³⁹² DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 270.

regulamentos determinando expressamente a utilização do litisconsórcio, o uso do instituto depende exclusivamente do entendimento de cada autoridade julgadora para cada caso concreto.

A título de exemplo, o processo administrativo sancionador tramitando na Comissão de Valores Mobiliários sob o número 07/2012 (Reg. Col. 9317/2014)³⁹³, foi instaurado com a formação do litisconsórcio passivo, constando como acusados a administradora e diversos gestores de fundos exclusivos da PRECE – Previdência Complementar, em razão de infração ao dever de diligência e de fiscalização de negócios realizados com títulos privados e públicos federais entre dezembro de 2003 e dezembro de 2006. Assim como o processo administrativo nº 08700.001486/2017-74 do CADE³⁹⁴, que visava apurar suposto cartel no mercado de sistemas de exaustão e seus componentes automobilísticos (“sistemas de exaustão”), adquiridos por fabricantes de equipamento original (*Original Equipment Manufacturer* – “Montadoras OEM”).

O ponto em comum dos exemplos acima é a existência de litisconsórcio passivo. Tanto a CVM quanto o CADE fizeram uso do litisconsórcio passivo em seus processos administrativos sancionadores.

Todavia, embora o instituto não seja novo, o uso do litisconsórcio na instauração do processo administrativo sancionador é incomum, porquanto as autoridades competentes não compreendem a finalidade, a necessidade e as consequências da aplicação do litisconsórcio na esfera administrativa, fazendo que, na esmagadora maioria dos casos, a Administração tenha receio de aplica-lo por não estar expressamente disposto na lei setorial.

Um dos objetivos da presente tese é o de verificar se o ordenamento jurídico brasileiro promove a articulação de processos administrativos sancionadores instaurados em razão de um único comportamento, por uma mesma entidade ou por entidades

³⁹³ CVM, processo administrativo sancionador CVM nº. 07/2012, julgado em 09.01.2018. Disponível em: <http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/deciso/es/anexos/2018/20180109/9317.pdf>.

³⁹⁴ CADE, Nota Técnica nº 144/2017/CGAA6/SGA2/SG/CADE, em parecer emitido nos autos nº. 08700.001486/2017-74, instaurado em 19 de maio de 2017. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOh5EFVp0O_TgCx4P6OLuKY6LSG57S-A-4L_0-sxpPC2kWZkqLRiiP7QK6ZtDRoapFfcPnxkkKir1RPdGFnmI0s.

diferentes, assegurando os princípios da eficiência, economia, segurança jurídica, boa-fé, moralidade administrativa e razoabilidade no trâmite processual.

Muitas vezes, processos administrativos sancionadores oriundos de uma mesma conduta ilícita tramitam isoladamente, sem que as autoridades julgadoras tenham ciência do prosseguimento dos demais processos, gerando decisões conflitantes e, por consequência, insegurança jurídica para o sancionado, além de gasto excessivo de dinheiro público.

O litisconsórcio, como ferramenta do direito processual, apresenta-se como possível saída para o problema do alto dispêndio de recursos públicos e da proliferação de decisões antagônicas no âmbito dos processos administrativos sancionadores conexos, sobretudo porque a existência da cumulação de sujeitos (litisconsórcio) na via processual tem a finalidade de permitir a análise de diversos pleitos numa única relação jurídica processual, evitando-se a multiplicidade de processos e proporcionando economia processual, na busca por um máximo de resultado com um mínimo de esforço.

Ressalta-se que a comunicação de processos administrativos sancionadores, que neste trabalho se almeja, não visa impedir que decisões diferentes sejam proferidas, mas sim que pessoas, em situação idêntica, recebam tratamentos jurídicos diferentes. Nada impede que, por exemplo, no caso de litisconsórcio ativo, sejam prolatadas decisões diferentes para cada ato ilícito praticado. É perfeitamente possível que uma mesma conduta tenha lesado um bem jurídico, mas não o tenha feito para outro. O que não se pode admitir é que pessoas que estejam em uma idêntica situação jurídica, por exemplo, uma empresa de transporte de passageiro que comete diversas infrações com relação a centenas de passageiros, receba tratamento jurídico diverso em cada um dos expedientes administrativos instaurados quando o ato decorre da mesma conduta e lesa o mesmo bem jurídico.

O que nos propomos, neste momento, é averiguar a possibilidade de utilização do litisconsórcio na Administração Pública, nos casos de trâmite simultâneo de mais de um processo administrativo sancionador abordando uma mesma conduta infrativa ou mais de um ilícito administrativo.

Segundo o artigo 114 do CPC, o litisconsórcio será necessário, isto é, deverá obrigatoriamente ser formado, por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes. Todavia, no âmbito processual administrativo, essas hipóteses não estão presentes. Primeiro porque não há norma administrativa prevendo a necessidade do litisconsórcio e segundo porque, no processo administrativo sancionador, não se vislumbra a hipótese de a eficácia da decisão proferida por uma entidade pública depender necessariamente da presença de todos os litisconsortes no polo da demanda.

Embora o litisconsórcio na via administrativa não seja de formação obrigatória, não há nenhum impedimento para que sua formação seja realizada facultativamente. Ao admitir a facultatividade do litisconsórcio (art. 113 do CPC), ativo ou passivo, nas situações em que há, entre os litigantes, comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide ou conexão pelo pedido ou pela causa de pedir entre as causas ou, ainda, afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito, o legislador permite que duas ou mais pessoas, nas situações acima, demandem, no mesmo processo, em conjunto, em razão da economia processual.

Essa permissão legislativa faz-se verdadeiramente importante no âmbito dos processos administrativos sancionadores que apuram um mesmo comportamento. No entanto, é preciso cautela para sua aplicação.

No tocante ao litisconsórcio passivo, isto é, pluralidade de partes no polo passivo da demanda, entendemos que deve ser realizado sempre que possível nos processos administrativos punitivos quando configuradas as hipóteses previstas no artigo 113 do CPC.

A seguir seguem alguns exemplos para ilustrar a utilização do litisconsórcio passivo na Administração Pública.

O litisconsórcio passivo pode ser utilizado quando diante da infração de cartel, que, segundo a legislação e jurisprudência do direito concorrencial³⁹⁵ é constituída por três elementos: i) existência de um acordo, independentemente de sua forma; ii) as partes nesse acordo tenham relação de concorrência no mercado afetado pela conduta; e iii) o objeto do

³⁹⁵ Nesse sentido são os votos proferidos nos Processos Administrativos nº. 08012.006130/2006-22, nº. 08012.002921/2007-64, nº. 08012.005882/2008-38 nº. 08012.002812/2010-42 e nº. 08012.004674/2006-50.

acordo refira-se a preços, quantidades, volume, divisão de mercado. Nesse caso, a autoridade antitruste brasileira irá apurar o ato ilícito, podendo se utilizar do litisconsórcio passivo para colocar todos os supostos infratores no polo passivo de um mesmo processo administrativo.

De igual forma, o litisconsórcio passivo poderá ser utilizado em infrações disciplinares praticadas por mais de um agente público, como, por exemplo, dois servidores públicos, em conluio, e com a finalidade de venda, deixam de aplicar, à população de determinada região, vacinas específicas que forneceriam imunidade adquirida ativa para uma doença particular. No momento de instauração do processo administrativo para apuração do ilícito, a autoridade competente poderá indicar simultaneamente os dois servidores no polo passivo da demanda.

Em todas essas situações a utilização do litisconsórcio passivo somente apresenta benefícios para a Administração Pública. São eles: a economia processual, uma vez que a conduta ilícita seria analisada em um único expediente, produzindo um resultado efetivo com o mínimo de gasto dinheiro público e de pessoal, e a celeridade na apreciação, conhecimento e julgamento da demanda, eis que a autoridade competente, de posse da instrução probatória completa da situação infrativa em um só processo, não tardaria a proferir o julgamento.

Relembre-se que, a todos os litigantes em processo administrativo, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal). Segundo decisões reiteradas dos Tribunais judiciais, a garantia do princípio constitucional da defesa deve ser aplicada aos processos administrativos. Do contrário, o processo administrativo sem oportunidade de defesa ou com defesa cerceada, será nulo³⁹⁶.

Estabelecidos os pressupostos acima, faz-se importante examinar a aplicação do litisconsórcio ativo no âmbito dos processos administrativos, sobretudo porque não se tem relatos acerca do emprego do litisconsórcio ativo entre entidades públicas na instauração de processos administrativos punitivos.

³⁹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 588. Nesse sentido, STF, RE 433.239 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, D.J. 26.08.2014, ARE 653.739 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, D.J. 26.10.2018.

Em eventual litisconsórcio ativo aplicado na esfera administrativa, haveria pluralidade de partes no polo ativo da demanda, conglobando numa única relação jurídica pleitos de diversas entidades ou órgãos públicos em desfavor de uma pessoa. Em outras palavras, apesar de haver vários órgãos ou entidades figurando no polo ativo da relação jurídica processual, existiria um único processo e julgador para análise das diversas demandas deduzidas.

Imagine que um servidor público nas repartições da Universidade de São Paulo pratique determinado ato ilícito. A apuração desta conduta poderá ser apurada perante a Comissão de Ética, como infração ética, por processo administrativo disciplinar e, ainda, pelo Tribunal de Contas, no controle externo. As investigações a serem realizadas pelos devidos órgãos públicos terão por base o mesmo fato. Todavia, cada órgão terá um objetivo diferente, um se restringirá à análise apenas da questão financeira, outro do descumprimento de um compromisso moral e dos padrões qualitativos estabelecidos e outro da constatação de infrações contra o bom funcionamento da Administração Pública.

Diferente do que ocorre nas regras de conexão, o CPC não previu expressamente que não poderá haver litisconsórcio em processos cujas competências materiais sejam distintas, embora mesmo sem a proibição exista a inviabilidade prática dessa utilização no processo judicial.

Da aplicação subsidiária do CPC aos processos administrativos, verifica-se que não seria lógico permitir que alguém que não possua conhecimento sobre a matéria a julgue. Porém, não há proibição na legislação acessória.

Logo, nada impede que as autoridades optem por instaurar processos administrativos sancionadores em litisconsórcio ativo. No entanto, para possibilitar a aplicação efetiva do instituto na esfera administrativa a barreira da ausência de conhecimento sobre os ilícitos sob julgamento deve ser suprida.

O principal requisito pra averiguar a efetividade de ingresso em litisconsórcio ativo é se o litisconsorte julgador possuirá conhecimento técnico para julgar todos os assuntos envolvidos, de modo que o julgamento seja proferido sem comprometer a qualidade da decisão.

No exemplo acima, nada impede que a Comissão Ética e a Comissão Disciplinar ingressem simultaneamente com único expediente para averiguar a conduta do servidor público, pois, além de tratarem-se de órgãos situados dentro da mesma unidade (na Universidade de São Paulo), a matéria em análise transita com certa correspondência no campo ético-disciplinar, autorizando a autoridade habilitada a apurar e julgar tanto a infração ética quanto o ilícito disciplinar pela proximidade de seus conteúdos. Não há razões para que processos administrativos, que devam analisar um mesmo comportamento ilícito, tramitem por órgãos distintos, dentro de uma mesma unidade, quando a matéria em julgamento seja passível de adequada apreciação técnica por uma autoridade competente.

Ainda no exemplo acima, situação diversa é a relação entre o Tribunal de Contas, no controle externo, e a Comissão Ética e/ou Comissão Disciplinar. Verifica-se que as matérias de apreciação do Tribunal de Contas limitam-se a analisar estritamente a questão orçamentária, do mau uso do dinheiro público pelo servidor, necessitando de conhecimento técnico específico. Assim, não é recomendada a utilização do litisconsórcio ativo em razão da necessária especialidade técnica de apuração e, principalmente, pela probabilidade de restar comprometida a decisão.

No entanto, possível solução para que órgãos distintos apurem condutas conexas em litisconsórcio seria a de que o grupo julgador seja composto por uma comissão mista/híbrida, isto é, por membros das diferentes entidades/órgãos-litisconsortes atuantes no mesmo processo, a fim de evitar que determinado ilícito seja indevidamente analisado.

Havendo, dentre os litisconsortes, uma comissão julgadora que possua conhecimento técnico para apurar e julgar todas as infrações, entidades administrativas poderão instaurar um mesmo processo sancionador quando entre as causas houver conexão, afinidade de questões ou comunhão de direitos ou de obrigações.

A utilização do litisconsórcio ativo não será condicionada, portanto, a serem matérias de competência de uma mesma entidade. Desde que a conduta seja investigada por autoridade detentora de conhecimento técnico sobre os ilícitos praticados, órgãos/entes distintos poderão propor processo administrativo sancionador em litisconsórcio. É o caso, por exemplo, de o Estado de São Paulo, em conjunto com o Município de São Paulo, realizarem contrato de prestação de serviços com uma determinada empresa privada que

começa a descumprir cláusulas contratuais. Ambos os contratantes poderão ingressar em litisconsórcio ativo para apurar a conduta da contratada.

Logo, é viável a utilização do litisconsórcio ativo quando houver certa conexão e/ou afinidade de questões entre processos administrativos sancionadores. Entretanto, além da vantagem econômica, é preciso observar o quesito da celeridade. Se a propositura de um único processo, formado por vários órgãos públicos distintos tutelando bens jurídicos diversos, vier a tumultuar a contenda e não permitir o manuseio simplificado da demanda processual, obstando o correto andamento do processo, caberá à autoridade competente limitar ou, ainda, dissolver o litisconsórcio facultativo. Observa-se que, apesar de todos os processos guardarem relação com o mesmo fato ilícito ocorrido, são situações autônomas e independentes e, caso a análise em conjunto comprometa a rápida solução do processo, sua apuração e julgamento deverão ser realizados separadamente por cada integrante do polo ativo.

Com relação à decisão proferida no litisconsórcio, não é porque houve a união de órgãos ou entidades, no mesmo processo, para apurar determinado comportamento ilícito, que a decisão deverá ser a mesma para cada uma das apurações. A existência de litisconsórcio ativo não significa que deverá haver igualdade na decisão proferida para cada fato apurado no bojo do único processo administrativo.

O litisconsórcio é a pluralidade de partes em um dos polos da contenda em razão da existência de conexão entre os pedidos formulados, porém garantida a interdependência entre direito substancial e processo. Litisconsórcio (cumulação de sujeitos) enseja apenas a unidade formal do processo, garantindo a independência das causas.

Não é porque certo agente público efetivamente violou o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, que também violará necessariamente o regime jurídico dos servidores públicos federais. Não é porque determina empresa deixou de cumprir as obrigações pactuadas em contrato celebrado tanto com o Estado quanto com o Município que nos dois casos haverá punição, pois pode ocorrer de, na relação com o Município, ser caracterizado caso fortuito em decorrência de uma enchente, enquanto na relação com o Estado averiguar-se puramente o desleixo do empresário.

Nesses casos, configurado estará o litisconsórcio simples, ou seja, a prolação de decisões diferentes por cada um dos litisconsortes, a despeito de serem proferidas no mesmo processo.

Relembre-se que a existência de litisconsórcio unitário (também chamado de especial), isto é, quando a decisão da causa obrigatoriamente deva ser uniforme a todos os litisconsortes, decorre da necessidade de a relação jurídica ser única e indivisível, porém com pluralidade de titulares. Nos casos apresentados e na maioria das relações jurídicas formadas com a Administração Pública, várias pessoas não são consideradas apenas uma pelo fato de o pedido elaborado por cada litisconsorte ser inicialmente o mesmo, fundado na mesma causa de pedir, como ocorre entre condôminos no âmbito civil. Na esfera administrativa, cada relação jurídica é própria e individual, não se exigindo solução uniforme para todos os ilícitos investigados.

O mesmo se aplica à decisão proferida em processo administrativo sancionador em que foi utilizado o litisconsórcio passivo. Não é porque a prática da infração administrativa se deu, por exemplo, em conluio, que os diversos infratores receberão obrigatoriamente o mesmo julgamento. Após apurada a materialidade da transgressão, a Comissão elaborará relatório conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade de cada um dos investigados.

Não desabona o instituto do litisconsórcio no âmbito administrativo o fato de a decisão vir a ser diferente para cada um dos atos ilícitos praticados (litisconsórcio unitário). A utilização do litisconsórcio em processos administrativos sancionadores tem por objetivo evitar a multiplicidade de processos e a prolação de decisões conflitantes ao mesmo tempo em que visa proporcionar economia processual e segurança jurídica para o sancionado. Embora diferentes decisões possam ser proferidas, o importante é que, após a celeridade e a uniformidade na produção de prova, pessoas, em situação idêntica, recebam tratamentos jurídicos similares.

É recomendada a formação do litisconsórcio no momento da propositura do processo administrativo punitivo (litisconsórcio inicial). Todavia, não há impedimentos para que sua formação aconteça de modo ulterior, quando o infrator notificar a autoridade sobre apurações dispersas em diferentes expedientes, porém referentes ao mesmo comportamento, ou a Administração tiver ciência por outros meios.

Pelo fato de o litisconsórcio, no âmbito dos processos administrativos sancionadores, dispor-se a assegurar princípios jurídicos relevantes, como eficiência, economia, segurança jurídica e duração razoável do processo, sua utilização é veemente aconselhada e desde que observada a conveniência, celeridade e economicidade. Comprometido o trâmite processual ou dificultado a defesa, as autoridades competentes poderão, motivadamente, limitar seu uso.

Em que pese o ordenamento jurídico administrativo não estabeleça nem regulamente a utilização do litisconsórcio nos processos sancionadores, as normas processuais civis possibilitam o uso do litisconsórcio na esfera administrativa, nos termos acima apresentados, por obra da previsão de aplicação subsidiária do CPC aos processos administrativos contida no artigo 15 do referido diploma legal.

Assim, em resumo, havendo conexão entre as causas ou afinidade de questões por ponto comum e visando a economia processual, é perfeitamente possível e incentivada a utilização do litisconsórcio ativo, desde que o órgão julgador detenha conhecimento técnico necessário para apurar todos ilícitos sem que haja comprometimento da qualidade da decisão. Igualmente, é admissível e recomendável a utilização do litisconsórcio passivo, figurando todos os supostos infratores simultaneamente no polo passivo dos autos, a fim de assegurar a celeridade e a uniformidade na produção de prova e obstar a proliferação de processos punitivos conexos.

3.1.3 Prova emprestada

Outro instrumento processual que ganha destaque, no momento de analisar as ferramentas concedidas pelo ordenamento jurídico brasileiro para solucionar entraves advindos da multiplicidade de processos administrativos sancionadores, é a prova emprestada.

Durante o trâmite do processo administrativo punitivo diversas garantias devem ser observadas. Dentre as principais garantias está o devido processo legal, alicerce de todos os princípios e direitos fundamentais do direito administrativo sancionador. Do princípio do devido processo legal decorrem todos os demais princípios constitucionais do processo, como os princípios do contraditório e da ampla defesa.

O princípio do devido processo legal se manifesta em todas as esferas do Direito. Em síntese, no âmbito do processo administrativo sancionador, garante o direito ao conhecimento da acusação, ao arrolamento de testemunhas, à elaboração de perguntas, à apresentação de provas, ao contraditório, à defesa técnica, a não ser acusado ou processado com base em provas ilícitas e à decisão fundamentada.

Corolário do devido processo legal, portanto, são os princípios do contraditório e da ampla defesa que proporcionam aos acusados, dentre outras garantias, o direito à produção de provas a fim de possibilitar a plenitude do direito de defesa.

O processo administrativo sancionador tem como objeto as provas dos fatos apresentados, competindo à autoridade administrativa, ao final, definir a solução jurídica para aquele caso concreto.

A temática prova é bastante trabalhada no âmbito judicial. Assim, extraímos, em primeiro lugar, os principais ensinamentos desenvolvidos sobre o assunto no processo civil, para depois submetê-los à análise no campo do processo administrativo sancionador.

Para que o julgador declare o direito, pondo fim a um processo, é necessário que seja por ele certificada a verdade do fato alegado. Esse processo de constatação da verdade do fato alegado se dá por meio das provas³⁹⁷.

O conceito de prova no processo pode ser apresentado em dois sentidos. Um objetivo, pelo qual prova é o instrumento ou o meio hábil utilizado para demonstrar a existência de um fato, e outro subjetivo, que é a certeza advinda do fato, devido à produção do instrumento probatório, isto é a convicção formada pela autoridade julgadora a respeito do fato demonstrado³⁹⁸. “Provar é demonstrar de algum modo a certeza de um fato ou a veracidade de uma afirmação”³⁹⁹, é estabelecer a existência da verdade, enquanto as provas são os diversos meios pelos quais a inteligência chega à descoberta da verdade⁴⁰⁰.

³⁹⁷ MONTEIRO, João. *Curso de Processo Civil*. 3. ed., São Paulo: Duprat, 1912, v. II, §122, nota 2, p. 93.

³⁹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 896.

³⁹⁹ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1974, n. 135, p. 215.

⁴⁰⁰ MARTINEZ SILVA, Carlos. *Tratado de Pruebas Judiciales*. Buenos Aires: Atalaya, 1947, p. 21

Em regra, as provas devem ser produzidas na fase instrutória do processo, tendo como objeto os fatos relevantes para a decisão, deduzidos no bojo dos autos, como finalidade a construção do convencimento em relação aos mesmos fatos, como destinatário a autoridade julgadora, que é quem deverá ser convencida da verdade dos fatos para proferir a decisão, e como meios determinados os previstos em lei.

Cabe àquele a quem a lei atribuiu o encargo de provar determinado fato de fazê-lo, sob pena de sua alegação não ser acolhida. No processo judicial, a regra é que ao autor cabe provar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu incumbe provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor. Todavia, esse regramento pode ser relativizado quando diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. Nesse caso, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (art. 373, §1º, CPC). Trata-se da distribuição dinâmica do ônus da prova.

O artigo 373, §3º e §4º, do CPC também oportuniza as partes de convencionarem de modo diverso sobre a distribuição do ônus probatório, salvo quando recair sobre direito indisponível ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito, situações estas que autorizam o julgador a indeferir o pacto realizado. Este acordo poderá ser celebrado antes ou durante o processo, cabendo ao julgador zelar para que a convenção não seja firmada no intuito de prejudicar uma das partes.

Os meios de prova destinados a comprovar se determinado fato ocorreu ou não estão previstos no Código de Processo Civil. São eles ata notarial, depoimento pessoal, confissão, exibição de documento ou coisa, prova documental, arguição de falsidade, documentos eletrônicos, prova testemunha, prova pericial, inspeção judicial e a prova emprestada (arts. 369 a 484).

Antes de adentrar ao estudo da prova emprestada, é importante ressaltar que a lei nº. 9.784/1999, que regulamenta o processo administrativo no âmbito federal e também é utilizada por diversos Estados e Municípios que não elaboraram regramentos específicos, estabeleceu algumas definições sobre o tema das provas.

No tocante ao ônus da prova, a lei nº. 9.784/1999 dispõe que cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução (art. 36). A ele é permitida a utilização de todos os meios de prova aptos a comprovar fatos e dados invocados para defesa de seus direitos e interesses no processo administrativo, porém não há dever de provar, isto é, a Administração não pode compelir o particular a fazer prova de fato ou informação em qualquer tipo de processo administrativo.

Ademais, o dispositivo estabelece que, embora caiba ao interessado a prova dos fatos, esse ônus não desincumbe o dever atribuído ao órgão competente para a instrução. Logo, havendo omissão do interessado no processo, a Administração, devendo observar o critério da impulsão oficial nos processos administrativos, poderá praticar atos probatórios quando a prova for essencial para a proteção de interesses públicos. Por outro lado, caso o processo seja de interesse apenas do administrado, sua omissão somente o prejudicará, de modo que não há se falar em impulsão oficial⁴⁰¹.

Nesse sentido, é preciso cautela na interpretação do artigo 36, pois sua diretriz não será aplicável indistintamente a todos os processos administrativos. Somente haverá mitigação do princípio da oficialidade quando o interesse do particular prevalecer no processo administrativo como, por exemplo, processo administrativo que busca exclusivamente o exercício de direitos do administrado ou do servidor público. Nesses casos, o dever de instrução será apenas do interessado e sua inércia não poderá ser suprida pelo dever de instrução da Administração. Em contrapartida, o princípio da instrução oficial por parte da Administração deverá ser totalmente observado em processos sancionatórios, disciplinares e restritivos de direito, cabendo à Administração agir ativamente para colher e corroborar informações e dados essenciais para a tomada da decisão administrativa plausível e adequada. Em suma, quanto maior for o interesse público objeto do processo administrativo, maior deverá ser o cumprimento do princípio da oficialidade, não podendo a decisão administrativa depender apenas de documentos comprobatórios apresentados pelos interessados⁴⁰².

Assim como o CPC, a lei federal de processo administrativo também traz hipótese de inversão do ônus da prova. Segundo o artigo 36 c/c 37, o ônus do particular de fazer

⁴⁰¹ NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: lei no 9.784/99 comentada*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 328-329.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 330.

prova dos fatos por ele alegados tornar-se-á um dever da Administração somente quando as provas documentais se encontrarem em poder de órgãos públicos.

Consequência da transferência do ônus da prova para a Administração é o dever de cooperação instrutória, pelo qual, depois de declarado pelo interessado que fatos e dados que embasem suas declarações estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou ainda em outro órgão administrativo, o órgão competente deverá, de ofício, providenciar para a instrução processual a obtenção dos documentos ou respectivas cópias (art. 37 da LPA).

Como este trabalho se restringe à análise de processos administrativos sancionadores, é preciso tecer breves linhas sobre o ônus da prova nos processos punitivos, afastando-se, entretanto, do intuito de esgotar a temática, visto que o estudo sobre o ônus da prova frente à incidência do princípio constitucional da presunção de inocência, nos processos administrativos punitivos em geral, comportaria a construção de uma obra autônoma.

Embora a lista de princípios do direito penal aplicáveis ao direito administrativo sancionador não seja unânime entre a doutrina, a aplicação do princípio da presunção de inocência nos processos sancionadores não suscita maiores discussões entre os administrativistas⁴⁰³. O referido princípio ganha destaque quando analisado em comunhão com o ônus da prova nos processos administrativos sancionadores. O entendimento predominante é o de que, nos processos punitivos, o ônus da prova recai sobre a Administração Pública. Compete a ela comprovar suficientemente a tipicidade do ilícito, motivando sua decisão e fundamentando-a em prova firme.

Com relação à incidência da presunção de validade do ato administrativo sobre a presunção de inocência do administrado, “o ato sancionatório não gozaria da presunção de veracidade comum aos demais atos administrativos. O ônus probatório caberia à Administração”⁴⁰⁴. Não deve o Poder Público impor ao acusado uma exigência ilegal,

⁴⁰³ Nesse sentido, FERREIRA, Daniel. *Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 280; FERRAZ, Sérgio. DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 205; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonade, 1998, p. 274; LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Os princípios do Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. In: FORTINI, Cristiana (Org.). *Servidor Público: Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 447.

⁴⁰⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: RT, 2000, p. 354.

como a prova da inocência, ou atribuir-lhe uma exigência impossível, como a prova de o fato não ter ocorrido. Incumbe à Administração provar a ocorrência do ato ilícito que gerou a punição aplicada, pois a presunção de veracidade dos atos administrativos é relativizada quando fundamenta atos administrativos sancionatórios.

Para proporcionar uma decisão administrativa mais satisfatória e congruente, o processo administrativo sancionador brasileiro é totalmente estruturado por meio de atividades preordenadas, de etapas procedimentais, denominadas fases. Em regra, são quatro as fases processuais administrativas: i) a introdutória, que compreende a instauração e a defesa, ii) a instrutória, iii) a decisória e iv) a recursal.

A instauração do processo se dará a partir da constatação da existência de indícios das infrações concernentes ao seu objeto. O despacho de instauração do processo administrativo sancionador deve ser devidamente fundamentado, especificando as práticas lesivas, de forma clara e completa, para estabelecer os limites da acusação e da defesa. Após, promove-se a citação do acusado, que terá prazo para apresentar sua defesa, juntar documentos e indicar as provas que pretende produzir. Relembre-se que não se trata de inversão do ônus da prova, porquanto caracterizaria violação do princípio constitucional da presunção de inocência. O ônus da demonstração da existência dos indícios e de suas provas cabe à Administração. Realizada a instrução probatória, a decisão administrativa será proferida, sendo admissível recurso.

A lei federal de processo administrativo, no artigo 38, estabelece que o interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo, devendo os elementos probatórios ser considerados na motivação do relatório e da decisão, com exceção das provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

O artigo 38 confere ao interessado o direito à produção de provas, desde que concernentes à matéria objeto do processo administrativo federal. Apesar de o dispositivo enumerar alguns meios de provas, como juntada de documentos e pareceres e a realização de diligências e perícias, o rol ali apresentado é meramente exemplificativo. Na busca pela verdade material, o princípio do informalismo deve ser atendido e, por essa razão, no âmbito do processo administrativo, não há tipicidade dos meios de prova administrativa, as

quais não estão enumeradas de modo exaustivo. Desse modo, não há óbices para inadmitir a prova emprestada nos processos administrativos.

De acordo com a doutrina processualista civil, a prova emprestada é aquela que foi constituída em um processo e é redirecionada para outros autos a fim de ser aproveitada em nome do princípio da economia processual. Não há restrição quanto ao tipo de prova, sendo que qualquer das modalidades probatórias pode ser emprestada (documental, testemunhal, confissão, perícia, depoimento pessoal, etc.)⁴⁰⁵.

Embora já fosse utilizada há muito tempo por meio de construção doutrinária e jurisprudencial, não havia previsão legal expressa sobre o uso da prova emprestada no CPC. À época, o entendimento que vigia era o de que a utilização da prova emprestada se sujeitava ao preenchimento dos seguintes requisitos: identidade de partes, identidade ou semelhança do objeto da prova e ter sido produzida na presença de uma autoridade competente. Não sendo observados esses requisitos, era inadmissível o empréstimo da prova.

Com o advento do novo CPC em 2015, a prova emprestada foi expressamente admitida e o legislador flexibilizou o entendimento anterior. Segundo o artigo 372 do CPC, “o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”. Logo, não se faz mais necessária a identidade de partes e a identidade entre os objetos dos dois processos. Se a prova emprestada tiver sido colhida em processo tramitado regularmente e seu uso for relevante para o julgamento da nova demanda, a autoridade julgadora poderá admitir sua utilização, assegurado o pleno exercício do contraditório.

O uso da prova emprestada não está ampla e expressamente previsto nas normas administrativas. Embora seja possível notar uma ou outra regra dispondo sobre a admissibilidade da utilização da prova emprestada em algum caso específico⁴⁰⁶, no processo administrativo, sobretudo o sancionador, a autoridade administrativa também

⁴⁰⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 953.

⁴⁰⁶ Comissão de Coordenação de Correição – CCC, instância consultiva do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal - Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União - Enunciado n.º 18 de 10.10.2017: “É lícita a utilização de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente para fins de instrução de procedimento correicional”.

pode fazer uso de provas emprestadas, principalmente em virtude da previsão de aplicação subsidiária do CPC (art. 15).

Não são raros os casos em que a Comissão ou o acusado toma conhecimento da existência de uma prova constante em outro processo que poderá auxiliar no esclarecimento dos fatos em apuração. Nesses casos, tendo ciência da existência da prova, a comissão ou o acusado poderá vir a determinar ou a requerer sua utilização.

Como pode acontecer de a prova emprestada ter sido produzida sem a participação do acusado – por exemplo, o depoimento de uma testemunha, que interessaria ao acusado ter feito pergunta distintas das realizadas ou reinquirir a testemunha sobre outros aspectos –, após sua juntada aos autos, a Comissão deverá intimá-lo, permitindo que a conteste a fim de garantir o princípio do contraditório. Quanto aos argumentos apresentados, a Comissão deverá se manifestar, deferindo ou rejeitando fundamentadamente a complementação da prova (complementação de laudo pericial com apresentação de novos quesitos, reinquirição de testemunha, entre outros) ou, ainda, denegando pedidos impertinentes, protelatórios ou sem interesse para o esclarecimento dos fatos.

Igualmente, ainda que tenha sido oportunizado o contraditório no processo original em que a prova emprestada foi produzida (p. ex. prova documental, escutas telefônicas), caberá à autoridade julgadora garantir novamente este direito e apreciar livremente o conjunto probatório, atribuindo a força probante que julgar adequada, sempre de forma motivada.

Decidido pela necessidade do empréstimo de provas, o presidente da Comissão expedirá ofício à autoridade responsável pelo processo em que consta a prova. A prova emprestada pode constar de processo judicial, especialmente do processo civil e do processo penal, ou, ainda, de processo administrativo.

Constando a prova de processo administrativo, o expediente deverá ser encaminhado à autoridade que instaurou esses autos (e não ao presidente), pois é a autoridade competente a conceder vistas e cópia de documentos. Estando a prova emprestada em processo judicial, o presidente da Comissão deverá oficiar ao magistrado (no juízo cível ou criminal), escrivão ou direito da secretaria responsável. Em ambos os

casos é preciso observar o dever de sigilo de informações e documentos para que não fira a intimidade ou a vida privada de terceiros (informações fiscais, bancárias, diagnósticos médicos e outras informações pessoais). Juntada a prova ao processo, o acusado será notificado para apresentar suas alegações, sobre as quais a comissão se manifestará expressamente.

É importante ressaltar que a utilização da prova emprestada se justificada pela necessidade de otimização, racionalidade e eficiência no âmbito processual. O uso de uma prova já produzida em outro processo evita desperdício de custos e de tempo, pois agiliza a prolação do veredicto.

É nesse sentido o posicionamento mais recente do STJ:

“É admissível, assegurado o contraditório, prova emprestada de processo do qual não participaram as partes do processo para o qual a prova será trasladada. A grande valia da prova emprestada reside na economia processual que proporciona, tendo em vista que se evita a repetição desnecessária da produção de prova de idêntico conteúdo. Igualmente, a economia processual decorrente da utilização da prova emprestada importa em incremento de eficiência, na medida em que garante a obtenção do mesmo resultado útil, em menor período de tempo, em consonância com a garantia constitucional da duração razoável do processo, inserida na CF pela EC 45/2004. Assim, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. Assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, o empréstimo será válido”⁴⁰⁷.

Como o processo administrativo sancionador tem por fundamento a busca da verdade real, a Administração deve perquirir todos os elementos passíveis de demonstrar a existência e veracidade de um fato, sobretudo as provas já confeccionadas em outros processos que poderão ser reutilizadas, em nome de princípios expressos na Constituição Federal (princípios da eficiência, da isonomia e da segurança jurídica - art. 5º, caput, incisos XXXVI e LXXVIII, e art. 37, caput) e na lei nº. 9.784/1999, como o princípio do formalismo moderado e o da economia processual (art. 2º, incisos VI, VIII e IX).

No campo da multiplicidade de processos administrativos sancionadores, a prova emprestada ingressa como excelente ferramenta para propiciar segurança jurídica, economia, isonomia e eficiência a todos os processos conexos.

⁴⁰⁷ STJ, Corte Especial, REsp 617.428/SP, Rel. Min. Nancy Andrigi, DJe 17.06.2014. No mesmo sentido, STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 426.343/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 18.03.2014.

Imagine o cenário em que uma agência reguladora, que gerencia uma concessão, instaura dez processos sancionadores em face de uma mesma concessionária que violou cláusula contratual prevista em dez contratos por ela assinados: a obrigação de manter dois por cento do valor do contrato em caixa durante todo o período do contrato. Nessa hipótese, será produzida prova sobre a regularidade financeira da empresa durante a vigência dos contratos. Os contratos que tiverem o mesmo lapso acusarão a mesma resposta, devendo ser utilizado o empréstimo de provas entre os processos administrativos sancionadores, afastando a necessidade de perícia contábil para cada um dos expedientes.

O empréstimo de provas independe de os processos punitivos estarem tramitando no mesmo ente, órgão ou entidade e referirem-se às mesmas partes. É o caso, por exemplo, de uma empresa de transporte de passageiros regulada pela ANTT cometer a mesma infração contra mil passageiros. Embora ocorra a abertura de um expediente para cada passageiro, a produção de prova realizada em um processo deverá ser aproveitada aos demais, em virtude de a conduta ilícita apurada ser pertinente a todos os demais processos, ainda que as partes não sejam exatamente as mesmas. Outro exemplo é a construção irregular (sem alvará) em área de preservação permanente federal. O ente federal vai buscar a responsabilização pelo dano ambiental, enquanto o Município pelas normas urbanísticas. Existirão dois processos administrativos sancionadores. No entanto, apesar de serem entidades diferentes, a prova produzida em um processo (ex. perícia) pode ser a mesma a ser elaborada no outro, sendo perfeitamente admitida, portanto, a utilização do empréstimo de provas.

Ademais, a cessão de provas deve ser utilizada não apenas entre processos administrativos, mas também entre processo administrativo e processo judicial. Em casos como, por exemplo, o de um servidor público responder a ação de improbidade administrativa e a processo disciplinar em decorrência de uma mesma conduta ou, ainda, o de cartel em licitação apurado como ilícito concorrencial pela lei nº. 12.529/2011, como crime contra a ordem econômica pela lei nº. 8.137/1990 e como crime que afeta licitações e contratos da Administração Pública pela lei nº 8.666/1993.

A utilização da prova emprestada deve ser uma prioridade da autoridade julgadora. Seja seu uso determinado de ofício ou a requerimento do acusado, sendo pertinente a prova produzida no processo originário, a mesma deve ser emprestada, respeitado sempre o contraditório. Sua admissão, além de evitar o dispêndio de recursos

para produção de material já devidamente colhido, atende a princípios caros ao ordenamento jurídico, como a eficiência e a economicidade processual e, principalmente, a segurança jurídica, uma vez que sua utilização propicia a harmonia das decisões.

O uso da prova emprestada consiste, portanto, num instrumento eficaz para a articulação dos processos administrativos sancionadores, devendo, sempre que possível, ser admitido pela autoridade julgadora. Embora sua previsão no ordenamento jurídico administrativo seja escassa e, por isso, sua aplicação seja cometida pelos administradores, a prova emprestada também deve ser utilizada nos processos administrativos, sobretudo os sancionadores, em razão de o CPC ser aplicado subsidiariamente na ausência de normas que regulem processos administrativos (art. 15).

3.2 APLICAÇÃO ANALÓGICA – INSTRUMENTOS PROVENIENTES DO DIREITO PENAL

Após examinados os institutos jurídicos, previstos no CPC, capazes de contribuir para uma melhor articulação dos processos administrativos sancionadores, por obra da determinação legal expressa de aplicação subsidiária, é importante analisar, a partir deste momento, se instrumentos previstos da esfera penal também podem auxiliar o regramento administrativista no campo da multiplicidade de processos administrativos sancionadores.

No direito brasileiro, quando se adentra aos domínios do direito administrativo sancionador, observa-se uma enorme lacuna no campo da comunicação entre processos administrativos conexos. Como não há respostas no âmbito administrativo e o processo civil também possui um limite de aplicabilidade de caráter sancionatório, faz-se necessário recorrer ao estudo de alguns importantes institutos do direito penal para analisar se poderiam vir a solucionar certos problemas da pluralidade de processos administrativos sancionadores.

A aplicabilidade do direito processual penal na esfera do direito administrativo sancionador é possível devido à aplicação analógica do direito. Tanto para a aplicação subsidiária quanto para a aplicação analógica é imprescindível a ausência de previsão legal na norma especial. A diferença primordial consiste na presença ou não de lacuna. Na aplicação subsidiária, não há se falar em lacuna, pois o instituto, embora não conste da lei especial, existe em outra lei, na norma geral, havendo autorização legislativa para sua aplicação. Logo, não há omissão legislativa, o legislador somente opta por descrever

determinadas situações na lei geral e não na lei especial. É o caso da coordenação de processos administrativos múltiplos em que não há tratamento jurídico administrativo sobre o tema, mas existem instrumentos hábeis, previstos no CPC (norma básica geral), para auxiliar o impasse, já decididos pelo legislador de serem aplicados automaticamente (art. 15 CPC) quando da ausência de normas na lei especial.

A aplicação analógica, por sua vez, ocorre quando, diante de ausência normativa, não houver norma subsidiária a ser aplicada. O legislador não determinou qual norma deverá ser aplicada perante a omissão legislativa, cabendo ao intérprete apresentar uma solução a fim de promover a integração do direito.

3.2.1 Integração do direito e as lacunas jurídicas

Uma norma jurídica nunca se encontra solitária. Ao contrário, está inserida num contexto, com diversas outras normas, às quais mantêm certa interação. A esse universo se dá o nome de ordenamento jurídico, um conjunto de normas que prestigia a regra como parte de um amplo sistema e não como uma norma que se exaure em si mesma.

Mais do que um conglomerado de normas, o ordenamento jurídico se apresenta como um conjunto sistemático dotado de relevantes notas estruturais. Dentre elas, destacam-se a *unidade*, a *coerência* e a *completude*, elementos essenciais que possuem o escopo comum de evitar e solucionar as adversidades inerentes ao ordenamento jurídico.

As principais adversidades encontradas no ordenamento jurídico sobrevêm das relações recíprocas entre as variadas normas que o compõem. De tais relações podem se manifestar: i) problemas de *complexidade*, provocados pela pluralidade de fontes normativas reconhecidas pelo ordenamento; ii) *antinomias*, verificadas quando do conflito entre normas integrantes do ordenamento jurídico; e iii) *lacunas*, observadas a partir da carência de normas em seu âmbito⁴⁰⁸.

O combate desses problemas é necessário para que se efetivem as principais notas estruturais que compõem o ordenamento jurídico: unidade, coerência e completude.

⁴⁰⁸ LEONCY, Léo Ferreira. *Princípio da simetria e argumento analógico: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação da Prof.^a Fernanda Dias Menezes de Almeida. São Paulo, 2011, p. 15.

Os impasses de *complexidade* da ordem jurídica, fruto dos diversos órgãos de produção normativa operantes no sistema das fontes do Direito, são combatidos pela exigência do elemento *unidade*, que sustenta a composição do ordenamento jurídico de forma escalonada, unido em seu vértice por uma regra fundamental hierarquicamente superior, bem como formal e materialmente ordenadora. Os problemas de *antinomia* no campo do ordenamento jurídico, originados em eventual conflito entre as normas integrantes do respectivo sistema, são confrontados pela exigência de *coerência*, obtida com a aplicação dos critérios de resolução de antinomia fundamentados na prevalência do direito posterior, na prevalência do direito superior ou na prevalência do direito especial. São os critérios cronológico, hierárquico e da especialidade, respectivamente, a serem aplicados conforme o caso concreto. Já os dilemas de *lacunas* no âmbito do ordenamento jurídico, traduzidas na inexistência de normas específicas hábeis a regular determinadas situações, são solucionados pela exigência de *completude*, que parte da presunção de que o ordenamento jurídico é completo ou, pelo menos, suscetível de complementação pelos meios de integração normativa assentados, por exemplo, na analogia e nos princípios gerais do Direito⁴⁰⁹.

A presente obra tem a finalidade de testar a capacidade do atual ordenamento jurídico brasileiro de resolver problemas de lacunas previstas no direito processual administrativo no tocante à existência de processos conexos executados simultaneamente, sobretudo os processos sancionadores. Por essa razão, faz-se importante abordar o tema da completude como pressuposto para inexistência de lacuna.

Para discorrer sobre a completude do ordenamento jurídico, interessante fazer menção ao adjetivo completo. Um sistema normativo que não possui lacunas é considerado completo, porquanto dotado de normas para regular qualquer caso. Já um ordenamento jurídico que contém diversas lacunas é visto como incompleto, pelo fato de inexistirem normas aptas a regular todos os casos.

⁴⁰⁹ LEONCY, Léo Ferreira. *Princípio da simetria e argumento analógico: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação da Prof.^a Fernanda Dias Menezes de Almeida. São Paulo, 2011, p. 16.

O principal sentido do termo lacuna é o de ausência de norma⁴¹⁰. A lacuna poderá ser observada, ao menos, em duas ocasiões. A primeira quando as normas que integrarem o sistema jurídico não qualificarem deonticamente determinado comportamento (obrigatório, permitido ou proibido) e a segunda quando não houver previsão, por qualquer das normas integrantes do sistema, de consequência jurídica para certa hipótese⁴¹¹.

Desse modo, um ordenamento jurídico completo e sem lacunas é aquele em que qualquer comportamento esteja deonticamente qualificado, assim como aquele em que exista a previsão de uma consequência jurídica aplicável para qualquer hipótese.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê a completude de seu sistema de normas e, por consequência, a ausência de lacunas. A adoção do dogma da completude é visualizada, principalmente, pela vigência dos seguintes preceitos: princípio da proibição do *non liquet*, artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e artigo 140 do Código de Processo Civil.

A expressão latina *non liquet* é uma abreviatura da frase ‘*iuravi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum*’. Essa sentença, que pode ser traduzida como ‘jurei que o caso não estava claro o suficiente e, em consequência, fiquei livre daquele julgamento’, era utilizada pelo juiz romano para se eximir da obrigação de julgar os casos cujas respostas jurídicas não eram tão nítidas. Nesse caso, o julgador romano declarava o *non liquet* e se isentava do julgamento⁴¹².

Tanto a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro como o Código de Processo Civil brasileiro vedam o que se convencionou chamar de *non liquet*. O artigo 4º da Lei de Introdução estabelece que quando a lei for omissa, o juiz deverá decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. E o artigo 140 do Código de Processo Civil determina que o juiz não poderá se eximir de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Em síntese, os dispositivos sugerem que a autoridade julgadora não pode se abster de decidir determinada causa

⁴¹⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Trad. de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UnB, 1990, p. 115.

⁴¹¹ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 174 e 227.

⁴¹² MARMELSTEIN, George. *O asno de Buridano, o non liquet e as katchangas*. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2009/01/07/o-asnode-buridano-o-non-liquet-e-as-katchangas/>>. Acesso em: 15.10.2020.

justificando sua omissão na ausência de prescrição legal hábil a reger o caso concreto ou na existência de dúvidas a respeito do veredicto.

No mesmo sentido são as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Segundo o STJ, “o ‘*non liquet*’, ou seja, a ausência de clareza, que autorizava o juiz romano a abster-se de julgar o litígio, é atualmente expressamente vedado pelo ordenamento jurídico”⁴¹³. Da mesma forma, colhe-se da jurisprudência do STF que, embora ao Legislativo não se possa impor a obrigação de legislar, ao Judiciário a obrigação de julgar é impositiva. Qualquer juiz ou Tribunal tem que solver o litígio, liquidar a questão. É terminantemente coibida, no âmbito do Poder Judiciário, a formulação do juízo de *non liquet*, de não resolver a causa⁴¹⁴.

A adesão à teoria da completude pelo ordenamento jurídico pode ser analisada sobre o prisma de três principais teorias: i) teoria do espaço jurídico vazio; ii) teoria da norma geral exclusiva; e iii) teoria da norma geral inclusiva.

A primeira teoria enuncia que não há se falar em lacunas no ordenamento jurídico, mas apenas em espaço jurídico vazio ou espaço livre de direito, isto é, espaços que a ordem jurídica optou por não regular. Nesses casos, a ausência de norma para regular uma situação concreta indica que esta está fora dos limites do Direito, pois, pertencendo ao espaço jurídico vazio, é juridicamente irrelevante e indiferente ao Direito⁴¹⁵. Em outras palavras, o espaço jurídico vazio é opção do Legislador e, por isso, não deve ser regulamentado, mas tratado como indiferente no âmbito do Direito.

A teoria da norma geral exclusiva enuncia que o fato de não haver expressamente a regulação de determinada situação não significa que o caso seja juridicamente irrelevante ou que não existam lacunas. Os comportamentos que não estejam compreendidos na norma particular são regulados por uma *norma geral exclusiva*: uma regra que exclui (por esse

⁴¹³ STJ, Resp nº. 1608122/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJ 09.10.2018. Nessa perspectiva, REsp 840.690/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJ 19.08.2010.

⁴¹⁴ STF, HC nº. 91.352, Rel. Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, DJ 28.02.2008. No mesmo sentido, HC 91.041, Rel. Min. Cármen Lúcia, Rel. p/ acórdão Min. Carlos Britto, 1ª. Turma, DJ 05.06.2007; RE nº. 377040, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 28.03.2003; HC nº. 93443, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1º Turma, DJ 29.04.2008.

⁴¹⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Trad. de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UnB, 1990, p. 127-132; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 526. Os principais adeptos da teoria do espaço jurídico vazio foram Santi Romano, no ensaio *Observações sobre a completude do ordenamento estatal, de 1925*, e Karl Bergbohm, no livro *Jurisprudência e filosofia do Direito*, de 1982.

motivo é exclusiva) todos os comportamentos (daí ser geral) que não tenham previsão na norma particular. Para os adeptos dessa teoria, em razão da norma geral exclusiva que permeia cada uma de suas normas particulares, todo o ordenamento jurídico contém uma espécie de *norma de clausura*, pela qual tudo o que não é obrigatório nem proibido é permitido. Assim, ou o comportamento está previsto em uma norma particular que o proíbe (ou o obriga) ou está amparado por uma norma geral negativa (exclusiva) que o permite, de modo que os denominados espaços vazios (eventuais lacunas) não são considerados juridicamente irrelevantes, mas juridicamente lícitos, permitidos. Pela teoria da norma geral exclusiva, portanto, não há se falar em lacunas, pois a completude do sistema jurídico se encontra assegurada à medida que garante a qualificação jurídica aos fatos não regulados pelas normas particulares⁴¹⁶.

Antes de explanar a terceira teoria, importante registrar as observações de Norberto Bobbio e Riccardo Guastini apontando as falhas das teorias acima.

Para Riccardo Guastini⁴¹⁷, a teoria do espaço vazio não preenche o elemento da completude do ordenamento jurídico, pois, ao invés de apresentar o ordenamento como um completo conjunto de normas, mostra-o como um sistema limitado, finito. Da mesma forma, Bobbio⁴¹⁸ refuta a teoria com o seguinte argumento: as modalidades normativas “obrigatório”, “proibido” ou “permitido” são inteiramente admitidas no Direito. A teoria do espaço vazio exclui a categoria “permitido” do conjunto das modalidades deônticas ao sustentar que “aquilo que é permitido coincidiria com aquilo que é juridicamente indiferente”, pois, equivocadamente, entende que somente o “obrigatório/proibido” faz parte do Direito.

Para os mesmos autores, a falha da teoria da norma geral exclusiva está em conceber que aquilo que não é obrigatório ou proibido é necessariamente permitido. A teoria não se sustenta em razão de não distinguir os dois sentidos do termo “permitido”. O sentido forte, pelo qual se considera permitida uma situação quando expressamente

⁴¹⁶ LEONCY, Léo Ferreira. *Princípio da simetria e argumento analógico: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação da Prof.^a Fernanda Dias Menezes de Almeida. São Paulo, 2011, p. 21-22. Os principais adeptos da teoria da norma geral exclusiva foram E. Zitelmann, no ensaio *As lacunas no Direito*, em 1903, e Donato Donati, no livro *O problema das lacunas do ordenamento jurídico*, em 1910.

⁴¹⁷ GUASTINI, Riccardo. *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*. Torino: G. Giappichelli, 2006b, p. 181.

⁴¹⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Trad. de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UnB, 1990, p. 130.

amparada por uma norma jurídica, e o sentido fraco, pelo qual uma conduta é permitida apenas por não ter norma qualificando-a como proibida. Em sentido fraco, a utilização da regra geral exclusiva pode ser aplicada somente para alguns ramos da ordem jurídica como, por exemplo, o direito penal. Nos demais ramos do Direito, a ausência da norma é concebida como lacuna, podendo ser cogitada a aplicação de outro postulado igualmente presente nos ordenamentos jurídicos em geral: a norma geral inclusiva⁴¹⁹.

A terceira e última teoria é a denominada teoria da norma geral inclusiva. Segundo esta corrente, diante de uma lacuna na legislação, o órgão julgador deve recorrer às normas que disciplinam outros casos considerados análogos ou semelhantes.

Pela teoria da norma geral inclusiva, a regulação de um caso lacunoso deve ser realizada de maneira idêntica àquela feita por uma norma particular, contanto que haja semelhança elementar ou considerável entre a situação não regulada retratada no caso e a hipótese fática prevista na referida norma específica. Diferencia-se da teoria da norma geral exclusiva, pois esta opta por regular um determinado caso não previsto na norma particular de maneira oposta ao que nela consta⁴²⁰.

Desse modo, o ordenamento jurídico pode ser considerado completo, preenchendo o elemento da *completude*, de três formas: i) quando nele estiver deonticamente qualificado determinado comportamento; ii) quando nele contiver uma consequência jurídica aplicável para qualquer hipótese; e iii) quando possibilitar ao órgão julgador encontrar, numa norma preexistente, a solução de um determinado caso sujeito à sua apreciação. Assim, mesmo que incompleto o ordenamento jurídico nas formas “i” ou “ii”, seria passível de complementação da forma “iii”, caracterizando a completude pela completabilidade do sistema jurídico⁴²¹.

Sendo sempre possível oferecer uma resposta jurídica a qualquer caso, o problema da incompletude do ordenamento jurídico é rasamente sanado. No entanto, traz outro

⁴¹⁹ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 178-180; e BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Trad. de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UnB, 1990, p.135.

⁴²⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Trad. de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UnB, 1990, p.135-136.

⁴²¹ LEONCY, Léo Ferreira. *Princípio da simetria e argumento analógico: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação da Prof.^a Fernanda Dias Menezes de Almeida. São Paulo, 2011, p. 24.

impasse: oferecer um meio de contornar as lacunas, pois mesmo que uma determinada norma seja lacunosa, o Direito não o será.

A lacuna legal, concebida como a falta de previsão normativa para determinada relação social que reivindica tratamento jurídico, pode ser intencional ou involuntária. A lacuna intencional se revela quando o legislador opta por não disciplinar determinado fato em razão de não se encontrar amadurecido suficientemente ou, ainda, opta por simplificar textos, disciplinando um tipo e deixando que outros de seu conhecimento sejam alcançados pela analogia. Por sua vez, a lacuna involuntária decorre da imprevisibilidade do legislador ou da antinomia entre disposições contraditórias de igual valor hierárquico. Nesta última hipótese, o aplicador apurará se uma das disposições se harmoniza com a teleologia do estatuto, pois, assim, a norma harmônica prevalecerá e a lacuna não mais existirá⁴²².

Para o regular funcionamento da sociedade, portanto, é preciso uma ordem jurídica eficiente, bem definida e que trace seu modo de atuação, principalmente no tocante ao preenchimento de lacunas. No ordenamento pátrio, o procedimento que busca auxiliar no preenchimento de lacunas é denominado de integração do Direito e está previsto no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Esse dispositivo, além de elucidar que, por mais complexo que seja o caso lacunoso deve haver solução, seja fundamentado na analogia, nos costumes ou nos princípios gerais do direito, reúne duas fontes formais⁴²³ (leis e costumes) e dois procedimentos de integração do Direito (analogia e princípios gerais de Direito).

O fenômeno da integração normativa é uma evolução metódica do Direito, na qual o aplicador, consciente da contínua modificação que as normas experimentam ao serem aplicadas às mais diversas relações sociais, muitas vezes apresentando omissões concernentes a uma nova exigência da vida, possuem a permissão para aperfeiçoar o Direito para que este deixe de apresentar uma lacuna⁴²⁴.

⁴²² NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. 1: parte geral, p. 85-86.

⁴²³ Por fontes formais, entendem-se os órgãos geradores de normas jurídicas, as formas pelas quais o Direito se exterioriza.

⁴²⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 1: teoria geral do direito civil, p. 76.

A integração compreende a reflexão realizada a partir do pressuposto de ausência de norma jurídica específica para o caso em estudo e não deve ser confundida com o processo de interpretação do Direito, pelo qual o intérprete, a partir de normas selecionadas, busca extrair o sentido e o alcance das disposições. Porém, convém esclarecer que todo processo hermenêutico se inicia com o fim de um procedimento de integração. Primeiro, o aplicador do Direito investiga o significado da norma cogitada para o preenchimento da lacuna. Depois, o intérprete se concentra nas regras pertinentes a questão de fato⁴²⁵.

Admitida a existência de lacunas jurídicas e a importância de seu preenchimento através dos procedimentos de integração do Direito é preciso analisar os meios oferecidos pelo direito pátrio para harmonizar a ordem jurídica sanando eventuais omissões normativas.

3.2.1.1 Analogia

Doutrinariamente, a analogia é concebida como meio supletivo em caso de lacuna da lei. Em outras palavras, em caso de omissão legal, o julgador aplicará ao caso concreto a norma jurídica prevista para situação semelhante, por meio do emprego da analogia⁴²⁶.

A analogia consiste, portanto, numa “forma típica de raciocínio pelo qual se estende a *facti species* de uma norma a situações semelhantes para as quais, em princípio, não havia sido estabelecida”⁴²⁷ e pode se manifestar de duas formas: analogia *legis* e analogia *juris*.

Analogia *legis* ou analogia legal se manifesta quando, inexistente a lei, ocorre a aplicação de outra norma legal ao caso concreto. No ordenamento jurídico brasileiro, os pressupostos para a aplicação analógica são obra doutrinária e não legislativa, diferente do que ocorre no direito espanhol, o qual determina expressamente no artigo 4º de seu Código Civil que “*procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen um supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón*”, isto é, para a aplicação analógica impõe-se que i) a hipótese não esteja

⁴²⁵ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. 1: parte geral, p. 87.

⁴²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, v. 1: parte geral, p. 76.

⁴²⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estado do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 247.

contemplada em normas jurídicas, ii) exista norma jurídica relativa à hipótese semelhante; iii) haja identidade de razão entre a hipótese não prevista e o previsto em norma jurídica⁴²⁸.

Da mesma forma, no direito pátrio, o aplicador, ao se deparar com a lacuna de uma norma, investiga se existe uma fonte para caso fundamentalmente semelhante ao que se tem em análise, buscando uma norma paradigma por meio da aplicação do princípio *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositivo* (onde há a mesma razão deve haver idêntica disposição). Entre o caso não previsto e o paradigma deve haver semelhança (não identidade), pontos em comum, mas também diferenças em relação a uma ou mais características, sendo indispensável que a semelhança seja na essência do conteúdo, de modo que o aplicador da norma reconheça nos dois casos (o previsto e o não previsto) a mesma razão determinante que levou o legislador a disciplinar o caso previsto⁴²⁹.

A analogia jurídica (analogia *juris*) se revela quando não há determinada lei para o caso concreto e o aplicador utiliza-se de princípio geral do Direito para solucionar o caso em apreciação. Nessa espécie de analogia, o paradigma não é a lei, mas os princípios que informam o sistema jurídico.

Embora existam autores⁴³⁰ que sustentem não ser a analogia jurídica um método propriamente analógico, por subverter a ordem prevista no artigo 4º da Lei de introdução (i) analogia, ii) costumes e iii) princípios gerais de Direito), dificultando a aplicação de uma norma costumeira, outros⁴³¹ concebem a distinção entre analogia *legis* e analogia *juris* importante apenas sob o prisma didático, pois compreendem que, como a analogia *juris* fundamenta-se em todo o conjunto da sistemática jurídica para retirar elementos que possibilitem sua aplicabilidade ao caso concreto não previsto, mas similar, toda analogia é *juris*.

É importante registrar que o método analógico de integração normativa não se confunde com a interpretação extensiva da norma. Enquanto no primeiro o aplicador fará uso de norma jurídica prevista para situação semelhante que não esteja disciplinada por lei, porém que guarde identidade de razões ou finalidade, na segunda o aplicador apenas

⁴²⁸ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. 1: parte geral, p. 89.

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 89.

⁴³⁰ *Ibidem*, p. 90.

⁴³¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 1: teoria geral do direito civil, p. 88-89.

estabelece novos legítimos limites da norma já existente e aplicável ao caso, alargando o alcance da regra⁴³².

Destaca-se que o processo de integração analógica é fundamental na órbita jurídica, pois por meio dele é impedida a dualidade de orientação para casos fundamentalmente semelhantes. Ao determinar tratamento igualitário a tais casos, a analogia favorece a harmonia lógica do sistema jurídico, rejeitando do senso de justiça a desigualdade de tratamento para fatos que possuam igual razão. Salienta-se que a utilização da analogia no preenchimento de lacunas é realizada independente de previsão legal, mormente porque seu uso constitui uma aplicação da própria lei. Como sua função é a de revelar normas implícitas presentes na ordem jurídica, eventual impedimento do método analógico deve ser feito por expresse comando legal, como ocorre, por exemplo, no artigo 108 do Código Tributário Nacional: “o emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei”⁴³³.

3.2.1.2 Costumes

Originariamente o costume se destina a completar ou interpretar o direito escrito e, por sua reiteração, demonstrar que realmente corresponde a uma necessidade. Para que efetivamente exista o direito costumeiro é necessário que um determinado costume seja constantemente observado como norma jurídica por um longo período de tempo. Apresentadas estas características, o costume é direito, detém força de coagir à obediência os particulares e deve ser empregado pelo aplicador da norma⁴³⁴.

Embora os costumes estejam na origem do Direito moderno, na atualidade, nos países de tradição romano-germânica, não são considerados superiores em face do Direito-escrito e não superam a eficiência dos códigos e estatutos atualizados com os princípios e valores da Ciência do Direito contemporâneo. Porém, continuam integrando a ordem jurídica como fontes do Direito⁴³⁵.

⁴³² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, v. 1: parte geral, p. 121.

⁴³³ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. 1: parte geral, p. 91-92.

⁴³⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. 8. ed. São Paulo: Francisco Alves, 1949, v. I, p. 106.

⁴³⁵ NADER, Paulo. *Op. cit.*, p. 66.

Concebido o costume como o uso geral, constante e notório, observado socialmente e correspondente a uma necessidade jurídica, é possível visualizá-lo, como fonte do direito, sob três prismas: i) *praeter legem*, ii) *secundum legem* e iii) *contra legem*. O costume *praeter legem* disciplina matéria que a lei não conhece. Reveste-se de caráter supletivo, suprimindo a lei nos casos omissos, por força do artigo 4º da Lei de Introdução. O costume *secundum legem* é aquele previsto na lei; a própria lei reconhece a eficácia jurídica do costume (ex. art. 1297 §1º⁴³⁶, art. 569, II⁴³⁷, art. 597⁴³⁸, todos do Código Civil). E o mais polêmico, o costume *contra legem*⁴³⁹, é aquele que se forma em sentido contrário ao da lei, seja por desuso (*dessuetudo*), quando a lei, embora em vigor, não tenha gerado efeitos fáticos na realidade, tornando-se letra morta em razão de regras costumeiras, ou pela criação de numa nova regra (*consuetudo ab-rogatoria*), quando a evolução dos valores sociais leva à negação de uma lei que gerou eficácia por certo tempo, criando um costume que se opõe à lei⁴⁴⁰.

A variante mais comum é o costume *praeter legem*, no qual o costume é admitido como fonte supletiva da lei. Pode ser aplicado quando houver omissão legislativa em determinada matéria e a lei não oferecer uma hipótese fundamentalmente semelhante ao caso em pauta, isto é, não apresentar analogia⁴⁴¹.

Diante de eventual lacuna na lei, caberá ao aplicador da norma perquirir acerca de eventual costume vivido pelos membros da comunidade, com certo grau de sensibilidade, para determinar a possibilidade de um uso ser invocado como costume jurídico e, então, vir a preencher lacuna legislativa⁴⁴². A exceção imposta se encontra no âmbito do Direito

⁴³⁶ Art. 1297. [...]

§1º. Os intervalos, muros, cercas e os tapumes divisórios, tais como sebes vivas, cercas de arame ou de madeira, valas ou banquetas, presumem-se, até prova em contrário, pertencer a ambos os proprietários confinantes, sendo estes obrigados, de conformidade com os *costumes* da localidade, a concorrer, em partes iguais, para as despesas de sua construção e conservação.

⁴³⁷ Art. 569. O locatário é obrigado:

[...]

II - a pagar pontualmente o aluguel nos prazos ajustados, e, em falta de ajuste, segundo o *costume* do lugar.

⁴³⁸ Art. 597. A retribuição pagar-se-á depois de prestado o serviço, se, por convenção, ou *costume*, não houver de ser adiantada, ou paga em prestações.

⁴³⁹ É o caso do chamado aluguel progressivo que era proibido pelo artigo 3º da lei nº. 1.300/1950, porém foi muito praticado, de forma que oito anos depois a lei nº. 3.494/1958, no artigo 2º, o consagrou, bem como o caso da ação anulatória por defloramento anterior da mulher, prevista no artigo 178, §1º, do Código Civil de 1916, que já estava em desuso mesmo antes da sua revogação formal.

⁴⁴⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, v. 1: parte geral, p. 71-73.

⁴⁴¹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. 1: parte geral, p. 63.

⁴⁴² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 1: teoria geral do direito civil, p. 93.

Penal, visto que, na hipótese de lacuna na lei, o juiz não poderá decidir o caso de acordo com os costumes, em razão de o Direito Penal possuir como fonte exclusiva a lei, prevalência do princípio não há crime, nem pena, sem lei anterior (art. 1º do Código Penal)⁴⁴³.

3.2.1.3 Princípios gerais do Direito

Quando, diante de um caso, a lei for omissa, a analogia falhar e não existirem costumes adequados, o aplicador da norma poderá suprir a lacuna adotando princípios gerais do direito.

Os princípios são regras que não foram explicitamente estabelecidas pelo Legislador, porém estão contidas de forma intrínseca no ordenamento jurídico. Possuem natureza múltipla, pois, ao mesmo tempo em que atuam como fundamento de integração da norma ou como limite da atividade jurisdicional ou da arbitrariedade, correspondem a um subconjunto valorativo e fático que norteiam o sistema jurídico⁴⁴⁴.

Há quem sintetize os princípios aos memoráveis preceitos romanos, cuja influência transpôs os séculos: “*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”, isto é, viver honestamente, não lesar a outrem, dar a cada um o que é seu. Todavia, é possível visualizar princípios expressamente previstos em regras jurídicas, como é o caso do artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” – e do artigo 112 do Código Civil – “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”, bem como princípios que estão implícitos no sistema jurídico civil, como, por exemplo, o da moralidade, da igualdade de direitos e deveres, o de que ninguém pode transferir mais direitos do que tem, o de que ninguém pode invocar a própria malícia, entre inúmeros outros.

⁴⁴³ Sobre o costume administrativo, fonte não escrita expedida pelo Poder Público, Thiago Marrara, após explanar sobre ser este uma espécie de costume que surge na prática do Estado dentro de seu território ou mesmo na prática *interna corporis* das instituições estatais, elucida que “o costume administrativo não é fonte relevante do direito administrativo; mas o costume em geral, quando aceito como fonte, vincula a Administração Pública na medida em que constitui o bloco normativo que rege suas condutas em alguns setores”. Em outras palavras, aduz que “o fato de esse tipo de costume exercer pouca relevância não significa que outros tipos de costume não sejam de aplicação obrigatória pela Administração Pública” (MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 1, n. 1, p. 40-43, 2014).

⁴⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 1: teoria geral do direito civil, p. 94.

Na aplicação de princípios gerais do Direito, o aplicador deverá empregar deduções, induções e juízos valorativos na seguinte etapa: i) procurará princípios norteadores sobre a matéria jurídica referente ao caso concreto; ii) não sendo possível, alcançará os princípios gerais que informam todo o direito escrito; iii) buscará os princípios de direito consuetudinário; iv) recorrerá ao direito comparado; e v) invocará os elementos de justiça⁴⁴⁵.

Os princípios gerais do Direito, portanto, colocam-se como instância final e decisiva, na qual o aplicador, diante de lacunas normativas em que se encontrem inviabilizadas a analogia e inexistentem normas costumeiras, buscará alcançar, após um trabalho de indução, a norma reguladora mais consentânea com as exigências particulares do caso concreto⁴⁴⁶.

3.2.1.4 Equidade

Diferente dos demais mecanismos de integração do Direito apresentados acima, a equidade não se encontra expressamente prevista no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, sendo possível avistá-la a partir de ampla análise do ordenamento jurídico brasileiro, o qual prevê diversas hipóteses legais contemplando-a, implícita ou explicitamente.

Segundo a concepção aristotélica, equidade significa justiça do caso concreto. Trata-se de um princípio que completa a ideia de justiça, transformando-a numa justiça plena, ainda que atenuando o rigor da norma, porém com o fim de atingir o brocardo latino *summum jus summa injuria*: o máximo do direito, o máximo da injustiça⁴⁴⁷.

São exemplos de casos de equidade expressamente previstos pelo Legislador o artigo 85, §8º, do Código de Processo Civil⁴⁴⁸ e o artigo 11, inciso II, da lei nº.

⁴⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 1: teoria geral do direito civil, p. 95-96.

⁴⁴⁶ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. 1: parte geral, p. 94-95.

⁴⁴⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, v. 1: parte geral, p. 78.

⁴⁴⁸ Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.
[...] § 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação *equitativa*, observando o disposto nos incisos do § 2º.

9.307/1996⁴⁴⁹ e, de casos implícitos, o artigo 1740, inciso II, do Código Civil⁴⁵⁰ e o artigo 723 do Código de Processo Civil⁴⁵¹.

Outra hipótese importante de previsão expressa da equidade está no artigo 140, parágrafo único, do Código de Processo Civil, pelo qual o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico, devendo decidir por equidade apenas nos casos previstos em lei.

Apesar da existência de casos de equidade expressamente autorizados por lei, essa autorização não é obrigatória, pois, além de a autorização legal poder estar implícita, a equidade consiste em um recurso oriundo do sistema e do direito natural, que pressupõe a inexistência de texto claro e inflexível sobre a matéria. Constatada a omissão, defeito ou demasiada generalidade da lei, o uso da equidade deve ser fruto de elaboração científica, que esteja em harmonia com o sistema jurídico e os princípios que o informam, devendo ser repelida qualquer construção sentimental ou arbitrária⁴⁵².

De três formas distintas podem ser observadas as decisões que fazem uso da equidade: i) decisão *com* equidade: é toda decisão que pretende estar conforme o direito, enquanto ideal supremo de justiça; ii) decisão *por* equidade: a decisão que tem por fim a consciência e a percepção de justiça do aplicador da norma, cuja atuação não exige o aprisionamento a regras de direito positivo e métodos predeterminados de interpretação; e iii) decisão que utiliza a equidade como *meio supletivo de integração e interpretação de normas*: é toda decisão proferida com o intuito de buscar o equilíbrio entre norma, fato e valor (aplicação do direito ao caso concreto), quando diante de uma contradição entre a norma legal e a realidade, gerando uma lacuna⁴⁵³.

O conceito de equidade como meio supletivo de integração e interpretação de normas pode ser extraído da análise do artigo 5º da Lei de Introdução cumulado com o

⁴⁴⁹ Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

[...] II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por *equidade*, se assim for convencionado pelas partes.

⁴⁵⁰ Art. 1.740. Incumbe ao tutor, quanto à pessoa do menor:

[...] II - reclamar do juiz que providencie, como houver por bem, quando o menor haja mister correção.

⁴⁵¹ Art. 723. O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. O juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna.

⁴⁵² FRANÇA, Limongi R. Aplicação dos princípios gerais de direito. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 7, p.205. São Paulo, Saraiva, 1977.

⁴⁵³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, v. 1: parte geral, p. 80-81.

artigo 4º, pelos quais, em caso de omissão ou defeito legal, o aplicador da norma, que não pode se eximir de decidir a questão, deverá cingir-se a determinados limites, sendo-lhe permitido adequar a lei às novas exigências, advindas de mutações sociais das instituições. A equidade como preenchimento da lei perante casos lacunosos é um poder conferido ao aplicador da norma para evidenciar o direito oculto alicerçado nos subsistemas normativos, valorativos e fáticos que compreendem o sistema jurídico⁴⁵⁴.

3.2.2 A não receptividade do artigo 4º da Lei De Introdução às Normas do Direito Brasileiro: uma visão constitucionalista

De acordo com a doutrina civilista, o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estabelece uma ordem de preferência no preenchimento de lacunas jurídicas. Por essa ordem subsidiária, o aplicador da norma, em caso de lacuna, primeiro verificará na própria legislação se há semelhança entre fatos diferentes, exercendo juízo de valor de que esta semelhança se sobrepõe às diferenças. Na ausência de tais casos análogos, deverá recorrer às normas consuetudinárias. Na inexistência destas, deverá fazer uso dos princípios gerais de direito e, se ainda estes inexistirem ou forem controversos, lançará mão da equidade⁴⁵⁵.

No entanto, convém registrar a existência de uma corrente constitucionalista que sustenta ser inconcebível a aplicação de princípios apenas de forma subsidiária para suprir as lacunas da lei ou informar o sistema. Isto porque o atual paradigma conferiu caráter normativo a alguns princípios, ascendendo-os a *status* constitucional de fundamentação de todo o sistema jurídico⁴⁵⁶.

O artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro trata dos princípios gerais do Direito, desenvolvidos no âmbito do Direito Privado, como forma de tentar solucionar as situações nas quais não há lei regulamentando a atividade dos particulares. “Servem como mandamentos que informam e dão apoio ao direito, utilizados como base para a criação e integração das normas jurídicas, respaldados pelo ideal de

⁴⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 1: teoria geral do direito civil, p. 97-98.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 98.

⁴⁵⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 75.

justiça”⁴⁵⁷. São princípios como a boa fé, a proibição do enriquecimento sem causa, não fazer mal a ninguém, todos utilizados como critérios para o aplicador da norma na apreciação do caso concreto lacunoso. Porém, somente de forma subsidiária.

Os princípios gerais do Direito não se confundem com os direitos fundamentais na forma de princípios, os denominados princípios constitucionais. Estes são mandados de otimização que possuem força vinculante e são de observância necessária e obrigatória em qualquer situação, sob pena de invalidade por vício de inconstitucionalidade, devendo informar a própria atividade legislativa e a atuação de todos os entes estatais⁴⁵⁸.

A ausência de distinção entre princípios gerais do Direito e princípios constitucionais no artigo 4º da Lei de Introdução pode conceber a ideia de que os princípios constitucionais são aplicados em último lugar, depois da lei e das demais fontes de integração das lacunas, o que é incorreto.

Como a hermenêutica constitucional do Estado Democrático de Direito aprovou a construção de um sistema jurídico dotado de regras e princípios, conferindo a estes caráter normativo⁴⁵⁹, há quem entenda a não receptividade, pela Constituição de 1988, da ordem de preferência estabelecida no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, promulgada sob a égide do Estado de Direito Social, pelo fato de não prever os princípios constitucionais, possibilitando a errônea interpretação de que são os últimos a serem aplicados.

Por esse motivo foi que a Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº. 379, de 2009, destinada a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil havia previsto no artigo 108 que o juiz não se exime de decidir alegando lacuna ou obscuridade da lei, cabendo-lhe, no julgamento da lide, aplicar os *princípios constitucionais* e as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ PAIVA, Eduardo de Azevedo. Princípios Gerais de Direito e Princípios Constitucionais. *Curso de Constitucional - Normatividade Jurídica*. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 11. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_51.pdf.

⁴⁵⁸ *Idem*.

⁴⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 110.

⁴⁶⁰ BRASIL. *Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil*. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de

Em que pese o empenho da Comissão, o dispositivo não foi aprovado e limitou-se a dispor que “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico” (art. 140 do CPC), remetendo o aplicador ao artigo 4º da Lei de Introdução.

Desse modo, segunda a visão constitucionalista, na releitura do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, é imprescindível conceber a distinção entre princípios gerais do Direito e princípios constitucionais nos casos de lacuna ou obscuridade da lei, pois os primeiros possuem aplicação subsidiária, enquanto os segundos possuem normatividade plena e são o fundamento de toda a ordem jurídica, servindo “de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos [...]”⁴⁶¹.

3.2.3 Instrumentos provenientes da esfera penal

Executado o cotejo dos meios de integração da norma jurídica, sobretudo a analogia, foi possível constatar que, ao se deparar com a lacuna de uma regra, o aplicador poderá investigar se existem fontes para caso fundamentalmente semelhante ao que se tem em análise, buscando uma norma paradigma, por meio da aplicação do princípio *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositivo* (onde há a mesma razão deve haver idêntica disposição).

Isso porque não há ato normativo que consiga prever soluções jurídicas para todas as situações de fato, sendo ferramentas necessárias para a completude do ordenamento jurídico a aplicação analógica de outros diplomas legais e as elucidações por meio da interpretação de princípios⁴⁶².

Tal concepção justifica-se, no âmbito processual, principalmente pelo fato da teoria do processo ser cientificamente una, independentemente do ambiente estatal onde o processo deva tramitar, bem como da previsão do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas

edições técnicas, 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

⁴⁶¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 289-290.

⁴⁶² BARRETO, Fabiana Maria Farias Santos. Do processo sancionatório. In: ATTINÁ, Cláudia Magalhães Guerra (Org.). *Comentários à Lei de Processo Administrativo do Estado da Bahia (Lei nº. 12.209 de 20 de abril de 2011)*. Salvador: Procuradoria-Geral do Estado da Bahia, 2013. p. 280-337, p. 337.

do Direito Brasileiro, o diploma maior de sobredireito, recomendar o socorro subsidiário, ora abraçado⁴⁶³.

Ademais, o Legislador estabeleceu, no artigo 3º do CPP, que “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”. Ora, se no âmbito criminal, campo majoritariamente punitivo, é admitida a aplicação analógica para estender o alcance de uma norma jurídica a um caso não expressamente nem implicitamente previsto desde que não desfavoreça o réu, com a mesma razão deve ser utilizada a aplicação analógica às normas processuais do direito administrativo sancionador.

Nesse contexto, faz-se oportuno analisar alguns instrumentos oriundos do campo penal para verificar se poderão auxiliar na problemática da multiplicidade de processos administrativos sancionadores conexos.

Antes, contudo, registra-se um fato político observável: por um lado, o direito administrativo sancionador vem se robustecendo, inclusive com legislações que buscam facilitar a ação punitiva (como, por exemplo, a previsão de responsabilidade objetiva na lei anticorrupção). Por outro, o direito penal, apesar de alguns movimentos de tipificação de conduta (normalmente em resposta a fatos cercados de certa comoção social), possui, nas últimas décadas, movimentos doutrinários ideológicos, e mesmo legislativo, fugindo de uma lógica penal retributiva e exacerbada (lei nº. 9.099/1995; movimentos de valorização da vítima; fortalecimento do garantismo; movimentos de incentivo a penas alternativas etc.). Esta miscigenação ocorrendo entre tais ramos do direito reforçam o entendimento de que as garantias processuais penais, e mesmo penais, devem permear o direito administrativo sancionador.

Ademais, o *ius puniendi* estatal criminal e a atuação estatal punitiva/sancionatória no campo administrativo guardam certa afinidade. Pelo fato de ambos constituírem manifestações do poder punitivo estatal, não há diferença ontológica entre o direito administrativo sancionador e o direito penal, sendo admitido, em muitas ocasiões, que o regime jurídico aplicável em ambas as instâncias seja o mesmo. Nesse sentido, Arruda Alvim afirma que:

⁴⁶³ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 141.

“Considerando-se a natureza dos processos administrativos que objetivam apurar e sancionar ilícitos administrativos que poderão, inclusive, ser eventualmente caracterizados como ilícitos penais, devem ser aplicados, por evidente, as normas e princípios pertinentes ao regime administrativo punitivo, advindas dos direitos processual e material penal”⁴⁶⁴.

Diferente do que ocorre no direito administrativo sancionador, no direito penal existe a previsão de institutos, como o concurso real e aparente de crimes, para solucionar casos em que há incidência de múltiplos tipos penais. Por não haver a previsão de mecanismos desse tipo para o processo administrativo, torna-se cada vez mais frequente a existência de dois ou mais processos punitivos autônomos em razão de um mesmo fato, em face do mesmo agente, ocasionando duas ou mais punições, problema que afeta inúmeros princípios do ordenamento jurídico como, eficiência e economia processual, segurança jurídica, entre outros.

Apesar da ausência de norma nacional determinando a aplicação subsidiária e supletiva da legislação penal, a doutrina e a jurisprudência há tempos defendem a ligação estreita entre o processo administrativo e outros ramos processualísticos, principalmente entre o processo penal. Exemplo disso é a decisão proferida no recurso do Mandado de Segurança nº 31191/BA, no qual o Relator Ministro Leopoldo de Arruda Raposo do STJ⁴⁶⁵ já chegou a admitir a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal aos processos administrativos disciplinares, seguido pelo mesmo entendimento defendido doutrinariamente: as normas de direito processual penal devem ser aplicadas no âmbito do processo administrativo disciplinar⁴⁶⁶.

A despeito de não haver regramento nacional, convêm registrar que o Estado da Bahia previu em lei estadual a aplicação subsidiária do CPP aos processos administrativos sancionadores. De acordo com o artigo 124 da lei nº. 12.209, de 20 de abril de 2011, do Estado da Bahia: “Aplica-se subsidiariamente, no que couber, o Código de Processo Penal ao processo sancionatório”. Nesse caso, como existe lei definindo expressamente a aplicação subsidiária do CPP, não há se falar em aplicação analógica, visto que a lacuna

⁴⁶⁴ ALVIM, Arruda. Conexão e continência no processo administrativo. In: WALD, Arnaldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org.). *O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917/2017) defensor do estado de direito*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 235.

⁴⁶⁵ STJ, RMS nº 31191/BA, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (convocado do TJPE), Quinta Turma, julgado em 01.10.2015.

⁴⁶⁶ CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da Administração Pública. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 166-167.

normativa é prontamente suprida pela determinação da aplicabilidade de outro diploma legal que, na grande maioria dos casos, conterà a resposta para a omissão contida na lei especial.

Portanto, apenas diante de lacuna normativa, deve ser promovida a aplicação analógica do regramento penal a todo procedimento administrativo sancionatório e não apenas ao âmbito do processo administrativo disciplinar.

Embora não seja possível negar a existência de diferenças sensíveis entre o processo judicial e o administrativo, o ordenamento jurídico dificilmente prescreve as condições nas quais duas situações poderão ser consideradas semelhantes, fazendo-se necessária a interpretação sistemática, por parte dos estudiosos do tema, para verificar se de disposições do direito penal podem vir a ser aplicadas ao processo administrativo, a fim de viabilizar a articulação de processos administrativos sancionadores conexos.

3.2.3.1 Concurso de crimes (material e formal)

Instituto de suma importância para o presente trabalho é o concurso de crimes, que se verifica quando o agente, por meio de uma ou várias condutas, pratica duas ou mais infrações penais.

Como já mencionado, o ordenamento jurídico administrativo não prevê institutos que regulem a pluralidade de infrações administrativas ocorridas por meio de uma ou mais condutas. Essa omissão acarreta, por vezes, uma infinidade de processos administrativos sancionadores correlatos, uma diversidade de entendimento para fatos similares e, por consequência, decisões conflitantes que caminham na antemão de princípios constitucionais relevantes.

Em decorrência da possibilidade de utilização da interpretação analógica estabelecida na LINDB, faz-se importante analisar o instituto do concurso de crimes previsto no direito penal e testar sua capacidade de aplicação no âmbito administrativo no intuito de vislumbrar se o ordenamento jurídico brasileiro atual possui instrumentos hábeis para sanar a dificuldade de harmonização dos múltiplos processos administrativos sancionadores conexos.

Na esfera penal, o concurso de crimes advém da pluralidade de fatos, da prática de uma ou mais ações que resulta na caracterização de dois ou mais delitos e pode se manifestar sob a forma de concurso material ou concurso formal.

A primeira espécie de concurso de crimes é o concurso material ou real previsto no artigo 69 do Código Penal que se configura quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não. No concurso material, há, portanto, pluralidade de condutas e pluralidade de resultados. Por meio de duas ou mais condutas, o agente pratica dois ou mais crimes, independentemente de a ocorrência dos fatos ter se dado no mesmo contexto fático. A doutrina penalista aponta, ainda, que o concurso material pode ser homogêneo, quando os resultados (crimes) são idênticos, ou heterogêneo, quando os crimes são distintos (resultados diversos)⁴⁶⁷. A consequência do concurso material de crimes é a aplicação cumulativa das penas em que o acusado tenha incorrido.

Caso haja conexão entre as infrações penais com a consequente união processual, a soma das penas deverá ser realizada pelo juiz que profere a sentença condenatória. Em atendimento ao princípio constitucional da individualização da pena, caberá ao julgador atribuir, separadamente, a pena para cada uma das infrações e, após, na própria sentença, proceder à soma de todas elas. Não havendo conexão entre as diferentes infrações penais, sendo elas objeto de processos penais diversos, as disposições próprias do concurso material serão aplicadas pelo juízo da execução, uma vez que, após o trânsito em julgado das sentenças, as diversas condenações serão reunidas na mesma execução, momento em que a soma das penas será procedida, nos termos do artigo 66, III, “a”, da Lei de Execução Penal.

A segunda espécie de concurso de crimes é o concurso formal (ou também chamado de concurso ideal) que se verifica quando o agente, mediante uma só conduta, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não (art. 70 do CP). Dois requisitos são necessários para sua caracterização, a unidade de conduta e a pluralidade de resultados (mais de um bem juridicamente tutelado).

⁴⁶⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal. Parte Geral: arts. 1º a 120*. v.1, 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 673-674.

Haverá unidade de conduta, “sempre que os múltiplos atos realizados pelo agente encontrarem um fundo comum de coesão: e esse fundo comum é constituído pela unidade de tempo e lugar”⁴⁶⁸. A unidade de conduta não implica, obrigatoriamente, em ato único, pois existem condutas fracionáveis em vários atos como, por exemplo, um roubo qualificado consistente na subtração de dois aparelhos celulares pertencentes a duas pessoas distintas, no mesmo instante. Nesse caso, configura-se concurso formal a ação única que teve como resultado a lesão ao patrimônio de vítimas diversas.

Com relação à pluralidade de resultados, é necessário que, de uma conduta praticada, ocorra mais de um fato ou mais de um crime, atingindo mais de um bem tutelado pelo Direito Penal. É o caso de um indivíduo que, ao atirar, mata mais de uma pessoa ou de o motorista imprudente que ceifa a vida de várias pessoas, cometendo vários crimes, porém com um único comportamento⁴⁶⁹.

O concurso formal pode ser homogêneo ou heterogêneo, a depender se os crimes praticados são idênticos ou não. Também pode ser perfeito, quando o agente, sem agir com desígnios autônomos, não tem o propósito de produzir dois ou mais resultados (ocorre entre crimes culposos ou então entre um crime doloso e um crime culposos) como, por exemplo, num acidente de carro o agente atropela e mata três pessoas. Ou pode ser imperfeito, quando o agente tem a intenção de praticar ambos os delitos, seja desejando mais de um resultado ou aceitando o risco de produzi-lo (dolo direto ou dolo eventual), por exemplo, atear fogo numa residência com o intuito de matar todos os moradores.

O concurso formal implica a existência de dois ou mais crimes, porém apenados de maneira menos rigorosa. Segundo o artigo 70, se for concurso perfeito (sem agir com desígnios autônomos) homogêneo será aplicada a pena de qualquer dos crimes acrescida de um sexto até a metade e se for concurso perfeito heterogêneo aplica-se a pena do mais grave aumentada de um sexto até a metade⁴⁷⁰. No caso de crimes provenientes de concurso imperfeito (oriundo de desígnios autônomos), as penas serão somadas.

⁴⁶⁸ LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Processal Penal*, v. II. Buenos Aires, Ed. Juridicas Europa-America, 1963, p. 451.

⁴⁶⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal. Parte Geral: arts. 1º a 120*. v.1, 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 676.

⁴⁷⁰ Segundo o STJ, “A melhor técnica para dosimetria da pena privativa de liberdade, em se tratando de crimes em concurso formal, é a fixação da pena de cada uma das infrações isoladamente e, sobre a maior pena, referente à conduta mais grave, apurada concretamente, ou, sendo iguais, sobre qualquer delas, fazer-se o devido aumento, considerando-se nessa última etapa o número de infrações que a integram”. (HC nº. 85.513/DF, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada), 5ª Turma, j. 01.10.2007). Logo, sendo dois

O parágrafo único do artigo 70 estabelece que não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código (do concurso material). O indivíduo que comete mais de um crime, com uma única ação, não pode ser penalizado mais severamente do que o agente que repetidamente, com mais de uma ação, cometeu os mesmos crimes. Desse modo, se o aumento de pena previsto para o concurso formal perfeito prejudicar o acusado, deverá incidir o sistema do cúmulo material, uma vez que a soma das penas se apresenta mais vantajosa do que o aumento de uma delas com certo percentual, mesmo que no patamar mínimo. É o chamado concurso material benéfico.

Apesar de a somatória das penas ser infinita, o artigo 75 do CP, também denominado concurso de crimes ou moderado ou limitado, estabelece que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não poderá ser superior a quarenta anos.

Com relação à pena de multa, o artigo 72 do CP determina que, no concurso de crimes, as penas de multa serão aplicadas distinta e integralmente (regra do sistema da acumulação material). Logo, nas modalidades de concurso de crimes material e formal, a aplicação da pena de multa será realizada de modo cumulativo.

Registra-se que é possível, no âmbito criminal, o concurso de concursos de crimes ou concorrência de concursos. Caso aconteça de, num dia, um indivíduo praticar mais de um crime em concurso formal e, no outro, mais de um crime também em concurso formal. Entre esses dois blocos de concursos haverá concurso material, devendo o aplicador da lei calcular as penas de cada bloco de modo separado e, de posse do resultado, somar as penas resultantes dos dois grupos de concurso formal, em consonância com o concurso material.

Enquanto o instituto do concurso de crimes previsto no direito penal possui tratamento legislativo e farta doutrina, no âmbito processual administrativo a temática carece de aprofundamentos doutrinários. Houve uma tentativa sucinta do Legislador de inserir na LINDB regramentos sobre a dosimetria das punições na esfera administrativa, como o dever de observar, na aplicação de sanções, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente (art. 22, §2º), bem como o dever de serem levadas em conta as demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato (art. 22, §3º). Porém, as disposições, isoladamente consideradas, não são suficientes para pôr fim à

crimes, aumenta-se a pena em 1/6; se forem três, em 1/5; se forem quatro, em 1/4, se forem cinco, em 1/3 e se forem seis ou mais, em 1/2.

dificuldade que este trabalho se propõe a investigar: a da articulação dos múltiplos processos administrativos sancionadores conexos, sendo necessário recorrer às técnicas de integração de lacuna, por meio da analogia às normas do direito penal. Neste momento, a analogia ao regramento penal sobre concurso de infrações.

A analogia consiste em aplicar a uma hipótese não regulada por lei disposição concernente a um caso semelhante, com fundamento na máxima *ubi eadem ratio, ibi eadem jus* (onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo direito).

O teste da capacidade de aplicação do concurso de crimes (hipótese regulada por lei) no âmbito processual administrativo, sobretudo quando um mesmo comportamento resulta na violação simultânea de várias leis administrativas (caso semelhante), faz-se importante no contexto da multiplicidade de processos administrativos em que há imposição de uma infinidade de sanções.

Ao estabelecer o concurso de crimes, o Legislador, coerentemente, sedimentou que a pena a ser aplicada a quem, reiteradamente, pratica mais de um crime, com mais de uma ação, não pode ser a mesma pena aplicável àquele que comete mais de um crime, porém com uma única ação, sem agir com desígnios autônomos⁴⁷¹, porquanto haver, nos crimes concorrentes praticados em concurso formal, uma única decisão contrária ao Direito ou um único momento de culpabilidade do agente, o que justifica o apenamento mais favorável em comparação ao concurso material.

O que nos propomos a examinar neste trabalho é a situação em que uma única conduta viola mais de uma norma administrativa. Esta hipótese estampa a figura do concurso formal, pelo qual um comportamento resulta no cometimento de dois ou mais atos ilícitos, lesando mais de um bem jurídico tutelado, que pode ser transportada, com algumas ressalvas, para o ordenamento jurídico administrativo, falando-se em concurso formal de infrações administrativas em termos análogos.

A fim de evitar o excesso de rigor punitivo no tocante à pluralidade de ilícitos penais praticados, o legislador agiu de forma moderada. O propósito legislativo concernente ao concurso formal foi de diferenciar aquele acusado que, com uma conduta, quis praticar intencionalmente vários crimes (concurso formal imperfeito) daquele que,

⁴⁷¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 679, v. 1.

com uma conduta, praticou vários crimes sem ter esta finalidade (concurso formal perfeito). Ao primeiro caso, atribuiu a soma das penas dos crimes cometidos e, ao segundo, a aplicação de uma única pena (a mais grave das sanções cabíveis ou, se iguais, somente uma delas), porém aumentada de 1/6 até metade.

No âmbito administrativo, verifica-se que o legislador começou a prever hipóteses de que uma conduta pode lesar vários bens jurídicos, possibilitando a múltipla imputação sancionatória em virtude de uma mesma conduta, como é o caso do contido nos artigos 29 e 30 da lei anticorrupção⁴⁷². Todavia, na maioria das situações, não especifica o modo de punição, se cada órgão irá aplicar as penalidades, devendo estas ser cumuladas ou aumentadas.

Como forma de aprimoramento dos múltiplos processos administrativos sancionadores, verifica-se que a aplicação analógica do concurso formal de crimes seria deveras interessante, apesar de enfrentar alguns entraves.

Para melhor avaliar a aplicação analógica do concurso formal às infrações administrativas, novamente é necessário assinalar três contextos: i) o de processos administrativos sancionadores tramitando perante órgãos/entidades iguais; ii) o de processos administrativos sancionadores tramitando perante órgãos diferentes, porém pertencentes a um mesmo sistema; e iii) o de processos administrativos sancionadores tramitando perante órgãos/entidades diferentes.

Essa distinção se faz importante pelo fato de que, enquanto no âmbito judicial, o julgador do processo será sempre um magistrado pertencente a órgão (Justiça Federal, Justiça Estadual, Justiça do Trabalho, etc.) inserido no Poder Judiciário, relativo a uma mesma pessoa política, na esfera administrativa o cenário é mais complexo porque envolve várias entidades (União, Estados, Distrito Federal e Municípios e seus respectivos órgãos),

⁴⁷² Art. 29. O disposto nesta Lei não exclui as competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda para processar e julgar fato que constitua infração à ordem econômica.

Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 ; e

II - atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

todas dotadas de autonomia, detentoras de inúmeros tipos de processos administrativos sancionadores.

No processo penal, quando uma conduta infrativa ocasionar a caracterização de vários crimes de competências distintas, os processos podem, em determinados casos, ser reunidos e julgados por uma mesma autoridade julgadora, viabilizando a aplicação de institutos como o concurso formal. É o caso, por exemplo, de um indivíduo que porta arma de fogo em desacordo com determinação legal e regulamentar (crime de competência da Justiça Estadual), ingressa em Área de Proteção Ambiental da União e promove caça ilegal (crime de competência da Justiça Federal). Caso a prova da infração do porte irregular de arma de fogo, de competência da justiça estadual, influa na prova da caça ilegal de competência federal, competirá à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes (súmula 122 do STJ). Isso somente é possível porque tanto a justiça federal quanto a justiça estadual pertencem a um mesmo Poder, o Judiciário.

Situação diversa é a que ocorre no âmbito administrativo, em que uma conduta, ao gerar mais de um ilícito administrativo, acarreta o trâmite de processos administrativos de diferentes competências insuscetíveis de serem unificadas.

Imagine o cenário em que uma empresa é contratada pelo Poder Judiciário, em sua função atípica, para realizar uma obra. Estabelece-se que a comissão de licitação deve autorizar cada etapa da obra. A empresa contratada paga propina aos membros da comissão para que a autorizem a passar pela fase de estudos ambientais sem a apresentação do documento. Aceita a vantagem e prosseguida a obra, a empresa causa um dano ambiental, o IBAMA instaura processo administrativo e a multa. Os servidores que atuaram em conluio com a empresa também figuram como partes neste processo e recebem penalização. Logo, existirão dois autos: o ambiental do IBAMA (entidade do Executivo Federal) e o disciplinar do Poder Judiciário e ambos aplicam penalidade. Nesse caso, não há como cominar a penalização estipulada para o concurso formal, determinando que um aplique a pena mais grave e o outro comine apenas o aumento de pena, pois integram Poderes autônomos e independentes, o que impossibilita que os processos sejam reunidos e julgados por uma mesma autoridade julgadora.

Como as regras do concurso formal são concretizadas no momento da aplicação da pena, exige-se que seja o mesmo julgador para todos os processos. Dessa forma, para

que se possa cogitar na aplicação da pena estabelecida para o concurso formal de infrações administrativas é preciso que sejam examinadas as competências dos órgãos sancionadores e verificada a possibilidade de conexão processual, o que nos remete às conclusões apontadas no item 3.1.1.

Em resumo, tratando-se de processos administrativos sancionadores em trâmite perante entes/órgãos diferentes, a aplicação do concurso formal poderá restar prejudicada devido à dificuldade de proceder a conexão dos processos. Como cada ente/órgão detém competência para instaurar, instruir e julgar processo administrativo relativo à determinada matéria, o sancionamento referente a ilícito administrativo estranho ao conjunto de assuntos de sua alçada implicará na ausência de conhecimento técnico necessário para averiguar a infração isoladamente considerada e, como corolário, na privação da apuração do ilícito, obstando a conexão processual. Este motivo, somado à autonomia de cada órgão ou ente, impossibilita defender a ideia de que seja exigível o encaminhamento de um processo de um ente a outro a fim de ser proferida uma única decisão com aplicação do concurso formal.

Por outro lado, diante de processos administrativos sancionadores tramitando perante uma mesma entidade ou entre órgãos diferentes, porém inseridos no mesmo sistema, por haver a possibilidade de conexão e, por conseguinte, a reunião para decisão conjunta, poderá ser realizada a aplicação analógica do instituto do concurso formal. Em outras palavras, a aplicação do concurso formal é admitida em decorrência da possibilidade de se admitir a conexão processual quando i) a infração apurada situar-se no campo de competência material de uma mesma entidade pública ou, ii) ainda que de órgãos distintos, estejam estes inseridos dentro de uma mesma entidade ou de um mesmo sistema.

A dificuldade em determinar a aplicação do concurso formal de infrações no direito administrativo está no fato de que, antes de se pensar na aplicação do concurso formal deve se avaliar a reunião dos processos pra julgamento conjunto. Enquanto o processo penal traz regras para tanto, estabelecendo qual caminho seguir quando há concurso entre competências e jurisdições a fim de permitir a unidade e julgamento de processos e possibilitar a aplicação de institutos como o concurso formal, o direito administrativo sancionador é silente.

Concretizada a conexão de processos administrativos, por meio da aplicação subsidiária do CPC, possibilitada estará a aplicação analógica do CP referente ao concurso formal de infrações. Todavia, é preciso cautela na fase de apenamento.

No caso de não haver o propósito de produzir os resultados (atuação sem desígnios autônomos), se o comportamento realizado gerar infrações administrativas puníveis com a mesma penalidade, somente uma pena será aplicada, porém aumentada de um sexto até a metade, a depender do número de infrações que a integram (sendo duas infrações administrativas, aumenta-se a pena em um sexto; se forem três, em um quinto; se forem quatro, em um quarto, se forem cinco, em um terço e se forem seis ou mais, em metade). Se a conduta praticada acarretar ilícitos administrativos puníveis com penas diferentes, deverá ser aplicada a penalidade mais grave, aumentada de um sexto a metade. E, sendo constatada a intenção do indivíduo de praticar ambas as infrações administrativas (atuação com desígnios autônomos), as penas serão somadas.

Não haverá maiores dificuldades no sancionamento quando as penalidades forem as mesmas, eis que bastará aplicar uma delas aumentada, ou quando as infrações forem cometidas com dolo, pois bastará efetuar a soma de todas elas. Por outro lado, quando as sanções estabelecidas pelas diversas normas administrativas forem totalmente diferentes, a eleição da pena mais grave a ser aumentada poderá ensejar incerteza na aplicação do concurso formal.

Muitas vezes será dubitável a determinação da sanção mais penosa ao infrator, visto que uma pena de suspensão do direito de contratar com a Administração por dois anos poderá ser mais grave do que a cominação de uma altíssima multa pecuniária ou, ainda, a determinação de rescisão do contrato poderá ser mais grave do que a suspensão do direito de contratar com a Administração por determinado período, por exemplo.

Nesse sentido, tratando-se de penalidades distintas, tem-se que a melhor solução para a esfera do direito administrativo sancionador é a do cúmulo material, somando-se as penas cominadas a cada uma das infrações. Não há motivos para, no afã da aplicação analógica, pôr em risco a correta aplicação do instituto devido à impossibilidade de determinar acertadamente a penalidade mais grave.

Ademais, a aplicação do sistema da exasperação (pena aumentada) previsto para o concurso formal também restará prejudicada diante da previsão legislativa de penas que podem vir a ser excludentes como, por exemplo, pena de demissão prevista no Estatuto Disciplinar em detrimento das únicas penas estabelecidas pelo Código de Conduta Ética do Agente Público e da Alta Administração federal, advertência ou censura.

Destaca-se ainda que, não obstante a caracterização do concurso de infrações, dispondo as leis administrativas violadas sobre a imposição de sanção pecuniária (multa), deverão ser estas aplicadas distinta e integralmente, nos termos do artigo 72 do CP.

Por último, convém registrar que é equivocado o entendimento⁴⁷³ de que a analogia das normas do direito penal no tema concurso de infrações administrativas não se justifica em razão de: i) o direito penal ser especial, conter princípios, critérios, fundamentos e normas particulares, próprios desse ramo jurídico, que não podem ser estendidos além dos casos para os quais foram instituídos; ii) a forma de sancionar ser instituída pelo legislador, competindo-lhe elaborar, ou não, regras a respeito da concorrência de infrações administrativas, sendo que, no silêncio, o benefício do concurso formal não deve ser aplicado.

Não se mostra a visão mais articulada do Direito defender esta ideia sustentada nas lições de Zanobini, pelas quais “se a pessoa tinha um duplo dever de não cometer o fato, cometendo-o, viola duas diversas obrigações e deve suportar as consequências da dupla transgressão”⁴⁷⁴.

Diferente do sistema do cúmulo material, no qual deve ocorrer a soma das penas de todas as infrações cometidas, o benefício da imposição de pena mais branda previsto no concurso formal de crimes foi instituído com o propósito de diferenciar aquele infrator que com uma conduta pratica várias infrações, porém sem possuir esta finalidade, daquele transgressor que intencionalmente tem o intuito de, com um comportamento, cometer mais de um ato ilícito.

⁴⁷³ VITTA, Heraldo Garcia. *Aspectos da imposição de penalidades administrativas*. Boletim de Direito Municipal. São Paulo, n. 10, v. 25, out./2009, p. 708-716. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/aspectos-da-imposi%C3%A7%C3%A3o-de-penalidades-administrativas>. Acesso em 11.05.2021.

⁴⁷⁴ ZANOBINI, Guido. *Le sanzioni amministrative*. Torino, Fratelli Bocca, 1924, p. 156.

Não há de se olvidar constituir o direito penal o ramo mais rígido do Direito, o qual detém a função de selecionar e punir os comportamentos humanos mais graves aos quais está reservada a sanção mais penosa do ordenamento jurídico, que é a pena privativa de liberdade. Ora, se a este ramo o legislador previu as benesses do abrandamento da pena aos crimes cometidos em concurso formal perfeito, não há motivos para não estender este instituto, por analogia, ao direito administrativo sancionador, mesmo porque o poder sancionador da Administração Pública, assim como o direito penal, derivam de uma linhagem comum, inserida no âmbito mais geral do *ius puniendi* estatal.

Ademais, o argumento, por si só, de que a inaplicabilidade das regras do concurso formal do direito penal à concorrência de infrações administrativas advém meramente do silêncio legislativo implicaria na derrocada de todo o instituto da analogia. É evidente que apenas haverá a possibilidade de aplicação analógica caso exista lacuna normativa e não silêncio eloquente do legislador⁴⁷⁵. No entanto, a manifesta semelhança entre a hipótese não regulada por lei (concurso formal de infrações administrativas) e a disposição legal concernente a um caso semelhante (concurso formal de crimes) constatada pelo uso de técnicas e métodos de interpretação, permite aos operadores do Direito asseverar a aplicação analógica do instituto amparados na máxima de “onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo direito” (*ubi eadem ratio, ibi eadem jus*).

Destaca-se que, embora, no Brasil, não haja legislação específica sobre o concurso formal de infrações administrativas, a medida já é admitida no direito italiano. O artigo 8º da lei n.º. 689 de 24 de novembro de 1981, atualmente em vigor, regula o concurso formal estabelecendo que, salvo disposição legal em contrário, quem com uma ação ou a omissão violar várias disposições que prescrevam sanções administrativas ou cometer múltiplas violações da mesma disposição, estará sujeito à sanção prevista para a violação mais grave, aumentada em até o triplo⁴⁷⁶.

Nessa perspectiva, é importante registrar que já há um movimento legislativo recente de consignar em lei institutos como a conexão processual e o julgamento conjunto

⁴⁷⁵ Alternativa do legislador em não regular a matéria a fim de proibir a atuação do Poder Executivo.

⁴⁷⁶ 8. “*Più violazioni di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative. Salvo che sia diversamente stabilito dalla legge, chi con una azione od omissione viola diverse disposizioni che prevedono, sanzioni amministrative o commette più violazioni della stessa disposizione, soggiace alla sanzione prevista per la violazione più grave, aumentata sino al triplo*”. Disponível em:

<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1981-11-30&atto.codiceRedazionale=081U0689&atto.articolo.numero=0&atto.articolo.sottoArticolo=1&atto.articolo.sottoArticolo1=10&qId=&tabID=0.30976917369549883&title=lbl.dettaglioAtto>. Acesso em 03.05.2021.

de infrações lesivas a mais de uma norma administrativa a fim de promover a articulação de penalidades impostas em processos administrativos sancionadores. É o que se pode visualizar, por exemplo, do artigo 159 da nova lei de licitações e contratos administrativos (lei nº. 14.133/2021), pelo qual os atos previstos como infrações administrativas nas leis de licitações e contratos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na lei nº 12.846/2013 (lei anticorrupção) deverão ser apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, e do artigo 161, parágrafo único, da mesma lei, no qual o Legislador determina ao Poder Executivo que promova o regulamento da forma de cômputo e das consequências da soma de diversas sanções aplicadas a uma mesma empresa e derivadas de contratos distintos.

Por fim, salienta-se que, muito embora, em razão das referências análogas do sistema penal, a regra do concurso formal de ilícitos seja perfeitamente aplicável no direito administrativo sancionador quando a legislação setorial ou geral cabível não contemplar a hipótese do concurso formal, como o princípio federativo e a estruturação das competências administrativas *stricto sensu* tornam o poder punitivo altamente descentralizado nos diversos entes federados, cada legislação pode estabelecer, na ausência de um regramento geral, o tratamento que reputar adequado ao concurso de ilícitos, inclusive quanto ao concurso formal. Entretanto, eventual previsão de cúmulo material abusivo de infrações pode violar o devido processo legal, uma vez que ofenderá o princípio constitucional da proporcionalidade⁴⁷⁷.

3.2.3.2 Concurso aparente de crimes (princípios da especialidade, subsidiariedade e consunção)

Enquanto o concurso de crimes, amplamente disciplinado pelos artigos 69 a 72 do Código Penal, ocorre quando o particular, por meio de uma ou mais condutas, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, implicando na soma ou majoração das penas previstas para cada uma das leis violadas, o concurso aparente, fruto de construção doutrinária e jurisprudencial, manifesta-se quando o infrator viola mais de um dever, normalmente estabelecido em normas jurídicas diferentes, recebendo a penalidade de apenas uma dessas normas.

⁴⁷⁷ Nesse sentido: OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 335-337; NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1994, p. 445.

A diferença fundamental entre os institutos é que, no concurso de crimes, tudo o que foi cometido será imputado ao agente, seja por meio da soma ou da majoração das penas, já no concurso aparente a incidência punitiva de uma norma impedirá a aplicação da outra.

No concurso aparente, apesar de despontarem diversos tipos legais passíveis de aplicação ao caso concreto será eleito somente o dispositivo legal que demonstre melhor adequação típica, resolvendo-se o conflito na unicidade de delito pela aplicação de uma só norma⁴⁷⁸. Para sua configuração, três requisitos são necessários: a unidade de fato, a pluralidade de leis e a vigência simultânea de todas elas.

Como o concurso é apenas aparente, este desaparecerá após a correta aplicação da lei penal a ser realizada pela utilização de princípios apropriados, como o da especialidade, da subsidiariedade, da alternatividade e da consunção.

Proveniente do direito romano (*lex specialis derogat generali; semper specialia generalibus insunt; generi per speciem derogatur*), o princípio da especialidade possui pacífica aceitação e dispõe que a lei especial prevalece sobre a geral, seja as disposições integrantes de um mesmo diploma legal, como tipos qualificados ou privilegiados, ou constantes de leis distintas. Como a lei especial traz em seu bojo um algo a mais, prevendo todos os requisitos previstos na norma geral e também elementos mais específicos, a prevalência da lei especial diante da norma geral torna-se imperiosa. Como exemplo, têm-se os crimes de infanticídio⁴⁷⁹ e homicídio⁴⁸⁰ ou, ainda, os crimes de contrabando⁴⁸¹ e de tráfico de drogas⁴⁸².

Aquele que pratica o crime específico também comete o crime genérico, mas quem executa este não realiza obrigatoriamente aquele. Por contemplar mais especificamente um preceito penal, configurada a especialidade, a lei especial deverá ser aplicada em detrimento da genérica, porquanto não haveria sentido o legislador prever um preceito penal de modo mais específico se o tipo geral é que fosse aplicado. Como pode

⁴⁷⁸ STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Néelson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 28.

⁴⁷⁹ CP, art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após.

⁴⁸⁰ CP, art. 121 - Matar alguém.

⁴⁸¹ CP, art. 334-A - Importar ou exportar mercadoria proibida.

⁴⁸² Lei nº. 11.343/2006, art. 33 - Importar drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

ocorrer de a lei específica prever ilícito penal mais rigoroso ou mais brando, a determinação da especialidade não deve se dar pela quantidade de sanção cominada pelas leis.

Outro preceito utilizado pela doutrina penal para solucionar concurso aparente de normas é o princípio da subsidiariedade pelo qual, havendo conflito de tipos repressores, a aplicação da norma subsidiária será secundária, ficando a aplicabilidade desta condicionada à não incidência da outra⁴⁸³. A figura subsidiária está inserida na principal e conterà punição menos grave, exercendo função complementar diante da norma principal, aplicando-se somente quando esta não puder incidir ao fato punível. Via de regra, a norma subsidiária é a que define como crime um fato abrangido pela norma primária na previsão de delito mais grave, como agravante, qualificadora, causa de aumento de pena ou até mesmo modo de execução. Como exemplo, registra-se o furto qualificado pelo arrombamento em residência (lei primária), que afastará os crimes de dano e violação de domicílio (normas subsidiárias); e o roubo (lei primária), que afastará o crime de furto e de ameaça ou lesão corporal (leis secundárias).

O princípio da consunção, também chamado de princípio da absorção, enuncia que, quando a norma definidora de um crime constituir meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro, mais abrangente, aplicar-se-á somente este. Por este princípio, o crime-meio é realizado como uma fase ou etapa do crime-fim, onde vai esgotar seu potencial ofensivo, de modo que a norma consuntiva excluirá a aplicação da norma consunta, por abranger o delito definido por esta⁴⁸⁴.

Ocorre, portanto, uma sucessão de fatos, todos penalmente tipificados, na qual o crime mais amplo absorve o menos amplo e evita-se a dupla punição, impedindo seja o crime menos amplo punido como parte de um todo e também como crime autônomo.

A consunção compara fatos (e não leis), apurando qual o fato mais amplo, completo e grave que consome os demais, aplicando apenas uma das leis. Em regra, o princípio da absorção se aplica em quatro situações: crime complexo, crime progressivo, progressão criminosa e atos impuníveis.

⁴⁸³ ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. Filosofía y ley penal. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1992. t. II, p. 550.

⁴⁸⁴ BITENCOURT, Cézár Roberto. *Tratado de Direito Penal* - parte geral. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1, p. 226.

O crime complexo é aquele que resulta da fusão de dois ou mais crimes, como é o caso do crime de roubo, oriundo da união entre os delitos de furto e ameaça ou lesão corporal. O crime progressivo se realiza quando uma única conduta, orientada por um só propósito, fraciona-se em diversos atos (ex. indivíduo com o propósito de matar outrem começa a golpeá-lo em várias regiões do corpo até atingir sua cabeça e ceifar sua vida). A progressão criminosa resta configurada quando o agente inicialmente tem o intuito de produzir um resultado, porém, após alcançá-lo, continua na prática delitiva portando por realizar outra conduta mais grave (ex. o agente pratica vias de fato e, após, opta por produzir lesões corporais e, por último, homicídio). Atos impuníveis são os que funcionam como meios de execução do tipo principal (ex. o disparo de arma de fogo no homicídio). Em todas essas situações, a resposta penal se dará somente para o fato mais grave ficando absorvidos os demais⁴⁸⁵.

É importante registrar que tanto na doutrina quanto na jurisprudência existem entendimentos divergentes sobre a aplicação do princípio da absorção quando os crimes praticados ofenderem bens jurídicos diversos. Enquanto alguns autores⁴⁸⁶ defendem que o princípio da consunção pode ser aplicado ainda que os tipos penais protejam bens jurídicos distintos, tendo seu posicionamento citado pelo STJ⁴⁸⁷, outros⁴⁸⁸ sustentam que não há consunção entre dois crimes com bens jurídicos diferentes, pois o fundamento da absorção repousa no fato de o bem jurídico tutelado no tipo penal menos vasto estar contido e protegido pelo tipo penal mais amplo, tendo suas opiniões chanceladas pela mesma Cômte⁴⁸⁹.

O último princípio utilizado para sanar o conflito aparente de crimes é o princípio da alternatividade, que se verifica quando uma norma jurídica prevê diversas condutas, alternativamente, como modalidades de um mesmo ilícito penal (crimes plurinucleares⁴⁹⁰),

⁴⁸⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 30.

⁴⁸⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 19. ed. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 257.

⁴⁸⁷ AgRg no REsp 1472834/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 18;05.2015.

⁴⁸⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La ley y el delito*. Principios de derecho penal. 13. ed. Buenos Aires: Sudamericana, 1984. p.147;

⁴⁸⁹ AgRg no AREsp n. 1035520/PA, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 28.06.2018; REsp n. 1745308/MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 14.05.2019.

⁴⁹⁰ CP, Art. 121. Matar alguém:

§ 2º Se o homicídio é cometido:

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido.

Art. 234 - Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno.

salienta-se, entretanto, que parte expressiva da doutrina penalista⁴⁹¹ não o concebe como preceito adequado para a solução do concurso aparente de crimes, pois entende que sua função é esvaziada pela aplicação do princípio da consunção, consistindo a alternatividade em mera consunção materializada no interior de um mesmo tipo penal. Nos dizeres de Damásio Evangelista de Jesus, "não se pode falar em concurso ou conflito aparente de normas, uma vez que as condutas descritas pelos vários núcleos se encontram num só preceito primário"⁴⁹².

Conhecidas as lições do direito penal sobre o concurso aparente de normas, passamos agora a examinar a possibilidade de seu traslado para o direito administrativo sancionador.

Como visto, o concurso ou conflito aparente de normas se verifica quando um único fato está, aparentemente, sujeito à aplicação de dois ou mais tipos legais. Esta situação, caso não aprofundada, poderá ensejar dupla punição pelo mesmo fato e o trâmite inadequado de diversos processos.

A pertinência do estudo sobre o concurso aparente de normas se dá justamente porque o presente trabalho tem por escopo abordar a temática da multiplicidade de processos administrativos sancionadores conexos averiguando se as ferramentas processuais existentes no ordenamento jurídico permitem a comunicação, a articulação de tais processos.

Não há dúvidas de que um único comportamento pode “aparentar” estar sujeito à incidência de mais de uma norma administrativa, caracterizando o concurso/conflito aparente de normas no âmbito do direito administrativo sancionador. O que nos impende examinar, portanto, é se os princípios utilizados no direito penal para sanar tal conflito podem se amoldar no campo dos processos administrativos sancionadores determinando a imposição de apenas uma das penalidades estabelecidas nas leis.

No campo do concurso aparente de normas, o princípio da especialidade estabelece que, havendo regramento especial, a lei geral deve ser afastada para aplicação

⁴⁹¹ MERKEL, Adolf. *Derecho penal*. Parte general. Trad. espanhola Pedro Dorado Montero. Buenos Aires: Julio César Faria, 2004. p. 280 e ss. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*, p. 791; HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*, p. 119; SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*. Parte geral. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. t. I, p. 151; BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, p. 161.

⁴⁹² JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal* – parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.117.

de lei “mais especializante”, vez que esta contém todos os requisitos da norma geral mais os elementos “especializantes”. Sua aplicação incide, normalmente, diante de tipo qualificado, privilegiado ou ainda de norma especial.

No âmbito administrativo, a aplicação do princípio da especialidade é perfeitamente cabível, desde que observados alguns critérios.

A lei ambiental (decreto nº. 6.514 de 2008), por exemplo, prevê no artigo 64, *caput*, que receberá pena de multa de quinhentos a dois milhões de reais aquele que armazenar e fornecer produto ou substância tóxica, perigosa à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou em seus regulamentos. O parágrafo segundo do mesmo artigo determina que, se o produto ou a substância for nuclear ou radioativa, a multa será aumentada ao quántuplo. Nesse caso, é evidente que a norma geral (*caput*) dará lugar à norma especial (parágrafo segundo), em consonância com o princípio da especialidade.

Da mesma forma, imagine que exista uma infração ambiental dispondo que incidirá pena de multa de quinhentos reais àquele que possuir substância tóxica nociva à saúde e há também outra infração ambiental determinando que atear fogo em floresta sujeita o infrator a pena de cinco mil reais. Neste último tipo sancionador consta uma qualificadora: a infração de atear fogo em floresta será aumentada de um terço se o cometimento for feito por meio de substância tóxica nociva à saúde. Logo, o infrator será punido apenas pela infração de atear fogo em floresta aumentada de um terço, pois esta prevalece sobre a infração de possuir substância tóxica.

O mesmo acontece, por exemplo, se a infração de construir muro fora dos padrões determinados pelos órgãos municipais for penalizada com multa de quinhentos reais, mas o parágrafo do núcleo sancionador estabelecer que haverá redução da pena em um sexto caso o infrator, uma vez notificado pela autoridade competente, destruir o muro. Pelo princípio da especialidade, aquele que construir muro irregular, mas, após intervenção estatal, vier a demoli-lo, sofrerá as consequências atribuídas apenas pela norma mais específica (o previsto no parágrafo).

Extrai-se dos exemplos acima que, quando determinada conduta infracional, inserida numa norma for, simultaneamente, causa de aumento de pena, qualificadora ou

atenuante de outra infração administrativa estabelecida em outra norma, a norma especial prevalecerá em detrimento do tipo fundamental, a norma geral⁴⁹³.

Por outro lado, no campo da multiplicidade de processos administrativos sancionadores, imagine, por exemplo, um funcionário público federal que pratica infração disciplinar, ao subtrair produto químico que possuía sob sua guarda, e depois coloca fogo em uma floresta estadual. Na lei ambiental, existe previsão administrativa que atribui multa de mil reais àquele que atear fogo em florestas. O mesmo artigo institui uma agravante que, se o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções, utilizando-se de produtos que tem sob sua custódia, a pena será aumentada em um terço. É possível cogitar, nesse exemplo, a aplicação do princípio da especialidade, pelo qual apenas o órgão ambiental seria passível de aplicar ao infrator a punição da norma mais especial, afastando a penalidade disciplinar contida da norma geral?

Entendemos que não. Como são processos de autoridades e competências distintas, dois processos administrativos serão instaurados, um apurando a infração ambiental em âmbito estadual e outro o ilícito disciplinar na esfera federal e, na hipótese de ambos sancionarem o infrator, apesar de o infrator estar sendo duas vezes punido por ter subtraído produto químico sob sua guarda, não há se falar na aplicação do princípio da especialidade com a incidência apenas da norma especial que prevê a subtração de produto químico por funcionário público como causa de aumento de pena, o que não retira do penalizado o direito de recorrer ao Judiciário.

Essa situação esbarra-se, mais uma vez, nas regras de competência e da análise do bem jurídico em jogo. Não há como submeter autoridades de competências totalmente distintas (federal e estadual), que tutelam bens jurídicos diferentes, à instauração de somente um processo que resultará na aplicação de apenas de uma das normas, a especializante. A dificuldade repousa na impossibilidade de determinar que um ente “abra mão” de sua competência sancionatória para que outra autoridade promova o julgamento e a consequente imposição de penalidade prevista na norma especial, afastando a incidência da norma geral de competência da autoridade declinante.

⁴⁹³ VITTA, Heraldo Garcia. *Aspectos da imposição de penalidades administrativas*. Boletim de Direito Municipal. São Paulo, n. 10, v. 25, out./2009, p. 708-716. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/aspectos-da-imposi%C3%A7%C3%A3o-de-penalidades-administrativas>. Acesso em 11.05.2021.

O que nos permite afirmar que o princípio da especialidade pode e deve ser aplicado, porém um dos requisitos para sua aplicação é a ofensa à mesma ordem administrativa, isto é, a ofensa ao mesmo bem jurídico tutelado pela norma. Assim, havendo a violação de deveres de ordens administrativas diversas o princípio da especialidade deverá ser afastado.

O princípio da subsidiariedade, por sua vez, “serve para definir a aplicação de uma norma no pressuposto de que uma delas (das que conflitam) somente entra em jogo quando a outra não o faça”⁴⁹⁴. A lei subsidiária define como ilícito um fato constante na lei primária como infração mais grave, de modo que a norma “reserva”/subsidiária somente será aplicada quando a norma principal/primária for afastada.

No âmbito dos múltiplos processos administrativos sancionadores, imagine o cenário em que um indivíduo, servidor público do setor administrativo de uma universidade federal, após tornar-se advogado, passa a atuar, como procurador, junto a repartições públicas, especialmente contra a instituição que o remunera, auferindo benefícios próprios e exercendo atos prejudicando os interesses da Universidade. A atuação como procurador perante repartições públicas é uma infração disciplinar prevista no Estatuto dos servidores, punida com pena de suspensão. Já valer-se de sua posição funcional para auferir benefícios ou para prejudicar os interesses da Universidade constitui infração ética sancionada com a pena de censura.

Note-se que a conduta descrita no Código de Ética (fazer uso de sua posição funcional) descreve de modo mais abrangente o fato típico previsto no estatuto dos servidores (advogar junto a repartições públicas). Pelo princípio da subsidiariedade, por haver uma norma contendo uma descrição mais genérica, de punição mais branda, a incidência do Código de Ética, norma subsidiária, deve ser afastada, dando lugar à aplicação somente da norma primária (Estatuto dos servidores).

A aplicação do princípio da subsidiariedade, além de evitar eventual dupla punição pelo cometimento do mesmo ilícito, garantiria a eficiência, a economia processual e a segurança jurídica das decisões no campo da multiplicidade dos processos administrativos sancionadores.

⁴⁹⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 328.

Entretanto, o emprego do princípio da subsidiariedade não se mostra a medida mais acertada para as situações que envolvem múltiplos processos administrativos sancionadores.

Uma coisa é prever o emprego do princípio da subsidiariedade num cenário em que há apenas um julgador, o qual, depois de identificar que um ato ilícito está abrangido por outro punido mais gravemente, irá decidir pela aplicação da norma primária, em detrimento da subsidiária.

Outra coisa bem diferente é aplicar o princípio da subsidiariedade num cenário cuja competência para apurar e julgar determinado comportamento pode pertencer a variadas autoridades administrativas totalmente independentes. Nesse caso, não há como exigir que uma autoridade renuncie sua competência sancionatória em benefício de outra, ainda que o ilícito previsto em uma norma esteja contido em outra.

Todavia, nada impede que entes/órgãos/entidades optem pela coordenação de esforços e apliquem analogicamente o princípio da subsidiariedade de maneira fundamentada, sobretudo quando se tratar de órgãos pertencentes a uma mesma entidade federativa. Outra opção, que também contribuiria para a redução do número de processos judiciais arguindo a dupla punição pelo mesmo comportamento, seria a feitura de um convênio de cooperação concebendo a utilizando do princípio da subsidiariedade na esfera administrativa. Desse modo, restando caracterizada a lei primária que instituiu fato comum punido mais severamente, prejudicada estaria a incidência da lei subsidiária disciplinadora mais genérica de conduta punida de forma mais leve.

Por último, é importante analisar a possibilidade de aplicação analógica do princípio da consunção no cenário dos múltiplos processos administrativos sancionadores.

A aplicação do princípio da consunção está inserida na resolução de um conflito aparente de normas. Sua aplicação pressupõe que, havendo o agente incorrido em duas condutas típicas, uma possa ser entendida como necessária ou meio para a execução da outra⁴⁹⁵. A característica principal da consunção repousa no fato de um ilícito consistir em meio necessário, fase normal de preparação ou execução do outro mais abrangente e

⁴⁹⁵ STJ, AgRg no HC 457838/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 01.10.2018.

mais grave. Configurada esta relação entre as infrações, o ilícito-meio será absorvido pelo ilícito mais amplo.

O princípio da consunção, portanto, diz respeito à absorção de um tipo menos grave, se necessário para o cometimento de um tipo mais grave. Para saber se existe absorção, no caso concreto, retire a prática do primeiro crime e veja se é ainda possível acontecer o segundo. Se for possível, é porque eles não têm ligação, são crimes autônomos, não sendo aplicada a absorção. Agora se retirar o primeiro ilícito e o segundo deixar de existir, é porque o primeiro era um meio de execução do segundo, devendo aquele ser absorvido por este. Logo, é preciso que haja certa conexão entre os ilícitos praticados e que um deles tenha sido praticado apenas como meio ou preparação para a prática de outro, mais grave.

Não restam dúvidas de que o princípio da consunção é admitido na seara do direito administrativo sancionador. Se a lei disciplina que o fato de alguém manter artefatos de fogo nas proximidades de florestas constitui infração administrativa e um indivíduo, fazendo uso desses instrumentos, pratica outro ilícito, o de atear fogo em floresta, pela aplicação do princípio da consunção o primeiro ilícito será considerado fato anterior não punível, respondendo o infrator apenas pelas sanções administrativas referentes à colocação de fogo na mata. O primeiro ilícito, por ser considerado ato praticado anteriormente, será absorvido⁴⁹⁶.

Da mesma forma, o dever de ser leal às instituições a que servir (art. 116, II) é evidentemente violado quando o servidor aplica irregularmente o dinheiro público (art. 132, VIII) ou vale-se do cargo para beneficiar terceiro (art. 117, IX), todos eles dispositivos da lei nº 8.112/1990. No caso, prevalecerão, em vista do princípio da consunção, estes enquadramentos em detrimento do art. 116, II, porquanto o descumprimento do dever de lealdade constitui tão somente etapa prévia à execução das condutas previstas no art. 132, VIII ou no art. 117, IX⁴⁹⁷.

⁴⁹⁶ VITTA, Heraldo Garcia. *Aspectos da imposição de penalidades administrativas*. Boletim de Direito Municipal. São Paulo, n. 10, v. 25, out./2009, p. 708-716. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/aspectos-da-imposi%C3%A7%C3%A3o-de-penalidades-administrativas>. Acesso em 11.05.2021.

⁴⁹⁷ BRASIL, CGU. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar*. Brasília, maio, 2019. Disponível em: https://www.justica.gov.br/coger/arquivos/manual_pad_mai-2019.pdf

Seguindo a linha de raciocínio traçada para a aplicação dos demais princípios acima, verifica-se que a resolução do concurso aparente de normas não apresenta maiores desafios quando inserida dentro de uma mesma instância punitiva, bastando que a autoridade competente, a mesma para analisar ambas as infrações administrativas, selecione a infração mais adequada para o caso concreto. No entanto, pretendemos analisar se o ordenamento jurídico brasileiro apresenta recursos para sanar o conflito aparente de normas em sede de múltiplos processos administrativos, envolvendo, portanto, mais de uma autoridade administrativa sancionadora.

E, neste caso, quando há dúvidas sobre qual norma aplicar, eis que os ilícitos cometidos são de responsabilidade de autoridades distintas, a solução não é diferente da já apresentada. Em resumo, por possuírem autonomia e competência própria distinta, a aplicação analógica do princípio da consunção fica prejudicada, sendo inviável impor a uma autoridade a renúncia de sua competência sancionadora. Imagine a hipótese de um servidor público que fornece informações internas colaborando para a formação de cartel licitatório. A Superintendência-Geral do CADE pede a condenação das empresas e das pessoas físicas, incluindo o servidor, por formação de cartel em licitações e o ente público para o qual o servidor trabalha pede a condenação disciplinar por ter não o agente público guardado sigilo sobre assunto da repartição. Ainda que o repasse de informações consista em meio preparatório para a consecução do cartel, não há como afastar a competência do ente público para apuração do ilícito disciplinar, determinando a absorção deste pela infração de cartel, que ficará a cargo do CADE.

Por outro lado, embora não seja possível a exigência da aplicação do princípio, entendemos que sua utilização deve ser fomentada. Pelo fato de o princípio da consunção estar no plano concreto da dogmática punitiva, é necessária a viabilização de instrumentos que permitam a aplicação de uma norma em detrimento de outra, a fim de afastar a incidência do *bis in idem*⁴⁹⁸. Assim, para que o princípio da consunção reste aplicado é necessário que ambas as autoridades sancionadoras consentam na absorção dos ilícitos e a autoridade que tiver o ato infracional de sua competência absorvido fundamente sua inatividade sancionatória na aplicação analógica do princípio da consunção oriundo do direito penal.

⁴⁹⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 329.

Enfatiza-se que, apesar de o concurso aparente de normas ter sido tratado de modo mais aprofundado no direito penal, esse fenômeno não é específico desse ramo jurídico, não podendo ser uma prerrogativa, um privilégio apenas do direito penal contar com o problema do conflito aparente de leis sancionadoras. Este conflito também está presente no direito administrativo sancionador, sendo perfeitamente admissível a utilização, ao menos teoricamente, do direito penal para solucionar alguns dos principais problemas, das lacunas do direito administrativo sancionatório, sem perder de vista suas peculiaridades, seus traços específicos e sua natureza extrapenal⁴⁹⁹.

O silêncio sistemático e nocivo do direito administrativo sancionador pátrio no trato da multiplicidade de processos conexos torna-se cada vez mais preocupante. E, para resolver o problema, o sistema administrativo necessita, ainda que de forma adaptada, socorrer-se da integração de normas provindas de outros sistemas, porém que adentram ao território comum do sistema punitivo⁵⁰⁰.

⁴⁹⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 331.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, p. 338.

4. COMUNICABILIDADE E INCOMUNICABILIDADE DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES: O IMPACTO DA DECISÃO

Nos capítulos anteriores, foi possível constatar que o poder sancionador da Administração Pública aumenta e se multiplica ao longo dos anos. Esse poder, muitas vezes, gera múltiplos processos que impacta nos princípios fundamentais.

Na tentativa de analisar o problema da multiplicidade de processos e angariar respostas a fim de garantir a harmonia do sistema jurídico, buscou-se separar dois cenários. O de processos administrativos sancionadores versando sobre uma mesma conduta infrativa e tramitando paralelamente e simultaneamente em várias instâncias administrativas, sem ter havido prolação de qualquer decisão. E o de processos administrativos, também versando sobre um mesmo comportamento, porém já existindo em um deles uma decisão proferida.

O segundo cenário é o que se pretende perquirir neste capítulo. No âmbito dos múltiplos processos administrativos, investigar a comunicabilidade em sentido estrito, isto é, como a decisão proferida em um processo administrativo poderá impactar em outro processo que apura o mesmo comportamento.

Este último capítulo, portanto, tem o intuito de analisar quais os recursos fornecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro quando existe uma decisão administrativa sobre um comportamento que doravante passa a ser objeto de outro processo.

4.1 O CORRENTE TRATAMENTO LEGISLATIVO E DOUTRINÁRIO SOBRE A COMUNICABILIDADE⁵⁰¹

Embora o escopo deste trabalho seja a investigação das respostas oferecidas pelo ordenamento jurídico para o problema da comunicabilidade de processos administrativos sancionadores, é preciso remontar ao tratamento legislativo e doutrinário conferido sobre o tema da comunicabilidade em seu sentido amplo.

A temática da comunicabilidade no direito sancionatório é tradicionalmente abordada pela doutrina quando do estudo da responsabilidade. Como se verificou ao longo

⁵⁰¹ CICHOCKI, Patrícia Toledo de Campos. *Infração disciplinar e improbidade administrativa: limites e pontos de interação*. Saarbrücken: Novas edições Acadêmicas, 2018, p. 54-57.

do trabalho, um único comportamento pode violar normas de diversos conteúdos. Estes conteúdos podem caracterizar não apenas infrações administrativas, mas também infração civil e infração penal.

Como para cada tipo de responsabilidade é imputada uma sanção, a cumulação de responsabilidades acarreta também a cumulação de sanções⁵⁰². Em regra, as responsabilidades civil, penal e administrativa são independentes e podem ser cumuladas quando um único fato ensejar simultaneamente mais de uma esfera de responsabilização⁵⁰³.

Todavia, existem algumas exceções previstas na legislação brasileira que evidenciam não ser absoluto o princípio da independência das instâncias, pois estabelecem que a decisão proferida em uma instância pode, em determinadas circunstâncias, predominar sobre as demais.

Em matéria cível, segundo o artigo 935 do Código Civil, não se pode questionar a existência do fato ou sua autoria quando estas questões já tiverem sido decididas no juízo criminal.

No mesmo sentido, com relação ao ilícito administrativo, o artigo 126 da lei n.º 8.112/1990 dispõe que a responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

Logo, verifica-se que a condenação do indivíduo na instância penal vincula os âmbitos cível e administrativo, impossibilitando-os de decidir de maneira diferente quando houver decisão definitiva no tocante ao fato e à autoria⁵⁰⁴. Quanto à absolvição do infrator, dependendo do fundamento utilizado pelo juiz criminal, pode ser que a decisão emitida na seara penal prepondere sobre as demais instâncias.

O Código de Processo Penal asseverou, ainda, que faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito (artigo 65) e também que, não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação

⁵⁰² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 768-769.

⁵⁰³ Nesse sentido estabelece o estatuto funcional do servidor público federal que “as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si” (art. 125 da lei n.º 8.112/1990), bem como o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado (art. 250 da lei n.º 10.261/1968).

⁵⁰⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 671.

civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato (artigo 66).

Na órbita administrativa, terá repercussão apenas a absolvição no juízo criminal que reconhecer (i) inexistência do fato; (ii) que o réu não concorreu para a infração penal⁵⁰⁵; e (iii) a existência de circunstâncias excludentes do crime (estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito)⁵⁰⁶. É o que se extrai da leitura do artigo 935 do Código Civil, dos artigos 65 e 386 do Código de Processo Penal e da jurisprudência pátria atual.

Em outras palavras, nos casos referidos acima, a Administração deverá se abster de punir pelo fato decidido na seara penal em razão de a instância criminal se sobrepor à instância administrativa, cabendo anulação caso a punição já tenha sido aplicada em âmbito administrativo⁵⁰⁷.

Por outro lado, o artigo 386 do CCP traz as hipóteses de absolvição que não repercutem na instância administrativa: i) quando não houver prova da existência do fato, ii) quando não constituir o fato infração penal, iii) quando não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal e iv) quando não existir prova suficiente para a condenação –, seja porque apesar de o fato não configurar crime poderá ser uma infração administrativa ou ainda pelo fato de as provas que se mostraram insuficientes para demonstrar a constituição de um crime poderem ser satisfatórias para caracterizar um ilícito administrativo⁵⁰⁸.

⁵⁰⁵ “1. A absolvição penal e a comunicabilidade do resultado na instância administrativa é tema jurídico que prescinde de dilação probatória. 2. A absolvição penal baseada na inexistência do fato ou autoria afasta a responsabilidade administrativa, tendo em vista a comunicabilidade das instâncias”. (STF, RMS 31515 AgR DF, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 07.12.2015). No mesmo sentido, STJ - AgRg na Rcl 10037-MT, AgInt no REsp 1658173-ES, AgInt no AREsp 764185-CE, REsp 1656383-SC, REsp 1186787-MG, REsp 1344199-PR, AgRg no AREsp 644371-CE, RMS 32319-GO, REsp 1407649-CE, AgRg no REsp 1483715-SP.

⁵⁰⁶ “(...) II - Os efeitos da absolvição criminal por legítima defesa devem se estender ao âmbito administrativo e civil. Desse modo, tendo sido o autor posteriormente absolvido na esfera criminal em razão do reconhecimento de uma excludente de antijuricidade (legítima defesa real própria), impõe-se, in casu, a anulação do ato que o demitiu do serviço público pelos mesmos fatos” (STJ, REsp 396756-RS, 5ª. Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 28.10.2003).

“2. A sentença penal absolutória que reconhece a ocorrência de causa excludente de ilicitude (estado de necessidade) faz coisa julgada no âmbito administrativo, sendo incabível a manutenção de pena de demissão baseada exclusivamente em fato que se reconheceu, em decisão transitada em julgado, como lícito” (STJ, REsp 1090425-AL, 6ª. Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 19.09.2011).

⁵⁰⁷ CARVALHO FILHO, José Dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 774.

⁵⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 671.

Nesses casos, somente haverá punição pela Administração Pública se, além daquele fato pelo qual foi absolvido, houver alguma outra irregularidade que configure infração administrativa, isto é, a denominada falta residual^{509 510}.

Em resumo, a independência entre instâncias aparece como regra na doutrina e na jurisprudência, sendo a comunicabilidade entre as áreas a exceção (já apresentada acima), identificada nos julgados por meio de expressões como “salvo”, “ressalvadas as hipóteses”, “somente quando”, que apenas se verifica no tocante à repercussão da sentença penal sobre as demais instâncias.

Constatada a possibilidade de ingerência da esfera penal sobre a esfera administrativa, houve, por um período de tempo, questionamento se a Administração poderia demitir o funcionário que tivesse cometido crime contra a Administração Pública sem a prévia condenação criminal por força do princípio da independência das instâncias ou se deveria aguardar a decisão judiciária, uma vez que somente o Judiciário poderia atestar a existência de crime.

Entendendo que o ato de demissão não está subordinado à conclusão da ação penal, em função da autonomia das instâncias administrativa e penal, a jurisprudência sedimentou posicionamento⁵¹¹ de que não há necessidade de prévia sentença penal condenatória transitada em julgado para se viabilizar a punição por infração administrativa que constitui, também, ilícito penal.

Entretanto, apesar da realização do procedimento administrativo não se sujeitar ao pressuposto de haver decisão anterior proferida na esfera judicial sobre o fato, existe recomendação doutrinária para sobrestar a marcha processual administrativa, pois se a falta

⁵⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 672.

⁵¹⁰ Súmula nº. 18 do Supremo Tribunal Federal: “Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público”. Recentemente, nesse sentido, STJ, AgRg no REsp 1414980-MG, 2ª. Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 26.05.2015 e STF, ARE 664930 AgR-SP, 1ª. Turma, Rel. Min. Luiz Fux, Dj de 16.10.2012.

⁵¹¹ STF, MS 23401-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, Dj de 18.03.2002; STJ, AgRg no RMS 36958-RO, 2ª. Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 27.02.2014. No mesmo sentido, MS. 7834-DF, Rel. Min. Felix Fischer, Dj de 08.04.2002; MS 6789-DF, Rel. Min. Edson Vidigal, Dj de 25.06.2001; MS 7861-DF, Rel. Min. Gilson Dipp, Dj de 07.10.2002; MS 7205-DF, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Dj de 27.08.2001; MS 7138-DF, Rel. Min. Edson Vidigal, Dj de 19.03.2001; e AgRMS 8044-DF, Rel. Min. Felix Fischer, Dj de 11.03.2002.

constitui crime contra a Administração, quem diz, em definitivo, se um indivíduo praticou, ou não, o crime, é o Poder Judiciário e não a autoridade administrativa⁵¹².

Em vista disso, o que se propõe a investigar é se a discussão sobre a comunicabilidade e a incomunicabilidade que é feita no âmbito das instâncias civil, penal e administrativa pode ser aproveitada no campo dos processos administrativos de caráter sancionador voltados a apurar infrações correlacionadas que foram cometidas na alçada do vasto poder sancionador da Administração Pública.

Por infrações correlacionadas, leia-se infrações advindas da prática de um único comportamento tipificado em mais de uma norma jurídica como ato ilícito. Logo, a comunicabilidade a ser verificada envolve tanto decisões proferidas em processo administrativo sancionador interno à Administração (processo disciplinar), como em processos administrativos sancionadores de caráter externo, que ocorrem no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), entre outros.

4.2 A DECISÃO ADMINISTRATIVA E SEUS DESDOBRAMENTOS

Antes de adentrarmos ao território da comunicabilidade e incomunicabilidade das múltiplas esferas punitivas dentro da Administração Pública e constatar qual o impacto que uma decisão proferida em um processo administrativo sancionador poderá provocar em outro quando ambos perseguirem infrações conexas, é importante tecer os contornos constitucionais e legais sobre o ato punitivo emitido no bojo do processo administrativo sancionador.

Estruturado por quatro fases (introdutória, que compreende a instauração e a defesa, instrutória, decisória e recursal), o processo administrativo tem por fim proporcionar uma decisão administrativa mais satisfatória e congruente, sobretudo no campo dos processos punitivos.

Enquanto a instrução busca proporcionar eficiência e eficácia na demonstração da verdade material objeto do processo, com rapidez, racionalidade e organização, a fase

⁵¹² ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 984.

decisória cuida para que, à luz de todas as informações contidas no processo, seja proferida a decisão administrativa mais acertada.

O ato decisório emanado nos processos sancionatórios trata-se de ato administrativo e, como tal, para ser válido e eficaz, precisa, em primeiro lugar, estar dotado de seus requisitos de validade (competência, forma, finalidade, objetivo e motivo) e, em segundo lugar, como o ato decisório é cristalino, precisará estar devidamente fundamentado⁵¹³.

Para que o ato punitivo seja considerado válido, portanto, é necessária a observância de alguns requisitos. É preciso que o ato tenha sido expedido por agente competente, no uso de suas atribuições legais e funcionais. Ao ser expedido, o ato se manifesta por um conteúdo, neste caso, uma sanção prevista em lei, que deve encontrar respaldo na lei e não na vontade do administrador, pois o procedimento administrativo visa alcançar certa finalidade prevista no sistema normativo; finalidade esta que deve ser atingida pela proporcionalidade da pena em relação ao bem jurídico tutelado pelo sistema, observada sempre a formalidade exigida por lei para a expedição do ato. Somado a isso, todo ato punitivo deve ser cominado especificando as razões do agente para sua prática⁵¹⁴.

A atividade administrativa sancionadora do Estado é balizada por princípios e regras. Intimamente vinculado ao princípio da razoabilidade e ao princípio da controlabilidade judiciária do ato administrativo, encontra-se o princípio da motivação dos atos administrativos, pelo qual se exige da Administração Pública o apontamento dos fundamentos de fato e de direito de suas decisões.

Na Constituição Federal, o princípio da motivação consta expressamente apenas nos artigos 93, inciso X, e 129, §4º, os quais estabelecem que as decisões administrativas dos Tribunais e do Ministério Público deverão ser motivadas, não havendo menção deste imprescindível princípio no artigo 37, que trata da Administração Pública, provavelmente devido ao fato de ele já ser amplamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência⁵¹⁵.

⁵¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 1057-1058.

⁵¹⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 123-124.

⁵¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 82.

A lei que disciplina o processo administrativo em âmbito federal, nº. 9.784/1999, previu o princípio da motivação no artigo 2º, *caput*, e parágrafo único, inciso VII, dedicando também o capítulo XII (art. 50) para abordar a temática.

Segundo tais dispositivos, a Administração Pública obedecerá ao princípio da motivação devendo indicar os pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão e, de acordo com o artigo 50 da lei federal, em oito hipóteses os atos administrativos deverão obrigatoriamente ser motivados, isto é, os atos administrativos que i) neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses, ii) imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções, iii) decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública, iv) dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório, v) decidam recursos administrativos, vi) decorram de reexame de ofício, vii) deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais e viii) importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

As hipóteses acima são as situações expressas de obrigatoriedade de motivação previstas pela lei federal de processo administrativo, o que não significa dizer que a motivação é obrigatória apenas nessas hipóteses. Pelo fato de o artigo 2º, *caput*, da lei prever a motivação como princípio de obediência obrigatória da Administração Pública, concebe-se o rol do artigo 50 como puramente exemplificativo⁵¹⁶.

A motivação busca tornar o argumento da autoridade decisória mais inabalável e respeitado, é a maneira de justificar os motivos, os pressupostos de fato e de direito, que autorizaram a decisão, sempre fundamentados na instrução probatória e na defesa, e de garantir a observância da impessoalidade, da moralidade e da legalidade.

No tocante às decisões que imponham sanções, o princípio da motivação ganha ainda mais destaque. Isso porque há o pressuposto geral de justiça que um homem não deve se submeter à vontade arbitrária de outro, sendo a motivação garantia de maior controle da vontade do agente público e, por consequência, garantia de vedação à arbitrariedade punitiva⁵¹⁷.

⁵¹⁶ NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: lei no 9.784/99 comentada*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 400.

⁵¹⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 420.

A motivação assume especial e transcendental relevância no direito administrativo sancionador, pois o ato administrativo priva alguém de seus direitos, restringe liberdades, limita movimentos. Logo, é fundamental que esses atos sejam devidamente fundamentados, sob pena de configurar-se a intolerável arbitrariedade⁵¹⁸.

Ademais, as decisões sancionadoras devem ser proferidas de forma direta e clara, sem contradições, omissões ou obscuridades, sob pena de nulidade do ato, devendo também obediência ao princípio da congruência, pelo qual as alegações das partes devem ser todas ponderadas, seja para acolher ou para rejeitá-las.

A decisão administrativa que impõe a penalidade deverá levar em conta as circunstâncias do fato, a natureza e a gravidade do ilícito, os danos que dele provierem e o comportamento anterior do infrator. Propiciar uma espécie de individualização da pena pela análise de circunstâncias agravantes ou atenuantes na prática da infração administrativa.

Vale lembrar que uma das peculiaridades marcantes do Estado Democrático de Direito é a processualidade das relações punitivas, inclusive na esfera administrativa, que deve submissão à lei e ao Direito, isto é, ao devido processo legal, do qual decorrem direitos e garantias fundamentais, sobretudo aos acusados em geral.

Não por outro motivo é que os processos administrativos punitivos são suscetíveis de controle pelo Poder Judiciário para fins de dar efetividade aos direitos e garantias atinentes. Como não há nos processos administrativos imparcialidade idêntica à que vigora nos processos judiciais, porquanto não existe a figura do “terceiro desinteressado”, cabe ao Estado-juiz o controle da função sancionatória da Administração Pública.

A decisão final será proferida depois de perpassado todo o trâmite do processo administrativo e respeitadas as garantias do acusado - nos termos já detalhadamente apresentados no item 1.5 -, bem como os requisitos de validade do ato punitivo. Estando presentes todas as condições de validade do ato administrativo, a emanção administrativa está em perfeita higidez.

⁵¹⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 420.

É importante ressaltar que, sem o intuito de adentrar na controvérsia entre administrativistas e processualistas sobre a possibilidade de serem proferidas sentenças em processos administrativos, no sentido técnico-processual do termo, visto ser evidente que a sentença proferida como prestação jurisdicional possui características particulares que a diferenciam da decisão administrativa, há quem opte por diferenciar sentenças administrativas de decisões administrativas⁵¹⁹.

Decisão administrativa consiste no gênero do qual sentença administrativa é espécie. Enquanto a decisão administrativa retrata qualquer ato administrativo que encerra um procedimento ou processo, com ou sem controvérsia, a sentença administrativa efetivamente decide uma controvérsia entre a Administração e o interessado concernente à respectiva relação jurídico-administrativa⁵²⁰.

Em outras palavras, sentença administrativa designa todo pronunciamento jurídico da Administração, materializado num ato administrativo, seja concluindo o processo administrativo com a absolvição ou a condenação, seja decidindo uma controvérsia entre a Administração e o administrado. Ao decidir uma controvérsia, o ato administrativo mantém, cria, reconhece, extingue, declara ou altera uma situação jurídica em relação ao infrator ou administrado, configurando um ato administrativo constitutivo⁵²¹, e o que o qualifica como sentença administrativa é a existência da controvérsia a ser decidida, pressupondo o contraditório sobre o direito aplicável à relação jurídico-administrativa⁵²².

Desse modo, sentença administrativa seria a decisão qualificada por encerrar um litígio entre administrado e a Administração, individualizando o Direito num caso concreto, em matéria administrativa.

Embora oportuna a distinção entre sentença e decisão administrativa, fato é que a Administração não faz uso do termo “sentença”, optando por “decisão” para se referir ao ato de encerramento de processo, quer tenha havido controvérsia ou não. Sem embargo, independente da denominação a ser empregada ao se referir ao ato que põe fim ao processo, incumbe-nos analisar, brevemente, sua extensão e sua eficácia como decisão entre as partes.

⁵¹⁹ ARAÚJO, Edmir Netto de. *O ilícito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 157-158.

⁵²⁰ *Ibidem*, p. 158.

⁵²¹ CRETILLA JUNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. São Paulo: Forense, 1969, v. VI, p. 214-216.

⁵²² ARAÚJO, Edmir Netto de. *Op. cit.*, p. 158.

Os questionamentos que merecem ser anotados são: a decisão que impõe uma penalidade ao infrator é obrigatória? Pode ser modificada? Faz coisa julgada?

A decisão proferida no processo administrativo sancionador não raro é controvertida por envolver interesses opostos, seja entre terceiros e a Administração ou entre esta e seus agentes públicos. Após a autoridade administrativa ter chegado a uma conclusão e decidido a questão, pode acontecer de a parte, que não teve suas reivindicações ouvidas, estar insatisfeita e requerer o reexame do julgamento alegando, entre outros argumentos, ausência de provas, interpretação equivocada sobre as provas e o direito cabível, erro, suspeição, novas evidências probatórias. Na maioria dos casos e sob determinadas condições, o Direito possibilita este reexame, visto ser possível a falibilidade humana concernente à apreciação do fato e do direito. A este reexame dá-se o nome de recurso⁵²³.

Os recursos são disciplinados de modo específico nos diplomas legais que regem as matérias em exame, não havendo uma sistematização uniforme. Entretanto, a lei federal de processo administrativo dedicou um capítulo exclusivo ao recurso administrativo e à revisão.

O artigo 56 da lei nº. 9.784/1999 estabelece que das decisões administrativas cabe recurso, isto é, podem ser modificadas em face de razões de legalidade e de mérito. Por “razões de legalidade”, compreendem-se as decisões que contrariem a legislação e ao Direito ou que não possuam amparo legal. Já as “razões de mérito” que podem ensejar a interposição de recurso são a ausência de razoabilidade no juízo de conveniência e oportunidade da decisão administrativa proferida.

O recurso previsto no artigo 56, *caput*, da lei nº. 9.784/1999 é o denominado recurso administrativo em sentido estrito, recurso hierárquico, recurso administrativo voluntário ou recurso administrativo propriamente dito. É voluntário, pois advém do interesse do administrado em pôr em reexame a matéria. É hierárquico, pois pressupõe uma estrutura hierárquica ao ser dirigido ao superior hierárquico imediato. Por outro lado, convém ressaltar a existência de outros recursos que ensejam a reavaliação da decisão administrativa: a reconsideração, a revisão e os recursos de ofícios.

⁵²³ ARAÚJO, Edmir Netto de. *O ilícito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 163.

Os particulares poderão recorrer das decisões administrativas em, não menos que, duas vezes, visto que o artigo 57 da lei federal de processo administrativo é claro ao determinar que, salvo disposição legal diversa, o recurso administrativo tramitará no máximo por três instâncias administrativas. Assim, o primeiro recurso levará a matéria processual para reapreciação em segundo grau e o segundo recurso encaminha a matéria para a terceira e última instância. Exauridas as três instâncias, o direito do administrado de recorrer para outro órgão estará encerrado.

O prazo geral para interposição de recurso administrativo é dez dias, contados a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida (art. 59). A decisão do recurso administrativo deverá ser expedida no prazo máximo de trinta dias contados a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente, se a lei não fixar prazo diferente (art. 59, §1º). No caso de justificativa explícita, o prazo de trinta dias para decisão poderá ser prorrogado por igual período (art. 59, §2º).

A prorrogação do prazo para proferir decisão em recurso administrativo não tem nenhuma relação com a prorrogação do prazo para interposição do recurso. Decorrido o prazo administrativo de dez dias para interposição do recurso, resta preclusa a oportunidade de discussão do mérito, ressalvada a arguição de questões sobre legalidade e anulação de atos ilegais.

As causas que impedem o conhecimento do recurso estão previstas no artigo 63 da lei nº. 9.784/1999. O recurso não será conhecido quando ausentes os requisitos formais, como estar fora do prazo, for interposto perante órgão incompetente ou por quem não seja legitimado e também depois de exaurida a esfera administrativa. Nesses casos, o mérito não será analisado. A exceção trazida pela lei está presente no artigo 63, parágrafo segundo, pelo qual, ainda que não conhecido o recurso, a Administração deve agir quando, por meio das razões recursais, tomar conhecimento de ato evidentemente ilegal.

O órgão superior, ao decidir o recurso administrativo, pode confirmar, alterar, anular ou revogar, parcial ou integralmente, a decisão recorrida (art. 64). Pelo fato de a lei nº. 9.784/1999 não se restringir ao processo sancionatório, mas abranger os mais variados tipos de processo administrativo, o parágrafo único do artigo 64 permite que a decisão seja alterada para pior, afastando a *reformatio in pejus* na esfera dos processos administrativos federais.

A exceção contemplando a possibilidade de o administrado não ver sua pena aumentada na instância recursal está prevista no artigo 65, parágrafo único, da lei nº. 9.784/1999. Na hipótese de o administrado interpor pedido de revisão da penalidade fundamentado em fatos novos ou circunstâncias que tornem a sanção desacertada, obsteu o Legislador a *reformatio in pejus* nos processos administrativos sancionatórios. Nos moldes do artigo 617 do Código de Processo Penal, a *reformatio in pejus* aplicada ao processo administrativo deve ser proibida somente em processo sancionatório. Todavia, havendo *recurso de ofício* pela autoridade, não há que se falar em vedação da *reformatio in pejus*, pois se a decisão não pudesse ser alterada em favor da Administração, mas apenas em benefício do administrado, não haveria sentido o Legislador prever o recurso de ofício⁵²⁴.

Em resumo, a revisão da sanção é invariavelmente admissível, podendo ser requerida por iniciativa do sancionado ou da própria autoridade que aplicou a sanção, desde que i) existam fatos novos ou circunstâncias relevantes que constatem a impertinência da sanção prescrita primeiramente e ii) seja observado o princípio da proibição da *reformatio in pejus*, ainda que a *revisão* seja determinada pela própria autoridade que impôs a penalidade.

Decidido eventual recurso administrativo, encerrada estará a fase recursal e, conseqüentemente, o processo administrativo.

Entretanto, após a fase recursal, a decisão que impõe uma penalidade ao infrator pode ainda ser modificada ou impera a chamada coisa julgada administrativa?

O trânsito em julgado se dá quando de uma decisão não possam mais ser interpostos recursos, seja porque a lei não os prevê ou porque a parte não fez uso tempestivamente ou ainda porque os recursos existentes já tenham sido exauridos. Ao transitar em julgada a decisão, tem-se a coisa julgada cujos principais efeitos são a presunção da verdade sobre os fatos e o direito trazidos a julgamento, a imutabilidade da decisão e a coercibilidade emergente do comando decisório⁵²⁵.

Tema clássico do direito administrativo é o estudo da coisa julgada administrativa, denominado, por vezes, de estabilidade dos atos administrativos, limites ao desfazimento

⁵²⁴ NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: lei no 9.784/99 comentada*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 502-503.

⁵²⁵ ARAÚJO, Edmir Netto de. *O ilícito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 159.

dos atos administrativos, limites à anulação e à revogação dos atos administrativos. Embora sua nomenclatura seja polêmica, a doutrina administrativista majoritária consente com o uso dessa expressão, contanto que os ajustes necessários em relação ao direito processual sejam devidamente observados.

Devido ao crescimento da atuação processualizada da Administração Pública e à necessidade de promover segurança jurídica e proteção da confiança, a lei nº. 9.784/1999 implantou um sistema que estabeleceu regras a respeito da estabilidade e do desfazimento dos atos e decisões administrativas trazendo regras próprias para os atos nulos e para os atos anuláveis e permitindo sua aplicação de maneira modulada dependendo do objeto do processo administrativo analisado. Contornos que foram inicialmente traçados pelas súmulas 346 e 473 do STF⁵²⁶.

Antes da promulgação da lei nº. 9.784/1999 não havia no ordenamento jurídico brasileiro previsão legislativa expressa sobre os limites aplicáveis ao desfazimento dos atos administrativos e das demais decisões da Administração Pública. As regras eram fruto de construção doutrinária e jurisprudencial importada de decisões proferidas pelo Conselho de Estado francês que restaram consolidadas nas Súmulas nº. 346 e 473 do STF editadas em meados da década de 1960. Todavia, desde a edição das súmulas muitas mudanças ocorreram no direito administrativo, fazendo-se necessária uma releitura do conceito de coisa julgada administrativa a partir “do reconhecimento da segurança jurídica e da boa-fé como premissas de atuação da Administração Pública, da criação da decadência do direito de anulação dos atos ilegais e das regras de preclusão do processo administrativo”⁵²⁷.

Embora a releitura da coisa julgada proposta pela doutrina atual seja assentada na lei nº. 9.784/1999, a lei de processo administrativo federal não estabelece regras e rito específico para os processos destinados à aplicação de sanções, competindo às leis específicas disciplinarem esse tipo de procedimento. No entanto, como parte das leis que disciplinam os ritos próprios para a aplicação de penalidades não possuem base principiológica relativa à coisa julgada administrativa, seus preceitos poderão ser

⁵²⁶ Súmula 346 - A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula 473 - A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

⁵²⁷ SANTOS, Murillo Giordan. *Coisa julgada administrativa: Avanços e lacunas da Lei 9.784/1999*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Profº. Thiago Marrara. São Paulo, 2017, p. 24.

invocados em razão i) do contido no art. 69⁵²⁸, ii) das disposições constitucionais aplicáveis a qualquer espécie de processo e de relação jurídica cuja disciplina infralegal foi dada pela Lei de Processo Administrativo Federal, e ii) da analogia, no caso de processos sancionatórios estaduais e municipais⁵²⁹.

Conceitualmente, coisa julgada administrativa consiste na qualidade de tornar imutáveis os efeitos favoráveis originados por um ato decisório oriundo de processo administrativo, que não poderão mais ser alterados pela Administração Pública que o proferiu em razão de limites fáticos e jurídicos⁵³⁰.

A coisa julgada administrativa se manifesta em vários graus de intensidade de acordo com a modalidade de processo administrativo. A variação desse grau é diretamente proporcional à incidência do devido processo legal em cada tipo de processo, ou seja, quanto maior o emprego do devido processo legal no processo administrativo em pauta, maior será a qualidade da decisão e a estabilidade que ela pode gerar.

Como o processo administrativo sancionatório lida com bens jurídicos de maior relevância jurídica, como privação de um bem ou a restrição à liberdade e à propriedade, o grau de certeza da decisão proferida deve ser muito maior. Essa certeza, adquirida em razão da observância categórica do contraditório e da ampla defesa, abre espaço para a aplicação da coisa julgada administrativa com maior intensidade⁵³¹.

O artigo 54 da lei nº. 9.784/1999 estabeleceu a decadência do direito de a Administração rever atos ilegais favoráveis aos administrados depois de transcorrido o prazo de cinco anos e diante da presença de boa-fé dos particulares.

Logo, a estabilidade de uma decisão administrativa decorrente de um processo sancionatório deve versar sobre atos de efeitos favoráveis aos particulares, isto é, absolver o acusado da sanção que lhe seria potencialmente imposta. Somente decisões favoráveis aos infratores alcançam a coisa julgada administrativa. Tratando-se de absolvição baseada em atos nulos, a coisa julgada administrativa está condicionada ao transcurso do prazo

⁵²⁸ Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

⁵²⁹ SANTOS, *op. cit.*, p. 225.

⁵³⁰ SANTOS, Murillo Giordan. *Coisa julgada administrativa: Avanços e lacunas da Lei 9.784/1999*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Prof.º. Thiago Marrara. São Paulo, 2017, p. 50.

⁵³¹ *Ibidem*, p. 224.

decadencial de cinco anos. Não havendo nulidade, a revisão do ato de absolvição não será admissível⁵³².

Em contrapartida, as decisões condenatórias não fazem coisa julgada administrativa por não representarem decisão favorável aos particulares. Por não estarem abrangidas pela decadência prevista no artigo 54 da lei federal de processo administrativo, a revisão administrativa das decisões condenatórias é admitida a qualquer tempo pela Administração, observado o princípio da proibição da *reformatio in pejus*.

O fundamento da coisa julgada administrativa consiste em conferir às decisões administrativas estabilidade no máximo grau possível para atender a necessidade de segurança que deve nortear as relações jurídicas de qualquer espécie⁵³³.

Por fim, oportuno esclarecer que a coisa julgada administrativa é restrita ao âmbito da Administração. Em outras palavras, a coisa julgada administrativa propõe a imutabilidade das decisões administrativas por parte da própria Administração Pública e não perante outro Poder. O Judiciário sempre poderá rever as decisões administrativas que acarretem lesão ou ameaça a direito, de acordo com o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição.

4.3 CONSEQUÊNCIAS DA CONDENAÇÃO ADMINISTRATIVA

Depois de observados todos os requisitos de validade, bem como a exigência da fundamentação, o ato decisório proferido nos processos administrativos sancionatórios resultará na condenação ou na absolvição do acusado.

O foco deste trabalho é perquirir a comunicabilidade de processos administrativos sancionadores que guardem conexão entre si, sobretudo quando a causa dos múltiplos processos derivou de um único comportamento. Após analisadas as situações de articulação de processos relacionados que estejam simultaneamente em trâmite (Capítulo 3), faz-se necessário examinar situações em que já existe uma decisão condenatória

⁵³² FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz; FERREIRA, Alexandre Mendes Cruz. Preclusividade e procedimento administrativo disciplinar: os limites ao poder de revisão de ato que determinou o encerramento de investigação contra servidor público. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42 n. 167 jul./set. 2005, p. 291-292.

⁵³³ ARAÚJO, Edmir Netto de. *O ilícito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 163.

definitiva em um processo, porém outro processo administrativo, relativo a um mesmo comportamento, está tramitando.

É preciso investigar quais as soluções previstas pelo ordenamento jurídico brasileiro para sanar conflitos entre processos administrativos sancionadores coincidentes - em que um condena o acusado e outro o absolve, por exemplo - e assegurar a coerência e a harmonia das decisões.

A comunicabilidade administrativa que se pretende analisar é exclusivamente entre entidades que trabalham com processo sancionador administrativo. Vejamos, portanto, as consequências da condenação administrativa e sua eventual repercussão em outros processos.

Imagine o cenário em que um processo já julgou determinada conduta, porém outros processos ainda estão a examinando. Aqui estamos diante de uma condenação administrativa: ela vai interferir em outros processos? A regra geral é que a decisão administrativa proferida em um processo punitivo em nada interfere, isto é, não repercute em outro processo administrativo, eis que cada autoridade sancionadora possui autonomia para apurar e julgar infrações que sejam a ela atribuídas como sendo de sua responsabilidade.

Entretanto, se as apurações advierem de fatos conexos, provindos de um único comportamento, a regra geral da não repercussão entre as instâncias administrativas punitivas pode ser afastada. Para tanto, faz-se necessária a separação de dois contextos: i) o de que já existe uma condenação administrativa e o outro processo também venha a condenar; e ii) o de que existente uma condenação administrativa o outro processo venha a absolver.

Iniciemos pela análise do primeiro cenário, no qual já houve uma condenação administrativa e o outro processo também venha a condenar, sendo necessária a comunicação das penas.

No dia 26 de abril de 2018, a lei nº. 13.655, que acrescentou vários dispositivos ao decreto-lei n.º 4.657/1942, conhecido como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), foi publicada no Diário Oficial da União, estabelecendo normas de

interpretação na criação e na aplicação do Direito Público e fixando regras objetivas para a responsabilização de gestores públicos.

Possuem grande importância para a problemática em comento dois dos três parágrafos inseridos no artigo 22 da LINDB.

Com o intuito de dar maior atenção às peculiaridades dos casos concretos, impedindo que normas sejam aplicadas indiferentemente a todos os fatos, o *caput* e o primeiro parágrafo do artigo 22 previram, respectivamente, que “na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados” e que “em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”.

Embora os mencionados dispositivos façam referência às normas de gestão pública, cogitou-se, inicialmente, que os parágrafos subsequentes seriam de aplicação exclusiva aos gestores públicos⁵³⁴. Contudo, como os dois parágrafos seguintes versam sobre a aplicação de sanções, entendeu-se que estão ali previstos pelo fato de normas sobre sanção consistirem em normas de gestão pública, e não por serem de aplicação exclusiva a gestores públicos⁵³⁵. Logo, o âmbito de aplicação das sanções contidas nos parágrafos segundo e terceiro do artigo 22 da LINDB alcança quaisquer pessoas e não apenas gestores e funcionários públicos.

E serão sobre esses dois parágrafos que faremos algumas reflexões:

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

O projeto original, elaborado pelos professores Carlos Ari Sunfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto e proposto pelo Senador Anastasia, do PSDB, não continha os parágrafos segundo e terceiro do artigo 22, os quais foram inseridos por emenda da

⁵³⁴ BERARDO, José Carlos. Brasil oficializou o bis in idem - e todo mundo está quieto. Conjur, Publicado em: 20.06.2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/zeca-berardo-brasil-oficializou-bis-in-idem-todo-mundo-quieto>>. Acesso em: 24.05.2021.

⁵³⁵ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, p. 63-92, 23 out. 2018.

Relatora Senadora Simone Tebet, na Comissão de Constituição Justiça e Cidadania. Para a Senadora, a exigência de explicitação de critérios para a dosimetria das sanções administrativas era necessária por ser causa de muitos problemas práticos⁵³⁶, condizendo com parte da doutrina que já sustentava ser a dosimetria no direito administrativo sancionador uma circunstância particularmente problemática devido à expansão dos poderes sancionatórios da Administração Pública⁵³⁷.

Da leitura dos parágrafos segundo e terceiro do artigo 22 da LINDB, portanto, na aplicação das sanções devem ser considerados: i) danos para a administração, ii) agravantes, iii) atenuantes, iv) antecedentes do agente e v) outras sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato que lhe tenham sido aplicadas.

Apesar de existir a polêmica sobre a regra prevista no artigo 22, §3º (item v) ter consagrado o *bis in idem* no ordenamento jurídico pátrio, fato é que a duplicidade de sanções já é uma realidade, sobretudo em decorrência das variadas instâncias administrativas sancionatórias. O que a LINDB pretendeu foi minimizar os seus prejudiciais efeitos para os administrados⁵³⁸.

Numa leitura precipitada poderia se cogitar que a LINDB trouxe solução para o problema das múltiplas sanções aplicáveis nas variadas entidades administrativas, pois o parágrafo terceiro é claro ao dizer que as sanções aplicadas ao agente deverão ser levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. Logo, à primeira vista, poder-se-ia apressadamente afirmar que a condenação proferida em um âmbito iria repercutir na decisão condenatória a ser proferida por outra autoridade sancionadora.

No entanto, a interpretação acautelada do referido preceito não nos permite afirmar ter sido realmente solucionado o impasse da comunicabilidade das decisões condenatórias. Isso porque o dispositivo utiliza de termos vagos numa situação extremamente relevante que trata de grave interferência na esfera pessoal dos indivíduos.

⁵³⁶ Senado Federal, Parecer nº. 22, de 29 de março de 2017, Relatora Senadora Simone Tebet. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5205948&disposition=inline>. Acesso em 24.05.2021.

⁵³⁷ VOROFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

⁵³⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. O artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo sancionador. *Conjur*, 25.07.2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opiniaio-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador#_ftn10. Acesso em: 24.05.2021.

Na língua portuguesa, a expressão “levar em conta” significa “considerar”, “ter em conta”, “atentar”. Não significa necessariamente reduzir, abater, diminuir.

Estabelecer que as sanções já cominadas ao infrator devam ser “levadas em conta” na dosimetria da imposição de novas sanções relativas ao mesmo fato não pressupõe que a nova pena deva ser obrigatoriamente minimizada. Pode acontecer de a autoridade sancionatória analisar a punição anterior e entender que em nada afeta a penalidade a ser imposta por, por exemplo, perquirirem bens jurídicos diferentes ou pode ocorrer de a autoridade entender que pelo fato de o acusado já ter sido punido anteriormente a pena a ser atribuída agora deva ser aplicada de forma reduzida. Nos dois casos a sanção anterior será “levada em conta”, porém caberá ao aplicador da norma, no momento da imposição da sanção, decidir como proceder.

Destarte, a expressão utilizada pelo legislador de que “as sanções aplicadas devam ser ‘levadas em conta’ na dosimetria das demais sanções relativas ao mesmo fato” ao mesmo tempo em que busca dar uma solução para o problema da multiplicidade de sanções não o resolve.

Não por outro motivo, aliás, que Irene Nohara denomina os novos dispositivos da LINDB de “solublemas”, isto é, possuem o intuito de solucionar problemas, porém, além de não os resolverem, produzem, por vezes, novos problemas.

Contudo, ao analisar tecnicamente os dispositivos da LINDB, que supostamente se voltariam, então, a equacionar os problemas de “segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”, percebe-se, que, não obstante um diagnóstico preciso, a TERAPÊUTICA, isto é, a SOLUÇÃO apresentada em termos de inovações legislativas é composta, em grande medida, por “SOLUBLEMAS”, isto é, soluções que estão longe de resolver os problemas diagnosticados, muito pelo contrário: são SOLUBLEMAS porque elas não deixam de produzir novos problemas, dada a mesma imprecisão, o mesmo decisionismo, a mesma insegurança e de alguns outros pontos mais problemáticos e especulativos que derivam da análise do novo texto normativo da LINDB⁵³⁹.

Desse modo, por carecer de absoluta precisão, o parágrafo terceiro da LINDB aborda a temática da multiplicidade de sanções, mas não resolve o problema, pois não diz com exatidão o que deve ser feito. Não impõe à autoridade sancionadora que reduza ou deixe de aplicar a sanção em decorrência de já existir condenação em outro processo administrativo sancionador, só determina que ele seja considerado.

⁵³⁹ NOHARA, Irene. “Solublemas” da LINDB ao direito público. Artigo de 23.05.2019. Disponível em: <<https://direitoadm.com.br/solublemas-da-lindb-ao-direito-publico/>>. Acesso em 25.05.2021.

O problema investigado neste trabalho é o de existirem vários processos administrativos conexos objetos de competência punitiva das mais diversas entidades dotadas de poder sancionador que, sob a alegação da independência, punem o infrator como se não existisse mais nenhum processo administrativo sancionando o mesmo fato, não havendo qualquer tipo de comunicabilidade entre elas e violando princípios constitucionais caros ao ordenamento.

A solução ideal seria a de essas decisões se comunicarem entre si, guardando o mínimo de harmonia e coerência, a fim de evitar excessos punitivos e trazer segurança jurídica ao sancionado, o que seria o esperado de uma norma que tocasse nessa temática.

A LINDB, por sua vez, abriu a possibilidade de resolver essa questão, que até então era desconsiderada. Antes da inserção dos novos dispositivos na LINDB mesmo que a autoridade sancionadora quisesse deixar de aplicar a punição ou determinar uma redução de pena, em razão de prévia condenação do acusado por fato idêntico, ela não tinha base legal para isso. Entretanto, o artigo 22, §3º, da LINDB não impõe esse comportamento, porém deixa a critério do intérprete no momento da aplicação da sanção.

Apesar de o parágrafo terceiro prescrever que a sanção anterior deva ser considerada na dosimetria de uma pena futura, não há impedimentos para a aplicação de uma segunda sanção. O Legislador ao invés de prescrever o fim da possibilidade de cumulação de sanções oriundas de um mesmo fato optou por deixar a cargo do aplicador final da lei o poder de ponderar sobre a adequação das medidas sancionatórias de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Assim, competirá ao segundo eventual sancionador avaliar se, dada a primeira sanção já aplicada, ainda haveria espaço para outra⁵⁴⁰.

Por exemplo, configurada a prática de cartel em licitação que venha a ser punido pela CGU com base na legislação anticorrupção e posteriormente punido pelo CADE com base na legislação de proteção à concorrência, o CADE teria, por força do artigo 22, §3º da LINDB, que considerar a sanção anterior no momento de estabelecer o *quantum* da sanção

⁵⁴⁰ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, p. 63-92, 23 out. 2018.

que aplicaria. Com o novel dispositivo, havendo duplicidade de sanções de mesma natureza, a segunda sanção deverá ser aplicada “tendo-se em conta” a primeira⁵⁴¹.

O que o parágrafo terceiro almeja é “combater os excessos ou desproporções na aplicação do direito público”, moderando as ocorrências nas quais a Administração Pública comina, de forma excessiva, distintas sanções de mesma natureza ou fundamentadas em um mesmo fato⁵⁴².

Pretende-se que a autoridade julgadora não seja desatenta quanto aos possíveis efeitos de suas decisões, que seja razoável, avaliando o caso concreto e ponderando as consequências de sua decisão.

Entretanto, deixar a segunda punição a critério do julgador não nos parece ser o desfecho mais acertado. Seria interessante que a lei fosse mais clara, como acontece, por exemplo, no direito penal e no direito ambiental, em que há previsão legislativa, respectivamente, de aplicação de apenas uma das penas, porém de forma aumentada (concurso formal), e de prevalência de um auto de infração em detrimento de outro quando do exercício comum de fiscalização (art. 16, §3º, LC nº. 140/2011).

Todavia, o direito administrativo sancionador goza de peculiaridades próprias, não sendo possível transportar largamente, para sua esfera, excelentes recursos de outros ramos do direito, ainda que seja inconcebível que uma conduta seja punida indistintamente.

A diversidade de punições administrativas dificulta a criação de um sistema de comunicação entre elas. As sanções administrativas dispersas pelo ordenamento jurídico nem sempre são coincidentes quando o agente, mediante um só comportamento, pratica duas ou mais infrações administrativas. Logo, não há como defender o impedimento da soma das diversas sanções e a conseqüente aplicação somente da primeira pena cominada aumentada de um sexto até metade, pois, tratando-se de penas distintas, poderá haver aplicação desarrazoada.

Imagine que um indivíduo esteja respondendo a processo disciplinar e ambiental. Primeiramente, profere-se decisão no âmbito disciplinar, aplicando penalidade de

⁵⁴¹ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, 23 out. 2018, p. 87-88.

⁵⁴² NOHARA, Irene Patrícia. *Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro: hermenêutica e novos parâmetros ao Direito Público*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 33.

suspensão de dez dias. O dano ambiental causado gerou infinitos prejuízos e ensejaria a aplicação de multa rigorosa. No entanto, o fato de já haver decisão condenatória em desfavor do indivíduo, impediria a soma de diferentes sanções proferidas em outros processos administrativos, ensejando apenas a majoração da pena em metade, de modo que a penalidade total seria de suspensão quinze dias, conclusão ínfima frente ao dano causado.

Destarte, uma decisão administrativa condenatória pode impactar num segundo ato decisório a ser proferido em processo administrativo apurando fato conexo, da seguinte maneira: i) obstando-o, ii) reduzindo-o ou iii) não interferindo-o.

Da análise do ordenamento jurídico brasileiro aplicado aos processos administrativos sancionadores, verifica-se que o artigo 22, §3º, da LINDB conferiu a possibilidade do segundo julgador “levar em conta” as “sanções de mesma natureza” proferidas em outra decisão anteriormente. Todavia, não especifica o *modus operandi*.

Creemos que a interpretação mais adequada seria a de que a segunda condenação administrativa poderia ser obstada (deixada de aplicar) ou diminuída caso as penas cabíveis fossem idênticas às da primeira condenação, a fim de impedir a soma exacerbada de penalidades. Relembre-se: esse entendimento seria admissível quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, praticasse – sem possuir este propósito – dois ou mais ilícitos administrativos, idênticos ou não. No caso de restar comprovado que o transgressor intencionalmente teve o intuito de, com um comportamento, cometer mais de um ato ilícito, as penas deverão ser somadas.

Por outro lado, não haverá nenhuma comunicabilidade entre as decisões, isto é, nenhuma interferência decisória, caso a punição prevista para o ilícito sujeito a nova condenação seja distinta da pena já cominada na condenação anterior, devendo as sanções ser somadas a fim de evitar punições inapropriadas.

É mais descomplicado pensar na comunicabilidade entre a segunda condenação e a primeira quando diante de punições proferidas por mesmos órgãos ou entidades como, por exemplo, uma companhia aérea que pratica uma conduta afetando diversos passageiros (vários processos, mesmo ilícito). É claro que a condenação relativa a um passageiro interferirá nos demais processos a serem decididos. No entanto, pelo fato de os processos

estarem sob o domínio de uma mesma competência sancionadora, a comunicação processual se tornará facilitada.

O mesmo pode acontecer quando um comportamento for apurado por órgãos distintos, porém inseridos dentro de um mesmo sistema, como é o caso de uma empresa praticar uma infração contida no Código de Defesa do Consumidor (CDC) e ser autuada por diferentes PROCON's estaduais. Pelo fato de as diferentes autoridades sancionadoras estarem localizadas dentro de um mesmo sistema pode acontecer de a comunicabilidade das decisões se dar de maneira mais simplificada.

Situação diversa é a de um comportamento violar várias normas administrativas apuradas por órgãos ou entidades totalmente distintos, o que pode prejudicar a necessária comunicabilidade entre as decisões em razão do desconhecimento de decisão condenatória previamente proferida.

Em todo o caso, importante seria a criação de um Cadastro Nacional de Pessoas Físicas e Pessoas Jurídicas Punidas – CNPFJ, reunindo e conferindo publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo, a fim de restar assegurada a comunicação processual das condenações administrativas⁵⁴³. Desse modo, bastaria que o julgador consultasse o cadastro para verificar a existência ou não de condenação, seu motivo e as penalidades cominadas.

Invariavelmente, tratando-se de penas iguais ou diferentes, na aplicação de sanções, deverão ser consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a Administração Pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente (art. 22, §2º, LINDB).

As circunstâncias agravantes e atenuantes são elementos que devem ser levados em conta na mensuração das penas, alterando-as para mais ou para menos⁵⁴⁴. Ao contrário da lei penal em que as circunstâncias que agravam e atenuam a pena encontram-se presente num único diploma legal (art. 61 a 67 do CP), nas normas administrativas - que optaram por fazer o detalhamento - os critérios gerais e condições de agravamento ou abrandamento

⁵⁴³ Nos moldes do Cadastro já previsto na lei anticorrupção, nº. 12.846/2013, artigo 22.

⁵⁴⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 110.

da penalidade estão difusos. Como exemplo, a Instrução da Comissão de Valores Mobiliários nº. 607, de 17 de junho de 2019, que prevê o rito dos procedimentos relativos à atuação sancionadora no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários, dispõe no artigo 65⁵⁴⁵ as circunstâncias agravantes e no artigo 66⁵⁴⁶ as circunstâncias atenuantes, a Resolução da Agência Nacional de Aviação Civil nº. 25, de 25 de abril de 2008, que estabelece o processo administrativo para a apuração de infrações e aplicação de penalidades em seu âmbito de competência, prescreve no parágrafo primeiro do artigo 22 as circunstâncias atenuantes e no parágrafo segundo as circunstâncias agravantes⁵⁴⁷, o Código Sanitário do Estado de São Paulo, lei nº. 10.083, de 23 de setembro de 1998, estabelece nos artigos 117 e 118 o que atenua ou agrava a pena⁵⁴⁸. Por outro lado, há

⁵⁴⁵ Art. 65. São circunstâncias agravantes, quando não constituem ou qualificam a infração:

- I – a prática sistemática ou reiterada da conduta irregular;
- II – o elevado prejuízo causado;
- III – a expressiva vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- IV – a existência de dano relevante à imagem do mercado de valores mobiliários ou do segmento em que atua;
- V – o cometimento de infração mediante ardil, fraude ou simulação;
- VI – o comprometimento ou risco de comprometimento da solvência do emissor;
- VII – a violação de deveres fiduciários decorrentes do cargo, posição ou função que ocupa; e
- VIII – a ocultação de provas da infração mediante ardil, fraude ou simulação

⁵⁴⁶ Art. 66. São circunstâncias atenuantes:

- I – a confissão do ilícito ou a prestação de informações relativas à sua materialidade;
- II – os bons antecedentes do infrator;
- III – a regularização da infração;
- IV – a boa-fé dos acusados; e
- V – a adoção efetiva de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, bem como a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, avaliada por entidade pública ou privada de reconhecida especialização.

⁵⁴⁷ Art. 22, § 1º São circunstâncias atenuantes:

- I - o reconhecimento da prática da infração;
- II - a adoção voluntária de providências eficazes para evitar ou amenizar as consequências da infração, antes de proferida a decisão;
- III - a inexistência de aplicação de penalidades no último ano.

§ 2º São circunstâncias agravantes:

- I - a reincidência;
- II - a recusa em adotar medidas para reparação dos efeitos da infração;
- III - a obtenção, para si ou para outrem, de vantagens resultantes da infração;
- IV - exposição ao risco da integridade física de pessoas;
- V - a destruição de bens públicos;
- VI - o número de reclamações de passageiros registradas em relação ao mesmo fato

⁵⁴⁸ Artigo 117 - São circunstâncias atenuantes:

- I - a ação do infrator não ter sido fundamental para a consecução do evento;
- II - o infrator, por espontânea vontade, imediatamente procurar reparar ou minorar as consequências do ato lesivo à saúde pública que lhe for imputado; e
- III - ser o infrator primário.

Artigo 118 - São circunstâncias agravantes ter o infrator:

- I - agido com dolo, ainda que eventual, fraude ou má-fé;
- II - cometido a infração para obter vantagem pecuniária decorrente de ação ou omissão que contrarie o disposto na legislação sanitária;
- III - deixado de tomar providências de sua alçada, tendentes a evitar ou sanar a situação que caracterizou a infração;

normas que não se ocuparam em descrever tais circunstâncias, como é o caso do Estatuto dos Servidores Federais que se limitou a estabelecer que deverão ser consideradas⁵⁴⁹.

Apenas como adendo, seria interessante, para fins de imposição da pena, que a norma estipulasse a fração ou a porcentagem do acréscimo ou redução para cada agravante e atenuante no intuito de possibilitar a aplicação de pena de forma mais objetiva, reduzindo o campo de liberdade de escolha do julgador. A título de exemplo: Art. A penalidade será reduzida em 25% (vinte e cinco por cento) para cada atenuante verificada ou Art. A pena será acrescida de 2/3 (dois terços) para cada agravante verificada.

Dentre todas as agravantes que implicam alteração da pena-base, a reincidência é a que mais se destaca. Todavia, embora à primeira vista possa parecer que a reincidência seria uma agravante importante a ser considerada no contexto da multiplicidade de processos administrativos conexos, o aprofundamento da temática mostra o contrário. Isso porque reiteradas infrações, todas cometidas pelo mesmo sujeito, não constituem, necessariamente, reincidência. A reincidência pressupõe decisão definitiva acerca da infração objeto do primeiro processo e superveniência de *nova infração* de mesma natureza, objeto de um segundo processo⁵⁵⁰.

Assim, apesar de o tema da reincidência no direito administrativo sancionador ser empolgante, deixaremos de analisa-lo pelo fato de o trabalho em tela buscar promover a comunicabilidade de processos administrativos sancionadores oriundos de um único comportamento. Ainda que para sua concretização seja necessária prévia punição definitiva, a reincidência no âmbito administrativo exige a presença de *nova infração*, de um novo comportamento. Nesse caso, a relação entre os processos apenas servirá para promover o aumento da pena estabelecida no segundo processo, não havendo qualquer tipo de comunicação de decisões entre eles por se tratar de uma nova conduta, conquanto de mesma natureza e perpetrada pelo mesmo agente.

IV - coagido outrem para a execução material da infração; e
V - reincidido.

⁵⁴⁹ Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

⁵⁵⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. Reincidência no Direito Administrativo Sancionador. *Revista do Direito Público*, Londrina, v.12, n.1, p.175-203, mai.2017.

Enfrentada a situação de uma conduta lesar mais de uma norma administrativa gerando dois ou mais processos administrativos conexos em que todos decidiram pela condenação, debruçemo-nos sobre a hipótese de já haver uma condenação administrativa e o outro processo, relacionado ao mesmo comportamento, entender pela absolvição.

É possível que a condenação proferida em um âmbito administrativo interfira na decisão de outro órgão ou ente sancionador a ponto de impedir eventual absolvição? Depende do motivo da decisão condenatória. Poderá haver casos em que a condenação administrativa repercutirá obrigatoriamente na segunda decisão administrativa a ser proferida, assim como haverá situações em que não se observará essa repercussão.

Considere a hipótese de que a conduta praticada configure ilícito sancionado por quatro normas administrativas, o estatuto dos servidores federais, a lei de licitações, a lei do CADE e a lei ambiental. Três ilícitos já foram devidamente apurados e sancionados (condenação). É permitido que a autoridade deixe de demitir o servidor (absolva-o) por entender que ele não praticou o ilícito?

O fato de uma conduta supostamente caracterizar ilícito previsto em mais de uma norma administrativa nem sempre irá exigir que todas as entidades dotadas de poder sancionador profiram o mesmo julgamento, pois pode ocorrer de o comportamento, pelas peculiaridades lhe atribuíveis, efetivamente lesar determinada regra, mas não violar outra. Logo, não haverá problema de existir uma condenação processual prévia e sobrevir decisão em outro processo amparada na absolvição.

Todavia, o problema se manifesta quando a condenação administrativa proferida no primeiro processo reconhecer que o fato existiu e que o investigado praticou a conduta e nova decisão em outro processo afirmar o contrário. Nesses casos, é inconcebível que um processo administrativo condene e o outro absolva.

Por essa perspectiva, é importante colacionar a disposição prevista no artigo 126 da lei nº. 8.112/1990, pela qual “a responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria”. Ora, se é incoerente que vigorem duas manifestações opostas no âmbito penal e no âmbito administrativo, pelo mesmo motivo a normativa deve ser empregada entre processos administrativos.

Não há como admitir que uma condenação administrativa ateste a existência do fato e da autoria e outra decisão, também administrativa, vá em sentido diametralmente oposto, sustentando o contrário.

“Ao se compreender o direito como uno, isto é, um sistema de prescrições jurídicas coerentes e harmônicas, as quais estão relacionadas entre si, não faria sentido a realidade material repercutir de modo disforme”⁵⁵¹. A ideia de independência entre os âmbitos administrativos não deve ocasionar soluções incoerentes, contraditórias, paradoxais, o que claramente ocorreria na hipótese de incompatibilidade entre decisões na mesma esfera.

Todavia, enquanto o artigo 126 da lei nº. 8.112/1990 prevê a dupla absolvição, favorecendo o punido, na comunicabilidade entre processos administrativos sancionadores, em que há uma decisão condenatória fundamentada na existência do fato e da autoria, operar-se-á a dupla condenação, ensejando uma situação mais gravosa ao sancionado.

Desse ponto surge outro dilema: priorizar a coerência do sistema jurídico e a harmonia das decisões, proibindo que um ato decisório condene e outro absolva com fundamento na inexistência do fato ou da autoria relativo a um mesmo comportamento, ou impedir o entendimento que prevê o agravamento da condição do acusado, admitindo a prolação de decisões contraditórias.

Como a segurança das relações jurídicas reclama um mínimo de coerência e firmeza nas decisões administrativas, que não podem transformar-se em mandos e desmandos de imprecisões e incertezas, por força do princípio da segurança jurídica, da coerência, da necessidade de interpretação lógica do sistema jurídico, optamos por conceber que a condenação do indivíduo em uma instância administrativa vincula os demais âmbitos administrativos, impossibilitando-os de decidir de maneira diferente quando houver decisão definitiva no tocante ao fato e à autoria relativa a um mesmo comportamento.

⁵⁵¹ DEMO, Luis Luchi. Direito penal e outros ramos do direito: interdependência, comunicação, encontros e desencontros: uma visita holística aos diversos planos do direito a partir do direito penal. *Revista de Doutrina da Escola da Magistratura 4ª Região*. Artigo publicado em 17 dez. 2004. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao004/roberto_demo.htm. Acesso em 28.05.2021.

4.4 CONSEQUÊNCIAS DA ABSOLVIÇÃO ADMINISTRATIVA

Outra, entretanto, é a situação quanto ao fato que foi objeto de decisão administrativa absolutória. Resultando o ato decisório proferido num processo administrativo sancionatório na absolvição do acusado, quais serão as consequências nos demais processos administrativos apurando fatos conexos, provindos de um único comportamento?

Com se viu ao longo deste trabalho, o ordenamento jurídico administrativo é muito sucinto na abordagem do tema da comunicabilidade de processos administrativos, sobretudo os sancionadores. No tratamento da comunicação de sanções oriundas de condenações administrativas, coube à LINDB traçar algumas mínimas diretrizes sobre o assunto. Todavia, no tocante aos efeitos da absolvição administrativa, de sua repercussão nos processos administrativos correlacionados, o ordenamento jurídico é silente.

Para determinar o grau de ingerência de uma decisão administrativa absolutória nos demais processos administrativos conexos é necessário analisar os principais fundamentos utilizados para a absolvição nos processos administrativos sancionadores.

Em geral, a absolvição administrativa advém quando i) restar provada a inexistência do fato; ii) não haver prova da existência do fato; iii) não constituir o fato ilícito administrativo iv) estar provado que o acusado não concorreu para o ilícito administrativo; v) não existir prova de ter o acusado concorrido para a infração administrativa; ou vi) não existir prova suficiente para a condenação.

Todos esses motivos ensejam a absolvição administrativa, porém a repercussão da decisão absolutória sobre outro processo, da mesma natureza, oriundo do mesmo comportamento, dependerá do fundamento empregado.

Desse modo, teríamos:

- a) absolvição fundada em não haver prova da existência do fato;*
- b) absolvição fundada na inexistência probatória de ter o acusado concorrido para a infração administrativa;*
- c) absolvição fundada na inexistência de provas suficientes para a condenação.*

Analisamos aqui o caso de o agente ter incidido, pelo mesmo ato, simultaneamente em mais de um ilícito administrativo ou num único ilícito apurado por mais de uma norma administrativa.

Nas três hipóteses acima, o motivo da absolvição administrativa é a falta de provas. Logo, não é porque um processo administrativo não conseguiu reunir provas suficientes para demonstrar a prática de um ilícito que outro processo não irá obtê-las.

Por exemplo, a PETROBRAS responde a dois processos administrativos por supostamente ter operado de modo irregular suas instalações e, conseqüentemente, gerado poluição. Ao apurar a irregularidade nas instalações da PETROBRAS, a ANP não vislumbrou provas suficientes para atestar a condenação da empresa, absolvendo-a por inexistência de provas satisfatórias. Não é porque a ANP não encontrou provas hábeis a ensejar a condenação da PETROBRAS que o IBAMA também não irá encontrar quando da apuração do ato de poluir, pois as provas que não são suficientes para demonstrar a prática de um ilícito podem ser suficientes para comprovar outro.

Da mesma forma, um servidor público da Universidade de São Paulo que pratique determinado ato ilícito pode restar absolvido pelo Tribunal de Contas, no controle externo, por ausência de provas a atestar a irregularidade na apuração de contas, mas condenado no processo administrativo disciplinar em razão de desobediência à ordem hierárquica.

No mesmo sentido, tem-se a hipótese de a *absolvição estar fundada em não constituir o fato ilícito administrativo*. Imagine que um servidor público de determinado zoológico estava sob investigação pelo fato de não estar higienizando adequadamente o recinto o que supostamente estava causando o adoecimento de diversos animais. Embora o processo ambiental constate que a doença presente nos animais seja típica de ataque de roedores e não de falta de higienização, absolvendo o servidor, pode ocorrer de o servidor ser condenado, em processo disciplinar, por proceder de forma desidiosa. Assim, pode acontecer de o mesmo fato não constituir determinado ilícito administrativo, mas caracterizar outro.

Nas quatro situações tratadas acima, não haverá repercussão entre as esferas administrativas envolvidas.

Situação diferente ocorre nas seguintes circunstâncias:

a) *absolvição fundada na inexistência do fato;*

b) *absolvição fundada na comprovação de que o acusado não concorreu para o ilícito administrativo.*

Se o fato apurado administrativamente por uma entidade sancionadora for o mesmo em apuração em processo administrativo tramitando perante outra autoridade, havendo o primeiro decidido pela inexistência do fato, a repercussão dessa decisão, no segundo processo administrativo, deverá ser integral.

Se for comprovado por uma autoridade administrativa que o fato não existiu, é evidente que outra autoridade que apure a mesma ocorrência não poderá puni-lo. A decisão administrativa que julga provada a inexistência do fato impede decisão em contrário quando apurado o mesmo acontecimento.

Outrossim, no caso de processos apurando o mesmo comportamento, existindo decisão administrativa absolutória fundamentada no fato de o acusado não ter concorrido para a prática do ilícito, esta decisão também irá repercutir no julgamento do segundo processo.

Se estiver devidamente provado que o acusado não concorreu para a infração administrativa, isto é, estando o julgador plenamente convencido pelo exame das provas de que não foi o acusado o autor do ilícito apurado em mais de um processo, a decisão absolutória proferida no primeiro repercutirá integralmente no segundo.

Suponha-se que se ateste no âmbito concorrencial que determinado agente público não participou da formação de cartel destinado a fraudar licitação (*absolvição fundada na comprovação de que o acusado não concorreu para o ilícito administrativo*). Não há como admitir que, na esfera disciplinar, o agente público seja demitido sob o fundamento de estar envolvido no cartel licitatório.

Como ficaria o sujeito diante de um cenário em que um diz “A”, outro diz “B”? Para o sancionado as decisões proferidas em todos os âmbitos administrativos provêm de uma mesma Administração Pública, de um único Estado.

Por outro lado, imagine que um agente público de determinada instituição seja acusado de invadir o laboratório, pegar, sem permissão do responsável, produto químico altamente tóxico e derramá-lo no rio próximo à instituição causando severa poluição.

Apurou-se no processo administrativo ambiental que o fato inexistiu, isto é, que, embora os efeitos fossem semelhantes, a alegada poluição não se deu pelo derramamento do produto químico subtraído da repartição, mas sim por uma proliferação natural de cianobactérias, resultando na absolvição da infração ambiental em razão da inexistência do fato. No âmbito disciplinar, por sua vez, foi apurado que, embora a poluição não tenha sido causada pelo agente público, a invasão do laboratório e a subtração de produto químico pelo acusado realmente existiram, acarretando na condenação do agente em penas disciplinares.

Não é porque uma decisão absolutória por inexistência do fato ou negativa de autoria foi proferida que obrigatoriamente haverá repercussão nos demais processos administrativos conexos. Para que isso ocorra, faz-se necessário que os fatos apurados sejam exatamente os mesmos.

Se as apurações dizem respeito a fatos iguais, apurados por autoridades distintas, havendo decisão absolutória fundamentada na inexistência do fato ou negativa de autoria, entendemos que o segundo julgamento administrativo deve ajustar-se ao que já se foi decidido. A palavra de ordem é coerência. Mesmo que não haja lei disciplinando a comunicabilidade dos processos administrativos sancionadores, deve haver o mínimo de harmonia no cenário sancionador. Não se pode admitir que, em casos análogos, uma autoridade absolva e a outra condene.

A justificação da autonomia dos entes não deve ser utilizada de modo a comprometer toda a estrutura do ordenamento jurídico. A ideia de independência entre as entidades sancionadoras não deve acarretar soluções incoerentes, paradoxais, o que seria possível de ocorrer caso não fossem estabelecidas as hipóteses de comunicabilidade entre os processos administrativos sancionadores.

Entretanto, repisa-se: a comunicabilidade estabelecida nos moldes acima não significa que em qualquer hipótese uma decisão vai repercutir sobre a outra. Somente irá repercutir quando se tratar de processos administrativos conexos, relativos aos mesmos fatos, e nas hipóteses já mencionadas. Aceitar outra interpretação seria por fim à independência de cada instância administrativa, violando o princípio da autonomia das entidades federadas.

CONCLUSÕES

De toda a exposição feita ao longo dos quatro capítulos, é possível, em breve síntese, concluir o que segue:

1. O Estado avocou para si a função de disciplinar o comportamento dos indivíduos por meio do ordenamento jurídico. A norma estabelece a ilicitude, atribuindo uma sanção ou coerção em caso de infração a preceito jurídico.

2. Do não cumprimento da conduta prescrita, emergem as noções de ilicitude e sanção. A figura do *ius puniendi* exterioriza a função de punir os indivíduos por meio do poder sancionador estatal que se manifesta, notadamente, na esfera penal e administrativa.

3. Com relação à clássica teoria da unicidade do *ius puniendi*, pela qual o Estado possui um poder punitivo unitário, dirigido por um regime jurídico único, o qual infração penal e administrativa o obedecem, constatou-se que se trata de uma construção teórica frágil que deve ser modulada. Embora os âmbitos penal e administrativo possuam conteúdos de aplicação semelhante, existem diversas diferenças entre direito penal e direito administrativo sancionador. Desse modo, o conceito de unidade do poder sancionatório do Estado não deve ser interpretado como identidade absoluta entre os ramos punitivos do Direito, mas sim como uma identidade parcial calcada apenas nas garantias do núcleo central do direito punitivo, isto é, nos direitos fundamentais concernentes aos acusados em geral que devem ser totalmente observados tanto pelo direito penal quanto pelo direito administrativo sancionador.

4. Classicamente, a infração administrativa se divide em contratual, com base no poder disciplinar ou com base no poder de polícia e diferencia-se do ilícito penal sobretudo pela existência de um critério formal, pelo qual a diferenciação entre os ilícitos está intimamente ligada à própria definição e ao delineamento da natureza das sanções administrativas.

5. Composta pelo elemento subjetivo (autoridade sancionadora), elemento objetivo (efeito aflitivo da medida) e elemento teleológico (finalidade), a sanção administrativa é reconhecida essencialmente pela presença do efeito aflitivo objetivamente perceptível: o castigo. O exercício do poder sancionatório recebe contornos distintos a depender da relação jurídica estabelecida entre o agente e o Estado (relação geral ou relação especial de

sujeição) e vasto é o universo das espécies de sanções administrativas (sanção contratual, disciplinar, ética, de polícia, de regulação).

6. A apuração do ilícito pela Administração Pública é fruto do poder sancionador e é exercida por um procedimento preordenado, denominado processo administrativo. Concepções históricas mostraram que o processo administrativo foi introduzido como meio de garantir os direitos dos administrados, dotado de autonomia, por se tratar de uma sucessão de atos a gerar uma decisão administrativa final, identificado como a execução da própria função administrava que busca compor interesses apresentados e produzir decisões justas. A concepção subjetivista acerca da finalidade do processo administrativo revelou sua importância para conferir proteção aos interessados frente às decisões a serem proferidas pela Administração.

7. O processo administrativo brasileiro é uma garantia constitucional cujas condições mínimas de legalidade e seriedade devem ser observadas, a saber, contraditório, ampla defesa, devido processo legal. Dentre as diversas espécies de processo administrativo, destacou-se a do processo administrativo sancionatório, que tem por finalidade aplicar sanção em decorrência da prática de ato ilícito e está pautado em diversos princípios e regras inerentes ao Estado Democrático de Direito (princípio da legalidade, tipicidade, impossibilidade de a norma sancionatória retroagir em prejuízo ao infrator, individualização da sanção).

8. Diversas são as infrações que acarretam a responsabilização administrativa. Atualmente, há aproximadamente quarenta campos de atuação sancionatória da Administração Pública. A multiplicidade de processos administrativos sancionadores é resultado da evolução normativa do direito sancionador, do caráter dinâmico do Direito e da ideia vigente na atualidade de que o sistema punitivo deve ser cada vez mais rígido. Ocorre que, quando um único comportamento enseja a abertura de mais de um processo administrativo ou há vários casos idênticos de violação da mesma norma, praticados pelo mesmo agente, surge a figura dos processos administrativos sancionadores conexos, restando imprescindível o diálogo processual para assegurar a unidade, a coerência e a harmonia do ordenamento jurídico.

9. O tratamento atribuído aos processos administrativos sancionadores conexos, na atualidade, tem impactado em princípios caros ao direito administrativo como o da

eficiência, celeridade, efetividade, economicidade, segurança jurídica, boa-fé, moralidade administrativa, legitimação estatal e duração razoável do processo.

10. Devido à aparente ausência de regulamentação específica sobre o tema da comunicabilidade dos múltiplos processos administrativos sancionatórios conexos, foi necessária esta pesquisa para examinar se o ordenamento jurídico efetivamente possui ou não ferramentas para solucionar os problemas advindos da multiplicidade de processos sancionadores.

11. Constatou-se que o ordenamento jurídico administrativo não estabelece mecanismos para promover a comunicabilidade processual, sendo necessária a busca em fontes subsidiárias e técnicas de integração. Concebendo a visão articulada do Direito, a investigação legislativa adentrou ao campo do direito processual civil e do direito penal na busca da possível importação de instrumentos de coordenação processual para a seara do direito administrativo sancionador, uma vez que o processo administrativo compõe microsistema normativo inserido no sistema do direito processual.

12. Admitiu-se o CPC como fonte subsidiária, adotando-o para suprir o silêncio das normas administrativas acerca da comunicabilidade dos processos administrativos. Foram identificados alguns possíveis instrumentos de articulação processual, como conexão, continência, litisconsórcio e prova emprestada, e extraídas as seguintes conclusões:

12.1. A conexão administrativa será permitida quando preenchidos seus pressupostos (identidade de pedidos ou causa de pedir) e a abertura dos dois ou mais processos administrativos punitivos tenha advindo da prática de uma conduta, resultando em mais de uma infração violadora da mesma norma jurídica, objeto de punição da mesma autoridade sancionadora ou, ainda que de órgãos distintos, porém pertencentes a um mesmo sistema. Nesses casos, a competência para conduzir e julgar os processos será do órgão prevento, isto é, do primeiro órgão ou autoridade que conheceu o processo, devendo a autoridade competente, sempre de forma fundamentada, promover a reunião dos processos de ofício ou a pedido do acusado. No tocante à decisão, a solução de um dos processos deverá ser similar ou estar abarcada pelo outro. Por outro lado, não será admitida a conexão quando se tratar de conduta lesiva a mais de um bem jurídico tutelado por mais de uma entidade pública pelo fato de as competências materiais dos entes serem distintas e

comporem o núcleo de competência absoluta, que não pode ser alterada por conexão ou continência.

12.2. A continência, caracterizada pela identidade de partes e causa de pedir em que o pedido de um processo, por ser mais amplo, abrange o dos demais, caso verificada na esfera administrativa, também ensejará a reunião processual, nos mesmos termos da conexão.

12.3. O litisconsórcio, no processo administrativo sancionador, poderá ser ativo (mais de uma autoridade sancionadora), passivo (mais de um sancionado) ou misto, inicial (formado na propositura do processo) ou ulterior (formado após iniciado o processo), porém será facultativo (formação a critério dos envolvidos) e não unitário (possibilidade de prolação de decisões distintas), desde que haja conexão entre as causas ou afinidade de questões por ponto comum. A utilização do litisconsórcio passivo nos processos administrativos sancionadores já é realizada timidamente por uma ou outra entidade pública, o que não acontece com o uso do litisconsórcio ativo. Embora não haja proibição expressa na legislação acessória (CPC), a instauração de processos administrativos sancionadores em litisconsórcio ativo, sobretudo entre órgãos/entidades de competências materiais distintas, é possível, mas deve garantir, além de economia processual, celeridade e ausência de decisões antagônicas, a expertise no julgamento das infrações envolvidas, o que será assegurado apenas com o efetivo conhecimento técnico sobre o ilícito por parte do grupo julgador, o qual deverá ser composto por uma comissão mista de membros integrantes das diferentes entidades/órgãos litisconsortes.

12.4. O uso da prova emprestada nos processos administrativos sancionadores é perfeitamente admissível. Concebida como meio de auxiliar no esclarecimento de fatos já apurados em outro processo, a prova emprestada poderá ser utilizada nos processos administrativos punitivos, desde que observado o contraditório. A Comissão ou o acusado que tomar conhecimento da existência da prova poderá, respectivamente, vir a determinar ou a requerer sua utilização. A prova a ser emprestada pode constar de processo judicial ou processo administrativo e independe de o processo em que a prova foi produzida e o processo em que será utilizada estarem tramitado no mesmo ente, órgão ou entidade e referirem-se às mesmas partes. Garantido o contraditório, o empréstimo será válido, competindo à autoridade julgadora, fundamentadamente, atribuir à prova o valor que considerar adequado.

13. Admitiu-se a aplicação analógica de instrumentos do direito penal como meio capaz de promover a integração do Direito através do preenchimento de lacunas acerca da comunicabilidade processual do direito administrativo sancionador. Foram identificados alguns possíveis instrumentos de articulação processual, como concurso formal e concurso aparente de crimes, e extraídas as seguintes conclusões:

13.1. No contexto da multiplicidade de processos administrativos sancionadores conexos, a aplicação analógica do instituto do concurso formal às infrações administrativas é admitida, desde que observados os seguintes requisitos: i) a possibilidade de conexão processual, isto é, que os ilícitos cometidos sejam objeto de punição de uma mesma entidade ou, ainda que de órgãos distintos, estes pertençam a um mesmo sistema; e ii) que as penalidades atribuídas para todos os ilícitos administrativos praticados sejam as mesmas ou, quando diferentes, não sejam excludentes.

13.2. Permite-se a aplicação analógica do instituto “concurso aparente de crimes” no campo do direito administrativo sancionador quando inserido dentro de uma mesma instância punitiva em que a autoridade competente é a mesma para analisar todas as infrações administrativas praticadas. No caso de múltiplos processos administrativos sancionadores conexos: i) o princípio da especialidade da infração deve ser afastado quando há violação a bens jurídicos distintos; ii) o princípio da subsidiariedade, pelo qual a infração abrangida pela norma principal afastará a infração contida na norma subsidiária, não se mostra aplicável em razão da pluralidade de autoridades competentes envolvidas, ressalvada a hipótese da feitura de convênio de cooperação; e iii) o princípio da consunção, aplicado quando uma das condutas típicas é entendida como necessária ou meio para a execução de outra, de modo que o ilícito-meio seja absorvido pelo ilícito mais amplo, fica prejudicada quando os ilícitos cometidos são de responsabilidade de autoridades distintas por possuírem autonomia e competência própria distintas, sendo inviável impor a uma autoridade a renúncia de sua competência sancionadora, o que não impede de as autoridades consentirem na absorção, sempre de forma fundamentada.

14. Analisada a possibilidade de articulação dos processos administrativos sancionadores conexos que tramitam simultaneamente, o último capítulo dedicou-se a examinar outro cenário: as soluções apresentadas pelo ordenamento jurídico para determinar o impacto, em outro processo relativo ao mesmo fato, de uma decisão já proferida em um processo administrativo sancionador. Concluiu-se que a regra geral é que

a decisão administrativa proferida em um processo punitivo em nada interfere, repercute em outro processo administrativo, em razão da possibilidade de um comportamento efetivamente lesar determinada regra, mas não violar outras.

15. No caso de processos conexos, relativos a um mesmo fato, em que já existe uma condenação administrativa e o outro processo administrativo também venha a condenar, verificou-se que o parágrafo 3º do artigo 22 da LINDB tentou, mas não conseguiu solucionar o impasse da comunicabilidade das decisões condenatórias por meio da comunicação das penas. O Legislador optou por deixar a cargo do aplicador final da lei o poder de ponderar sobre a adequação das medidas sancionatórias de acordo com as circunstâncias do caso concreto, competindo ao segundo eventual sancionador avaliar se, dada a primeira sanção já aplicada, ainda haveria espaço para outra.

16. Reputamos que a aplicação mais adequada seria a de: i) a segunda condenação administrativa ser obstada (deixada de aplicar) ou diminuída caso as penas cabíveis sejam idênticas às da primeira condenação e não tenha tido o agente o propósito de causar os dois ou mais ilícitos, a fim de impedir a soma exacerbada de penalidades; ii) não haver comunicabilidade entre as decisões caso reste comprovado que o transgressor intencionalmente teve o intuito de cometer mais de um ilícito e caso a punição prevista para o ilícito sujeito a nova condenação seja distinta da pena já cominada na condenação anterior, devendo as sanções serem somadas, a fim de evitar punições inapropriadas. Em todas essas situações, a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a Administração Pública, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente deverão ser considerados na aplicação das sanções.

17. Possibilitaria a comunicação das condenações administrativas a criação de um Cadastro Nacional de Pessoas Físicas e Jurídicas Punidas (CNPfJ) reunindo e conferindo publicidade às sanções (e seus motivos) aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo.

18. Detectou-se como exceção à regra da incomunicabilidade das instâncias administrativas que a condenação do indivíduo em uma instância administrativa vinculará os demais âmbitos administrativos, impossibilitando-os de decidir de maneira diferente, quando houver decisão definitiva no tocante ao fato e à autoria relativa a um mesmo comportamento.

19. O ordenamento jurídico é silente quanto aos efeitos da absolvição administrativa, de sua repercussão nos processos administrativos correlacionados.

20. Defendemos que não haverá repercussão, entre as esferas administrativas envolvidas, a absolvição fundada i) em não haver prova da existência do fato, ii) na inexistência probatória de ter o acusado concorrido para a infração administrativa, iii) na inexistência de provas suficientes para a condenação, pois não é porque um processo administrativo não conseguiu reunir provas suficientes para demonstrar a prática de um ilícito que outro processo não irá obtê-las; e iv) em não constituir o fato ilícito administrativo, porque pode acontecer de o mesmo fato não constituir determinado ilícito administrativo, mas caracterizar outro.

21. Por outro lado, entendemos que a absolvição fundada i) na inexistência do fato ou ii) na comprovação de que o acusado não concorreu para o ilícito administrativo repercutirá obrigatoriamente nos demais processos conexos quando os fatos apurados forem exatamente os mesmos, devendo o segundo julgamento administrativo se ajustar ao que já foi decidido. Não se pode admitir que, em casos análogos, uma autoridade absolva e a outra condene, sendo necessário o mínimo de harmonia no cenário sancionador.

O ordenamento jurídico, portanto, possui a capacidade de solucionar os problemas oriundos da multiplicidade de processos administrativos sancionadores, porém somente de forma parcial, com auxílio da aplicação subsidiária e analógica, não sendo totalmente capaz de desatar tais nós.

Como existe uma lacuna no direito administrativo sancionador brasileiro relacionada à convergência sancionatória, muitos administradores públicos não possuem domínio sobre a temática supletiva pra resolver a questão, instaurando um cenário de instabilidade jurídica.

“Ao observar a jurisprudência brasileira, é possível encontrar uma série de situações nas quais as decisões tomadas por autoridades competentes em uma das esferas são ignoradas por outras, ainda que se trate do mesmo comportamento e dos mesmos atores”⁵⁵².

⁵⁵² MACHADO, Maíra R. Contra a departamentalização do saber jurídico: a contribuição dos estudos de caso para o campo direito e desenvolvimento. In. *Direito e desenvolvimento no Brasil do século XXI*. Org. Vladimir

O tema analisado coloca em debate questões nucleares ao direito administrativo, como segurança jurídica, proteção da confiança, boa-fé objetiva e moralidade pública. É preciso que haja clima de segurança e previsibilidade acerca das decisões administrativas. Não se pode sustentar surpresas, improvisões e incertezas. Do Estado exige-se coerência e unidade de critérios para que se garanta a imprescindível segurança jurídica aos cidadãos, notadamente quando se pretende apená-los⁵⁵³.

Sendo assim, quem labuta nesse campo tem dupla responsabilidade: a responsabilidade com o serviço público, cumprindo tecnicamente a tarefa processante; e a responsabilidade com o sancionado, uma vez que estará operando elementos que constituem a integridade alheia, nos quais, por vezes, um arranhão indevido se transforma em ferida que nunca cicatriza⁵⁵⁴.

Entendemos que esta lacuna necessita ser suprida por normas próprias do direito administrativo capazes de proporcionar uma diminuta uniformização da atuação administrativa, em defesa da segurança jurídica e da eficiência processual. Traria maior segurança jurídica se a lei federal de processo administrativo esclarecesse aspectos complexos do tema sancionatório, sobretudo acerca de processos sancionadores executados simultaneamente por diversos órgãos/entidades com base na mesma conduta infrativa e da absorção de tipos infrativos. Uma lei que estabelecesse normas básicas, ainda que aplicáveis apenas subsidiariamente a processos administrativos sancionadores regidos por leis próprias, solucionaria inúmeros problemas operacionais.

Enquanto isso, uma resposta paliativa, porém necessária, para promover a completude do ordenamento jurídico são as elucidações, apresentadas ao longo deste trabalho, através da interpretação de princípios, bem como do diálogo interdisciplinar entre os ramos do Direito e entre as diversas instâncias de aplicação do Direito Administrativo Sancionador.

Oliveira da Silveira, Samyra Napolini Sanches e Monica Benetti Couto. Brasília: Ipea: CONPEDI, 2013, p. 180.

⁵⁵³ GARCIA, Flávio Amaral. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A principiologia no direito administrativo sancionador. *Revista Brasileira de Direito Público: RBDP*, Belo Horizonte, v. 11, n. 43, p. 9-28, out./dez. 2013. Disponível em: <<http://juruena.adv.br/wordpress/wp-content/uploads/2017/12/ARTIGO-A-PRINCIPIOLOGIA-NO-DIREITO-ADMINISTRATIVO-SANCIONADOR-DFMN-E-FAG.pdf>>. Acesso em: 17.06.2021.

⁵⁵⁴ ALVES, Leo da Silva. *Interrogatório e Confissão no processo disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 07.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milano: Giuffrè, 1953, pp. 281-282, *apud* VITTA, Heraldo Garcia. *A Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

ALVIM, Arruda. Conexão e continência no processo administrativo. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org.). *O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917/2017) defensor do estado de direito*. São Paulo: Malheiros, 2017.

ANABITARDE, Alfredo Galego. *Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración*. Em Revista de administración pública, 34/14 *apud* MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.

ANDRADE, Leticia Queiroz. Regulação e Poder de Polícia: Distinções juridicamente relevantes. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício. *Intervenções do Estado*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado de direito. *Revista de Informação Legislativa*, n. 148. outubro-dezembro, p. 275-299, out./dez. 2000.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O ilícito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. Filosofía y ley penal. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1992. t. II.

ATALIBA, Geraldo. Imposto de Renda – Multa Punitiva. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 126, p. 547-557, out./dez. 1976.

BACACORZO, Gustavo. *Ley de procedimientos administrativos: normas generales*. San Isidro: Universidad Femenina del Sagrado Corazón, 1994.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo e procedimento administrativo. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Tratado de direito administrativo*. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonade, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. In: _____. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. *Filosofia do direito*. Belo horizonte: Bernardo Álvares, 1957.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARRETO, Fabiana Maria Farias Santos. Do processo sancionatório. In: ATTINÁ, Cláudia Magalhães Guerra (Org.). *Comentários à Lei de Processo Administrativo do Estado da Bahia (Lei nº. 12.209 de 20 de abril de 2011)*. Salvador: Procuradoria-Geral do Estado da Bahia, 2013. p. 280-337.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Introdução ao direito – filosofia, história e ciência do direito*, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In MARCATO, Antônio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

BENVENUTI, Feliciano. Fuzione amministrativa, procedimento, processo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milão, p. 122-128, 1952.

BERARDO, José Carlos. Brasil oficializou o bis in idem - e todo mundo está quieto. *Conjur*, Publicado em: 20.06.2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/zeca-berardo-brasil-oficializou-bis-in-idem-todo-mundo-quieto>>. Acesso em: 24.05.2021.

BERGBOHM, Karl. *Jurisprudência e filosofia do Direito*, 1982.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. 8. ed. São Paulo: Francisco Alves, 1949, v. I.

BITTAR, Eduardo C.B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 105; FREITAS, Juarez. Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 204, abr./jun. 1996.

BERMUDES, Sérgio. *A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.

_____. *Tratado de Direito Penal - parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1.

_____. *Tratado de Direito Penal*. 19. ed. São Paulo, Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. *Sociedade e estado na filosofia política moderna*. Trad. de Carlos Nelson Courtinho. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Trad. de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3. ed. Bauru: EDIPRO, 2005.

_____. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

_____. *Ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

_____. *Ordenamento jurídico*. Trad. de Maria Celeste Cordeiro leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Trad. de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UnB, 1990.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL, Ministério da Administração do Estado e as mudanças constitucionais. *In Cadernos Mare da Reforma do Estado*. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997, v. 6, p. 7. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/cadernosmare/caderno06.pdf>. Acesso em 03.07.2020.

BRASIL, CGU. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar*. Brasília, maio, 2019. Disponível em: https://www.justica.gov.br/coger/arquivos/manual_pad_mai-2019.pdf

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2, t. I.

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. *Princípios fundamentais do Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996.

CAFAGI, Dante Pires. *Primeiras linhas de direito administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CALCINI, Fábio Pallaretti. Princípio da moralidade administrativa. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

CAMPOS, Felipe Almeida; MARIA; Thaís Campos. Uma análise da aplicação subsidiária do Código De Processo Civil de 2015 ao processo administrativo brasileiro. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 3, n. 1, jul./dez. 2016..

CANE, Peter. *An Introduction to administrativa Law*. Oxford: Clarendon Press, 1986.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Coimbra: Editora Coimbra, 1994.

_____. *Constituição e défice procedimental*. In: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal. Parte Geral: arts. 1º a 120*. v.1, 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. *Curso de processo penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. de A. Rodrigues Queirós e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006.

CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da Administração Pública*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011..

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

_____. *Processo administrativo federal*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. t. II. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. IV.

CERVEIRA, Fernanda Pessôa. *Fundamentos do Poder Administrativo Sancionador: o exame da culpabilidade na infração administrativa*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a orientação do Prof. Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues. Porto Alegre, 2005. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/7507>. Acesso em 03.02.2021.

CICHOCKI, Patrícia Toledo de Campos. *Infração disciplinar e improbidade administrativa: limites e pontos de interação*. Saarbrücken: Novas edições Académicas, 2018.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

COSTA, Regina Helena Lobo da. Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador – *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese de Livre-Docência apresentada na Universidade de São Paulo (USP), em 2013.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1974, n. 135.

_____. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993.

COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei 9.784/1999). *Revista Eletrônica de Direito do Estado — Rede*, n. 2, 2005.

CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. São Paulo: Forense, 1969, v. VI.

_____. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

_____. *Do ilícito administrativo*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 1973, v. 68, n. 01, p. 141-145. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66693/69303>>. Último acesso em 16.03.2020.

_____. *Prática do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *Lições de Direito Administrativo*. 21 ed. São Paulo: José Bushatsky, 1972.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Por um novo Direito Administrativo: a travessia da legalidade para a juridicidade administrativa. *Revista da ESDM*, v. 01, p. 34-67, 2016.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coords.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CUNHA, Bruno Santos. *Aplicabilidade da lei federal nº. 9.784/99*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Prof. Thiago Marrara. São Paulo, 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Jurisdição e competência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CUTANDA, Blanca Lozano. La tensión entre eficacia y garantías em la represión administrativa: aplicación de los principios constitucionales del orden penal em el derecho administrativo sancionador com especial referencia al principio de legalidad. *Las fronteras del Código Penal de 1995 y el derecho administrativo sancionador*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General Del Poder Judicial, 1997.

DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Processo administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

_____. *Elementos de teoria geral do Estado*. 25. ed. São Paulo, 2005.

DANTAS, Gisane Tourinho. Função promocional do direito e sanção premial na perspectiva metodológica de Durkheim, p. 12-13. *Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual*, n. 149, nov. 2012. Disponível em <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2374/1743>. Último acesso em 27.05.2020.

DAVID, Ivana. As garantias constitucionais no Direito Administrativo Sancionador. In: BLAZECK, Luiz Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coords.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

DEL TESO, Ángeles de Palma. *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos, 1996.

DEMO, Luis Luchi. Direito penal e outros ramos do direito: interdependência, comunicação, encontros e desencontros: uma visita holística aos diversos planos do direito a partir do direito penal. *Revista de Doutrina da Escola da Magistratura 4ª Região*. Artigo publicado em 17 dez. 2004. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao004/roberto_demo.htm. Acesso em 28.05.2021.

DEZAN, Sandro Lucio. *Ilícito administrativo disciplinar: da atipicidade ao devido processo legal substantivo*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Litisconsórcio*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

DINIZ, Alécio Saraiva. [et. al]. *Temas atuais de direito administrativo*. Fortaleza: ABC, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 1: teoria geral do direito civil.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

- DONATI, Donato. *O problema das lacunas do ordenamento jurídico*, 1910.
- DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.
- DROMI, Jose Roberto. *El procedimiento Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1986.
- _____. *Derecho administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ENTERRÍA, Eduardo García. *Revolución Francesa y Administración Contemporânea*. 4. ed. Madrid: Civitas, 1994.
- ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. v. II. 8. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2002.
- _____. *Curso de Derecho Administrativo*. II. 10. ed. Madrid: Civitas, 2006.
- FAZZALARI, Elio. *Processo: Teoria Generale. Novissimo Digesto Italiano*. Torino, v. XIII, 1966.
- FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (org.). *O novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estado do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.
- FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz; FERREIRA, Alexandre Mendes Cruz. Preclusividade e procedimento administrativo disciplinar: os limites ao poder de revisão de ato que determinou o encerramento de investigação contra servidor público. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42 n. 167 jul./set. 2005.
- FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. A aplicação subsidiária e supletiva da Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) ao processo administrativo: extensão e

interpretação. *Fórum Administrativo* – FA, Belo Horizonte, ano 16, n. 184, p. 68-79, jun. 2016. Disponível em: <https://www.procuradoria.go.gov.br/files/ArtigosPRO/Marcilio/Artigo1.pdf>.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. *A garantia da ampla defesa no direito administrativo processual disciplinar*. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 19, jan./mar. 1972.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. *Processo administrativo: comentários à lei nº 9.784/1999*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. de Raquel Ramalhete. 34. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

FRANÇA, Limongi R. Aplicação dos princípios gerais de direito. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 7, p.205. São Paulo, Saraiva, 1977.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Processo administrativo sancionador na Lei federal n. 9.784/1999. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (Orgs). *Processo administrativo: temas polêmicos da Lei n. 9.784/99*. São Paulo: Atlas, 2011.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Introdução ao direito processual administrativo*. São Paulo: RT, 1971.

FREIRE, Homero. *Litisconsórcio necessário ativo*. Recife: Livraria Literatura Jurídica Internacional, 1954.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, v. 1: parte geral.

GAMA, Ricardo. *Curso de Introdução ao Direito*. Curitiba: Juruá, 2006.

GARCIA, Flávio Amaral. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A principiologia no direito administrativo sancionador. *Revista Brasileira de Direito Público: RBDP*, Belo Horizonte, v. 11, n. 43, p. 9-28, out./dez. 2013. Disponível em: <<http://juruena.adv.br/wordpress/wp-content/uploads/2017/12/ARTIGO-A-PRINCIPIOLOGIA-NO-DIREITO-ADMINISTRATIVO-SANCIONADOR-DFMN-E-FAG.pdf>>. Acesso em: 11.02.2021.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*. v. 2. 3. ed. Milão: Giuffrè Editore, 1993.

GOERLICH *apud* SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.

GOLDSCHMIDT, James. *Das Verwaltungsstrafrecht. Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1902.

GONÇALVES FILHO, João Gilberto. *O princípio constitucional da eficiência no processo civil*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Prof^o. José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo, 2010.

GORDILLO, Augustín. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo 2. 8. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2006, p. IX-2 e IX-3.

GRECO, Leonardo. Suspensão do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, n. 80.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*. Torino: G. Giappichelli, 2006b.

HÄBERLE *apud* SCHILLACI, Angelo. Derechos fundamentales y procedimiento, entre libertad y seguridad. *Revista de Drecho Constitucional Europeo ReDCE*, ano 7, nº. 13, p. 213-214, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE13pdf/08Schillaci.pdf>. Acesso em 05.06.2020.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HARGER, Marcelo. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HIPPLER, Vera Regina. *Aspectos das Relações Especiais de Sujeição no Direito Administrativo Brasileiro: Natureza Jurídica e Pressupostos Constitucionais*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Prof^a. Dinorá Adelaide Musetti Grotti. São Paulo, 2006.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Martins fontes, 2015.

HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: GZ, 2019.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Granada: Comares, 2003.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal – parte geral*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La ley y el delito*. Principios de derecho penal. 13. ed. Buenos Aires: Sudamericana, 1984.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, p. 63-92, 23 out. 2018.

¹ Senado Federal, Parecer nº. 22, de 29 de março de 2017, Relatora Senadora Simone Tebet. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5205948&disposition=inline>. Acesso em 24.05.2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986..

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. de Luís Carlos Borges. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1960.

_____. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1960.

_____. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: RT, 2014. v. 4: Funções administrativas do Estado.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEONCY, Léo Ferreira. *Princípio da simetria e argumento analógico: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação da Prof.^a. Fernanda Dias Menezes de Almeida. São Paulo, 2011.

LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Processal Penal*, v. II. Buenos Aires, Ed. Juridicas Europa-America, 1963.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Os princípios do Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. In: FORTINI, Cristiana (Org.). *Servidor Público: Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

LLORIENTE, Francisco Rubio. *La forma del poder – Estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O procedimento administrativo: entre a eficiência e a garantia dos particulares*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

LOBO FILHO, Fernando Rissoli. *A lei anticorrupção e o direito administrativo sancionador*. São Paulo: Editora IASP, 2017.

LUZ, Egberto Maia. *Direito administrativo disciplinar: teoria e prática*. São Paulo: Bushatsky, 1977.

LUZ, Yuri Corrêa da. O combate à corrupção entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 89, p. 429-470, mar./abr. 2011.

MACHADO, Fernando Moreno. *As sanções administrativas da lei de licitações e a desconsideração da personalidade jurídica*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Prof. Thiago Marrara. São Paulo, 2014.

MACHETE, Rui. *Código de procedimento administrativo e legislação complementar*. Lisboa: Editorial Notícias, 1992.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*. 8. ed. Torino: Giappichelli, 1991, v. I.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil, v. 2, Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARMELSTEIN, George. *O asno de Buridano, o non liquet e as katchangas*. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2009/01/07/o-asnode-buridano-o-non-liquet-e-as-katchangas/>>. Acesso em: 15.10.2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Aspectos jurídicos do exercício do poder de sanção por órgão regulador do setor de energia elétrica. *Revista de Direito Administrativo*, v. 221. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. O artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo sancionador. *Conjur*, 25.07.2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opinia-o-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador#_ftn10. Acesso em: 24.05.2021.

MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: proibidade, razoabilidade e cooperação. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 1, p. 104-120, 2016.

_____. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 259, p. 207-247, jan./abr. 2012.

_____. Defesa da concorrência x regulação setorial: o que mudou com a lei de 2011?. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 245-261, abr./jun. 2015.

_____. A legalidade na relação entre ministérios e agências reguladoras. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, n. 99, p. 723-746, jan./dez. 2004.

_____. O exercício do poder de polícia por particulares. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 269, p. 255-278, maio/ago, 2015.

_____. *Conjur*. O que precisa mudar na Lei de Processo Administrativo? 17.02.2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-fev-17/thiago-marrara-lei-processo-administrativo-mudar2>.

_____. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 1, n. 1, p. 23-51, 2014. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/73561/77253>.

MARTINEZ SILVA, Carlos. *Tratado de Pruebas Judiciales*. Buenos Aires: Atalaya, 1947.

MARTINS, Matheus. Grupo econômico e a lei 12.529/2011: Uma Análise Crítica da Utilização do Instituto no Direito Concorrencial. Brasília, 2018. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/22016/1/2018_MatheusMartinsDaSilva.pdf

MAYER, Otto. *Le droit administratif allemande*. V.Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, 1903.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Direito administrativo moderno*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, Fábio Osório. *Direito Administrativo Sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Conceito de sanção administrativa: novos paradigmas. Reflexões sobre o novo conceito de sanção administrativa adotado na doutrina e na jurisprudência brasileira. *Portal Jota - Administração Pública*. Artigo de 29.10.2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/direito-administrativo-sancionador/sancao-administrativa-novos-paradigmas-29102020>

MEDINA, José Miguel Garcia. *Litisconsórcio ativo necessário*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 1997, n. 88.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

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

_____. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador – as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. Coleção Temas de Direito Administrativo nº. 17. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. Criação de secretarias municipais, *RDP* 15/284. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1971.

MEIRA, José de Castro. *O ilícito civil e o ilícito penal*. Revista de informação legislativa, v. 18, n. 70 (abr./jun. 1981), p. 160. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181275/000390322.pdf?sequence=3>>. Último acesso em 27.05.2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Direito administrativo Brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MERKEL, Adolf. *Derecho penal*. Parte general. Trad. espanhola Pedro Dorado Montero. Buenos Aires: Julio César Faria, 2004.

_____. *Teoría General Del Derecho Administrativo*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935.

MINATEL, Gustavo Rodrigues. Garantismo Penal Aplicado no Procedimento de Apuração de Ato Infracional. In: *Revista da Defensoria Pública*. São Paulo: Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. n. 2. p. 19-35, 2013.

MIR, Jose Cerezo. Direito penal e direitos humanos: experiência espanhola e europeia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, p. 26-35, abr. 1994.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra editora, 1997, tomo I.

MODESTO, Paulo. Legalidade e autovinculação da administração pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa. In: _____ (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 115-173.

MONTEIRO, João. *Curso de Processo Civil*. 3. ed., São Paulo: Duprat, 1912, v. II.

MOREIRA, Egon Bockmann. O impacto do CPC/2015 nos processos administrativos: uma nova racionalidade. Coluna do *site* Direito do Estado de 10.03.2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/o-impacto-do-cpc-2015-nos-processos-administrativos-uma-nova-razionalidade>.

_____. O novo Código de Processo Civil e sua aplicação no processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 313-334, set./dez. 2016.

_____. Processo administrativo e princípio da eficiência. In SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ Guillermo Andrés (coords). *As Leis de Processo Administrativo. Lei Federal 9.784/1999 e Lei Paulista 10.177/1998*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. O princípio da legalidade, a lei e o direito. Em MARRARA, Thiago (coord.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. Competência concorrente limitada. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 25, n.100, out./dez. 1998.

MUNHOZ MELLO, Rafael. *Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2012.

_____. *Curso de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. 1: parte geral.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1994.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Processo administrativo ambiental: teoria, modalidades e aspectos controvertidos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

NIGRO, Mario. Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo). *Rivista di Diritto Processuale*. vol. XXXV, série II, 1980.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de Direito Penal. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 219, p. 127-151, jan./mar. 2000.

NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: lei no 9.784/99 comentada*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NOHARA, Irene Patrícia. *Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro: hermenêutica e novos parâmetros ao Direito Público*. Curitiba: Juruá, 2018.

_____. “Solublemas” da LINDB ao direito público. Artigo de 23.05.2019. Disponível em: <<https://direitoadm.com.br/solublemas-da-lindb-ao-direito-publico/>>. Acesso em 25.05.2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo: RT, 1985.

_____. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Infrações e sanções administrativas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLMEDO, Jorge Clariá. *Derecho procesal: conceptos fundamentales*. t. I. Buenos Aires: Depalma, 1989.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Direito Administrativo sancionador*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PAIVA, Eduardo de Azevedo. *Princípios Gerais de Direito e Princípios Constitucionais. Curso de Constitucional - Normatividade Jurídica*. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 11. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_51.pdf.

PALMA, Rodrigo Freitas. *História do Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PASCUIM, Luiz Eduardo. Dos prazos, sanções e outras disposições finais (arts. 66 a 70). In: FIGEUREIDO, Lúcia Valle (Coord.). *Comentários à lei federal de processo administrativo – lei nº. 9.784/1999*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*: Rio Grande do Sul, n. 9, out./dez. 2009.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à nova lei das licitações públicas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEREZ, Jesus Gonzales. *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*. 4. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1991.

_____. *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1983.

PLATÃO e ROEDER apud LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal: arts. 28 a 74*. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, 1942.

PRADO, Luiz Regis. *Elementos do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 1.

PUERTO, Miguel Montoro. *La infraccion administrativa. Características, Manifestaciones y Sancion*. Barcelona: Ediciones Nauta, 1965.

PUCETTI, Renata Fiori. *Infrações e sanções administrativas aplicáveis aos particulares em licitações e contratos*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Marcio Cammarosano. São Paulo, 2010.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RECH, Talyz William. Aplicação do direito administrativo sancionador no combate à corrupção. *Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, v. 13, n. 28, p. 158-188, jun./nov. 2018.

RINCON, Jose Suay. *Sanciones Administrativas*. Bolonia: Studio Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, 1989.

- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Los principios del Derecho del Trabajo*. Montevideu: FCU, 1975.
- ROMANO, Santi. *Observações sobre a completude do ordenamento estatal, 1925*.
- SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2002.
- SANDULLI, Aldo M. *Il procedimento Administrativo*. Milão: Giuffrè, 1959.
- SANTOS, Murillo Giordan. *Coisa julgada administrativa: Avanços e lacunas da Lei 9.784/1999*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Prof.º Thiago Marrara. São Paulo, 2017.
- SILVA, Clarisse Sampaio. *Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: O caso dos agentes públicos*. São Paulo: Fórum, 2009.
- SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de direito: lições de Direito do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002.
- _____. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.
- SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*. Parte geral. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. t. I.
- SKIDMORE, Thomas E. *Brasil de Castelo Branco a Tancredo, 1964-1985*. Tradução de Mário Salviano Silva. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. *O princípio constitucional da moralidade administrativa*. Curitiba: Genesis, 1993.
- SOLÉ, Juli Ponce. *Deber de buena Administración y Derecho al Procedimiento Administrativo Debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2001.
- STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Néelson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. 1ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. A importância do procedimento administrativo. *Revista de Direito Público*, n. 84, São Paulo, out./dez. 1987.

_____. Processo e procedimento administrativo no Brasil. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coord.). As leis de processo administrativo: lei federal 9.784/99 e lei paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. Reincidência no Direito Administrativo Sancionador. *Revista do Direito Público*, Londrina, v.12, n.1, p.175-203, mai.2017.

TÁCITO, Caio. O poder de polícia e seus limites. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 27, 1952.

TALAMINI, Eduardo. Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada). In DIDIER JR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004.

TELLA, Maria José Falcón y; TELLA, Fernando Falcón y. *Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?* Trad. Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Sanção premial. Migalhas. 20.03.2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/298207/sancao-premial>. Acesso em: 06.03.2020

VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. *Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

_____. A sanção no direito administrativo. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Coord.). *Coleção temas de direito administrativo*: v. 8. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Aspectos da imposição de penalidades administrativas*. Boletim de Direito Municipal. São Paulo, n. 10, v. 25, out./2009, p. 708-716. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/aspectos-da-imposi%C3%A7%C3%A3o-de-penalidades-administrativas>. Acesso em 11.05.2021.

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

XAVIER, Alberto. *Do procedimento administrativo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

ZANOBINI, Guido. *Le sanzioni amministrative*. Torino, Fratelli Bocca, 1924.

ZITELMANN, E. Luken im Recht (*As lacunas no Direito*). Leipzig: Duncker & Humblot 1903.