

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PUC-SP

Diana Carolina Biseo Henriques

**Autonomia e vinculação dos órgãos e entidades da Administração Pública no exercício
de atividade sancionatória e a aplicabilidade do princípio do *non bis in idem***

Mestrado em Direito

São Paulo

2019

Diana Carolina Biseo Henriques

Autonomia e vinculação dos órgãos e entidades da Administração Pública no exercício de atividade sancionatória e a aplicabilidade do princípio do *non bis in idem*

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito: efetividade do Direito, área de concentração Direito Administrativo, sob a orientação do Professor Doutor Silvio Luís Ferreira da Rocha

São Paulo

2019

518 Henriques, Diana Carolina Biseo
 Autonomia e vinculação dos órgãos e entidades da
Administração Pública no exercício de atividade
sancionatória e a aplicabilidade do princípio do non
bis in idem / Diana Carolina Biseo Henriques. -- São
Paulo: [s.n.], 2019.
 153p ; cm.

 Orientador: Silvio Luis Ferreira da Rocha.
Dissertação (Mestrado em Direito) -- Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, Programa de
Estudos Pós-Graduados em Direito, 2019.

 1. Organização administrativa brasileira. 2. Órgãos
Públicos. 3. Autonomia. 4. Princípio do non bis in
idem. I. Rocha, Silvio Luis Ferreira da. II.
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. III.
Título.

Diana Carolina Biseo Henriques

Autonomia e vinculação dos órgãos e entidades da Administração Pública no exercício de atividade sancionatória e a aplicabilidade do princípio do *non bis in idem*

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito: efetividade do Direito, área de concentração Direito Administrativo.

Aprovado em: __/__/__

Banca examinadora:

AGRADECIMENTOS

Naturalmente, em primeiro lugar, devo agradecer àqueles que, desde a graduação, me incentivaram no âmbito acadêmico: Camila Janela Valim, Gustavo Marinho de Carvalho e Rafael Valim. Além de todo o apoio, agradeço a acolhida no ambiente profissional, o que me permitiu e permite o desfrute diário de subsídios intelectuais intensos na área do Direito Público. Aos professores Gustavo Marinho de Carvalho e Rafael Valim, agradeço também a leitura atenta deste trabalho e o acesso a pareceres não publicados.

Ao meu companheiro de vida, Guilherme Aguiar Pupo Zanini, pelo carinho, paciência e incondicional apoio em todos os momentos.

Aos meus pais, Marina Emanuela Carolina Biseo Henriques e José Albano Domingues Henriques, e à minha irmã, Luisa Emanuela Biseo Henriques, agradeço todo o amor, dedicação e incentivo. Devo agradecer também por me darem a estrutura necessária para concluir mais esta etapa.

Aos meus avós, Anna Maria Campanini, Dídía Antunes Domingues Henriques, José Simões Henriques e Mário Biseo, agradeço todos os ensinamentos, que foram fundamentais para a minha formação.

Agradeço aos primos José Alfredo Henriques Correia e Paula Moreira de Jesus Henriques Correia, pelo inestimável auxílio na obtenção de material bibliográfico em universidades de Lisboa, Portugal.

Aos queridos amigos Amanda Pauli De Rolt, Eliane Barros, Ernesto Teixeira, Gabriel Castella, Gabriel Chagas, Giovani Menicucci, Jessica Suruagy Borges, Josie Menezes, Larissa Casares e Rubens Ferreira Junior, pela alegria que acrescentam em minha vida e por tornarem mais leve esta empreitada.

Aos professores José Roberto Pimenta e Ricardo Marcondes Martins, cujas observações, durante o exame de qualificação, muito contribuíram com os rumos do presente trabalho.

Por fim, ao professor Silvio Luís Ferreira da Rocha, destacado jurista, exemplo de seriedade e humildade, a quem devo minha inclinação pelo Direito Administrativo. Agradeço a orientação e a confiança que foi em mim depositada.

RESUMO

O presente estudo objetiva analisar os limites do exercício da atividade sancionatória da Administração Pública, considerando a configuração contemporânea da organização administrativa, dado o seu caráter policêntrico, o que acabou por revisitar velhos dogmas do Direito Administrativo, como a concepção hierarquizada de suas relações internas. Muitas vezes, em um cenário em que os órgãos e entidades administrativas são dotados de certa autonomia, há o compartilhamento de competências para a aplicação de sanções administrativas sobre determinada matéria, o que pode acarretar uma sobrecarga punitiva ao administrado. Essa sobrecarga punitiva não se mostra consentânea com o ordenamento jurídico brasileiro atual, principalmente quando se considera o caráter garantista do Direito Administrativo sancionador que, mesmo orientado a repreender o agente infrator cuja conduta praticada possui um desvalor atribuído pelo ordenamento jurídico, por outro lado tem por finalidade salvaguardar as garantias materiais e processuais do acusado, dentre elas as implicações que derivam do princípio do *non bis in idem*. A interpretação das normas do Direito Administrativo sancionador deve, então, considerar o referido princípio em ambas vertentes, material e processual, impondo-se uma reformulação das relações interorgânicas na estrutura da Administração Pública.

Palavras-chave: Organização administrativa brasileira. Órgãos Públicos. Entidades. Autonomia. Princípio do *non bis in idem*.

ABSTRACT

The present study aims to analyse the limits of the sanctioning activity of the Public Administration, considering the contemporary settling of the administrative organization, and its polycentric character, what implies revisiting old dogmas of Administrative Law, like the concept of its hierarchical internal relations. In a scenario where administrative bodies and entities are entitled to some autonomy, they can share the competence to apply sanctions related to a given subject, which could generate a punitive overflow towards the individual. This punitive overload is not aligned with the current Brazilian legal system, especially with the protective aspect of the sanctioning Administrative Law that, even oriented to reprehend the offending agent whose behaviour is not supported by the legal system, in the other hand is intended to safeguard the material and procedural guarantees of the accused, including the implications deriving from the *non bis in idem* principle. The interpretation of the sanctioning Administrative Law must consider this principle in both material and procedural perspectives, claiming the reformulation of inter-organic relations into the Public Administration structure.

Key Words: Brazilian administrative organization. Public bodies. Entities. Autonomy. Principle of *non bis in idem*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO 1 – A ATIVIDADE SANCIONATÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	13
CAPÍTULO 2 – A INFRAÇÃO E A SANÇÃO ADMINISTRATIVA	17
2.1 Categorias Contíguas	21
2.1.1 Providências cautelares.....	22
2.1.2 Ressarcimento ao erário.....	24
CAPÍTULO 3 – SUJEITO ATIVO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA	27
3.1 A organização administrativa brasileira e sua compostura na atualidade	30
3.1.1 Técnicas Organizacionais.....	32
3.1.2 Órgãos públicos.....	38
3.1.2.1 <i>Classificação</i>	40
3.1.2.1.1 <i>Quanto à posição estrutural</i>	41
3.1.2.1.1.1 <i>Os órgãos autônomos</i>	43
3.1.2.2 <i>Relações interorgânicas</i>	46
3.1.3 A Administração direta e indireta da União.....	49
CAPÍTULO 4 – O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE SANCIONATÓRIA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A SOBRECARGA PUNITIVA	60
CAPÍTULO 5 – O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO <i>BIS IN IDEM</i>	65
5.1 Conceito	65
5.2 Natureza jurídica e fundamento	68
5.2.1 Legalidade.....	71
5.2.2 Proporcionalidade.....	74
5.2.3 Segurança jurídica.....	77
5.2.4 Consagração em Tratados Internacionais de Direitos Humanos.....	79
5.3 Vertente material: a tríplice identidade	82
5.3.1 Identidade de sujeito.....	82
5.3.2 Identidade fática.....	86
5.3.3 Identidade do fundamento jurídico.....	94
5.4 O <i>non bis in idem</i> e a relação de sujeição especial	97
5.4.1 A relação de sujeição especial dos particulares frente à Administração Pública.....	97
5.4.1.1 <i>As infrações e sanções administrativas no âmbito das relações de sujeição especial</i>	102
5.4.2 Aplicação do princípio do <i>non bis in idem</i> às relações de sujeição especial.....	103

5.5 Vertente processual	107
5.5.1 Fundamento.....	109
5.5.2 Tramitação sucessiva de processos administrativos.....	112
5.5.3 Tramitação simultânea de processos administrativos.....	119
CAPÍTULO 6 – A CONFORMAÇÃO DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE SANCIONATÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AO PRINCÍPIO DO <i>NON BIS IN IDEM</i>	122
6.1 A indispensável leitura constitucional do tema	122
6.2 A incidência do princípio do <i>non bis in idem</i> independente se autoridades administrativas diversas	124
6.3 Os limites à autonomia dos órgãos e entidades administrativas: a unidade da Administração Pública	126
6.4 A coordenação como princípio da organização administrativa brasileira	128
6.5 Atuação isolada (simultânea ou sucessiva) dos órgãos e entidades autônomos	133
6.5.1 Critério da abrangência da atuação.....	135
6.5.2 Critério da procedência do exercício da competência.....	137
CONCLUSÃO	139
REFERÊNCIAS	141

INTRODUÇÃO

O agigantamento do Estado, em especial da Administração Pública, é evidente e, ao que parece, esse amplo espectro de atuação administrativa só tende a aumentar. Abrange as mais complexas e diversas relações travadas com os administrados tendo em vista não só a execução de atividades como também o papel regulador da Administração. Aliás, a regulação tem conquistado cada vez mais espaço dentre as atividades desempenhadas pela Administração.

Buscando atender aos novos desafios a si atribuídos, a Administração Pública se reinventa. Molda a organização administrativa para que sua atuação sirva aos interesses públicos almejados. O rearranjo das atividades que lhe compete é acompanhado pela reformulação de sua estrutura interna.

Para o exercício de suas atividades, a Administração Pública pode se valer de técnicas organizatórias diversas, quais sejam: centralização, concentração, descentralização e desconcentração. Contudo, quando se considera a realidade jurídico-institucional da Administração Pública, verifica-se que a estrutura administrativa está permeada majoritariamente pelo fenômeno da desaglutinação de competências (desconcentração e descentralização administrativa). Toma-se como exemplo o expressivo número de agências reguladoras na contemporaneidade.

Não obstante essa nova configuração da organização administrativa, a doutrina pátria pouco se debruça sobre os órgãos e entidades da Administração Pública oriundos das técnicas de desconcentração e descentralização administrativa, aos quais pode ser atribuída certa autonomia, em diferentes graus e setores de atuação.

Soma-se a essa reconfiguração estrutural administrativa o fato de que, não raras vezes, há atribuição de competências a mais de um órgão ou entidade da Administração Pública que, em algumas situações, concernem à mesma matéria. A partilha de competências entre órgãos ou entidades autônomas demanda especial cautela quando se trata de atividade sancionatória da Administração Pública, considerando que a atuação deve se dar de maneira coordenada e sem violar as garantias dos administrados predispostas no ordenamento jurídico.

Verifica-se, então, uma primeira delimitação do tema, adstrita à análise da atividade sancionatória que compete à autoridade administrativa, no exercício de função, e

dirigida aos particulares. É objeto de exame a atividade sancionatória exercida pelos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta nas três esferas da Federação, que tenha por finalidade reprimir condutas dos administrados contrárias à ordem jurídica. Restou excluída, portanto, a análise da atividade sancionatória exercida pelos Tribunais de Contas, Controladorias Gerais e demais instituições que não integram a estrutura da Administração Pública.

Em um Estado Democrático de Direito, a atividade sancionatória da Administração Pública não pode ser concebida sem se analisar as garantias dos administrados. Equacionar o Direito Administrativo sancionador como um sistema de garantias é tarefa que suscita importantes reflexões acerca dos limites da atividade administrativa sancionatória.

Considerando a configuração garantista do Direito Administrativo sancionador no Brasil, ainda que tardia, tendo em vista a tradição autoritária do país, a constatação que primeiro se impõe diz respeito à necessidade de subordinação da atuação da Administração Pública à lei. A subordinação da Administração ao princípio da legalidade entende-se como uma atuação com base na lei e, principalmente, na Constituição Federal.

Exigir a efetividade da Constituição não é tarefa apenas do legislador, mas também da Administração Pública, vinculada aos valores expressos no texto constitucional. O Direito Administrativo sancionador não pode ignorar os princípios e regras constitucionais. Neste contexto, a atividade sancionatória perpassa inevitavelmente o campo constitucional e, portanto, todas as garantias previstas na Constituição Federal.

Mesmo que inequivocamente uma conduta infratora enseje reprimenda, não se pode atropelar as garantias materiais e processuais previstas na Constituição Federal e na lei. O combate aos atos ilícitos, seja no Direito Penal ou no Direito Administrativo, deve ser realizado nos estritos limites do ordenamento jurídico brasileiro. Caso contrário, o exercício do *ius puniendi* estatal, reduzido a poder arbitrário, perfilha características próprias de regimes ditatoriais.

Ao infrator assiste o direito de não ser processado ou apenado mais de uma vez pelo mesmo fato e fundamento jurídico. A atividade sancionatória da Administração Pública, exercida por qualquer órgão ou entidade fiscalizadora, subsume-se à garantia do administrado de proibição de *bis in idem*.

O princípio do *non bis in idem*, em suas vertentes material e processual, veda tanto a tramitação de processos administrativos que tenham o mesmo objeto, quanto a

acumulação de sanções administrativas em razão da reiteração punitiva por parte da Administração Pública.

Aqui um segundo corte há de ser feito. Para a precisa identificação da “dupla sanção” vedada pelo princípio do *non bis in idem* no Direito Administrativo, convém esclarecer que se analisará tão somente a possibilidade de acumulação de sanções administrativas, sem que se adentre no campo das sanções penal e civil.

O presente estudo, pautado no limite imposto à atividade sancionatória da Administração Pública, que veda a reiteração punitiva, pretende considerar as implicações do princípio do *non bis in idem* em face da organização administrativa brasileira na contemporaneidade.

No primeiro capítulo, procura-se demonstrar a utilidade do agrupamento das atividades administrativas na categoria de atividades administrativas sancionatórias, considerando suas afinidades jurídicas, estabelecendo-se o conceito dessa categoria detentora de regime jurídico específico.

No segundo capítulo, identificam-se os conceitos de infração e sanção administrativas. Considerando a inexistência de diferença ontológica entre os ilícitos civil, penal e administrativo, procura-se apontar o critério mais adequado para identificar uma infração administrativa. Ainda neste capítulo, busca-se apartar a sanção administrativa de categorias jurídicas que se aproximam mas não se confundem com a mesma, como as providências cautelares e o ressarcimento ao erário.

No capítulo seguinte, é feita uma breve análise do sujeito ativo das sanções administrativas: a Administração Pública. A compreensão da Administração Pública é melhor realizada a partir do estudo da organização administrativa, dos entes, órgãos e agentes que compõem sua estrutura. Neste capítulo, o tema da organização administrativa é abordado considerando a atual configuração da estrutura da Administração Pública, em que se verifica uma proliferação dos centros decisórios de poder, mitigando ou mesmo excluindo o vínculo hierárquico entre as unidades que compõem o seu aparato, característica que marcava a concepção tradicional da organização administrativa.

O quarto capítulo trata do problema central do presente estudo: a atribuição de competências partilhadas entre órgãos ou entidades da Administração Pública dotados de certo grau de autonomia, o que radica na sobreposição de centros decisórios de poder. Expõe a necessidade de se conceber o Direito Administrativo sancionador como um sistema de

garantias em um Estado Democrático de Direito e introduz o tema que será tratado no próximo capítulo: a garantia do administrado de não ser processado ou apenado mais de uma vez.

No capítulo cinco, tendo em vista o ordenamento jurídico brasileiro, o estudo pretende estabelecer o conceito, fundamento e natureza jurídica do princípio do *non bis in idem*, além de suas implicações materiais e processuais, a partir de elementos referenciais retirados dos sistemas espanhol, mexicano e peruano. Recorre-se aos elementos da doutrina estrangeira sem qualquer pretensão de esgotamento, mas apenas tomados como parâmetro para a compreensão da matéria no Direito brasileiro.

O último capítulo sugere algumas medidas para uma atuação da Administração Pública mais eficiente e coerente e, principalmente, uma atuação que não resulte em violações ao princípio da proibição de *bis in idem*.

CAPÍTULO 1 - A ATIVIDADE SANCIONATÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A compostura do Estado moderno baseia-se no exercício de múltiplas funções, tradicionalmente divididas entre legislativa, administrativa e jurisdicional. Dentre as funções estatais, a função administrativa é a que assume maior heterogeneidade, na medida em que abarca inúmeras atividades que apenas tendem a se ampliar¹.

O aumento das atividades administrativas decorre de dois fatores fundamentais. Em primeiro lugar, à crescente intervenção direta no domínio social, marcada pelo advento do Estado Social. O Estado assumiu a função de promover as mais variadas iniciativas tanto no campo social quanto no campo econômico, exigindo dos administrados o ajustamento de suas condutas a finalidades coletivas².

Neste contexto, a Administração Pública ganhou relevo excepcional em razão de sua melhor aptidão para enfrentar questões que demandam respostas rápidas e atentas a aspectos particularizados ante a diversidade dos problemas concretos³. Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello, o que se vê é o "fenômeno do agigantamento do Estado e, mais do que isto, do agigantamento da Administração"⁴.

O crescimento contínuo das atividades estatais, em particular das atividades da Administração Pública, também ocorre em razão da alteração e aumento dos bens jurídicos cuja tutela cabe ao Estado. A simples análise da evolução da atividade de polícia demonstra o incremento de interesses protegidos pelo ordenamento jurídico, como as questões de direito do consumidor, livre concorrência, patrimônio histórico, entre outras⁵.

Não obstante a heterogeneidade e o caráter contingente e variável das atividades a cargo da Administração Pública com o advento do Estado Social de Direito, Rafael Valim⁶, com alicerce na doutrina de Daniel Hugo Martins e Giuseppe Cataldi, anota a necessidade do

¹ ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. 3. ed. t. 1. trad. Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970, p. 240.

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 510.

³ *Ibidem*, p. 512.

⁴ *Ibidem*, p. 512.

⁵ MOTTA, Fabrício; ANYFANTIS, Spiridon Nicofotis. Comentários ao art. 5º. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; MARRARA, Thiago (Coords.). **Lei Anticorrupção comentada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 82.

⁶ VALIM, Rafael. **A subvenção no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 40.

estudo das atividades administrativas e a utilidade de sua tipificação para singularizar regimes jurídicos.

Inúmeras são as tipologias das atividades administrativas na doutrina brasileira, que utiliza desde concepções tricotômicas – fomento, polícia administrativa e serviço público – até enumerações altamente pormenorizadas. A individualização de determinada atividade alicerça traços jurídico-positivos que permitem identificar sua estrutura⁷.

Para Rafael Valim, é possível reconhecer a atividade sancionatória como uma das atividades da Administração Pública, considerando o regime jurídico específico que rege as relações dela decorrentes. A atividade sancionatória traduz “a ação da Administração Pública preordenada à apuração de infrações administrativas e ao estabelecimento das correspondentes sanções administrativas, nos termos da lei”⁸.

Celso Antônio Bandeira de Mello recomenda o agrupamento das atividades administrativas em categorias com afinidades jurídicas e admite a atividade sancionatória da Administração Pública, conceitualizando-a como a “imposição das sanções previstas para as infrações administrativas”, pela qual a Administração Pública “cumpre uma função intimidativa e exemplar para que sejam desestimuladas as condutas que atentam contra a boa ordem administrativa”⁹, sejam elas fruto de violação de deveres no âmbito de uma relação de sujeição geral ou especial.

José Roberto Pimenta de Oliveira, de igual modo, entende a atividade sancionatória da Administração Pública como “ação da Administração finalisticamente orientada para a apuração de infrações administrativas e correlata obrigatória reação e fixação das sanções administrativas correspondentes, na forma da lei ou de regulamento, quando admitido”¹⁰.

A atividade sancionatória da Administração Pública possui um regime jurídico especial, comportando como traços fundamentais a obrigatoriedade de apuração da infração e, se for o caso, aplicação de sanção administrativa; e a restrição da esfera jurídica dos administrados.

⁷ VALIM, Rafael. **A subvenção no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 45.

⁸ Ibidem, p. 46.

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 696.

¹⁰ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 472.

A atividade sancionatória da Administração Pública traduz exercício da função administrativa e, por esta razão, não pode ser entendida como mera liberalidade da Administração Pública. O Direito Administrativo brasileiro tem como um de seus pilares fundamentais o princípio da indisponibilidade do interesse público, que não se acha entregue ao líbido do administrador¹¹. A autoridade administrativa, no exercício de função, tem o dever-poder de apurar a prática de determinada infração e, se for o caso, aplicar sanções administrativas. Verificada a prática de ato ilícito, impõe-se a instauração de processo administrativo para a apuração da infração e a aplicação de sanção.

Observe-se, contudo, as ressalvas operantes nas hipóteses de aplicabilidade do princípio da insignificância. Sérgio Ferraz e Adílson Dallari¹² as denominam de “ações de bagatela”, situações de lesividade ínfima ou desprezível a determinado bem tutelado pelo ordenamento jurídico. Isso não significa que a infração administrativa não será objeto de intervenção sancionatória da Administração Pública, mas que, em tais casos devem ser aplicadas medidas alternativas, diante do grau mínimo de lesividade causado a um bem jurídico protegido.

Deve-se registrar também o crescente processo de contratualização da Administração Pública, inclusive no que se refere à atividade sancionatória, através da utilização de instrumentos consensuais, como o termo de ajustamento de conduta e os acordos de leniência. Essa considerável abertura de espaços para a consensualidade apenas atenua a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões pela Administração Pública. Não há uma suposta mitigação do princípio da indisponibilidade do interesse público¹³.

Do caráter restritivo de direitos da atividade sancionatória deriva todo um regime jurídico especial. Os processos restritivos de direito “são aqueles que diminuem a esfera jurídica do destinatário, causando-lhe gravame, seja porque impõem um novo dever ou restrição, seja porque estendem dever já existente, ou ainda, suprimem direitos existentes”¹⁴. Para ser enquadrado nesta categoria, “o processo não tem de efetivamente, no mundo fenomênico, diminuir a esfera jurídica do administrado, basta que tenha a possibilidade de

¹¹ VALIM, Rafael. **A subvenção no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 51.

¹² FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adílson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed., rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 253.

¹³ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 211.

¹⁴ PETIAN, Angélica. **Regime jurídico dos processos administrativos ampliativos e restritivos de direito**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 213.

fazê-lo, isto é, que seu ato final, uma vez expedido, seja apto a restringir o rol de direitos dos quais o interessado é titular”¹⁵.

Os processos restritivos podem ainda ser classificados como meramente restritivos e sancionadores. Os processos sancionadores “objetivam impor uma consequência negativa atribuída pelo ordenamento jurídico ao sujeito que não cumpre o comportamento por ele previamente determinado”¹⁶.

Nos processos sancionadores a Administração Pública apura a prática de infração e, quando necessário, impõe sanções administrativas pertinentes por descumprimento de norma jurídica. Daí por que, para a compreensão da atividade sancionatória, exige-se, em sua delimitação, a análise do conceito de sanção administrativa e do sujeito competente para aplicá-la.

¹⁵ Ibidem, p. 107-108.

¹⁶ PETIAN, Angélica. **Regime jurídico dos processos administrativos ampliativos e restritivos de direito**. São Paulo:Malheiros, 2011, p. 109.

CAPÍTULO 2 - A INFRAÇÃO E A SANÇÃO ADMINISTRATIVA

O ordenamento jurídico prevê sanções àqueles que descumpram deveres e obrigações, que são aplicáveis por quem detenha competência atribuída por lei para tanto. Neste sentido, fala-se em sanção jurídica quando é externa, isto é, quando não é apenas dirigida ao interior do indivíduo (sanção moral), mas exterioriza-se e é institucionalizada¹⁷.

Em outras palavras, a sanção jurídica é externa “porque é aplicada pelo grupo social, ao contrário da sanção moral, que se limita à própria consciência do infrator da norma moral. E institucionalizada em virtude de ser disciplinada por normas previamente estipuladas, diferentemente das sanções sociais”¹⁸.

A institucionalização da sanção se expressa na coexistência de quatro requisitos: (i) previsão em lei, em razão da violação de determinada regra de comportamento; (ii) a medida da sanção; (iii) o procedimento adequado; e (iv) a autoridade competente para aplicá-la¹⁹. Rafael Munhoz de Mello anota que “ao institucionalizar as sanções, o Direito disciplina o uso da força que pode ser utilizada para impô-las, determinando quem pode usá-la, quando e como pode ser exercida e, finalmente, quanto de força pode ser utilizado pelo sujeito competente para aplicar a sanção”²⁰.

Para que uma determinada conduta humana seja considerada reprovável pelo legislador a ponto de ensejar sanção devidamente institucionalizada, deve ser juridicamente proibida, isto é, deve configurar um ilícito. Sem ilícito, não cabe sanção. A sanção é o peculiar e imediato reflexo de um ilícito, ou seja, a consequência jurídica desfavorável atribuída à inobservância de um comportamento previsto pela norma jurídica, sendo que tanto a sanção jurídica como o ilícito são conceitos lógico-jurídicos²¹, isto é, não decorrem de um ordenamento jurídico específico e independem do lugar e do tempo. Vale dizer, a sanção é a consequência do ilícito e o ilícito é o pressuposto da sanção, sendo assim no campo do Direito Civil, do Direito Penal e do Direito Administrativo²².

¹⁷ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.14-15.

¹⁸ 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. 39.

¹⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Op. cit., p.15.

²⁰ MELLO, Rafael Munhoz de. Op. cit., p. 39.

²¹ Ibidem, p. 42-43.

²² Ibidem, p. 62.

Inexistindo diferença ontológica entre crime e infração e entre pena e sanção, é preciso averiguar se há um critério que permita identificar *a priori* aquelas condutas que devam ser consideradas pelo legislador como infrações administrativas e, por conseguinte, passíveis de aplicação das respectivas sanções administrativas²³.

De acordo com Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández²⁴, deve-se utilizar o critério formal para a identificação da sanção – se administrativa ou penal –, consubstanciado na autoridade que a impõe.

Neste mesmo sentido, Heraldo Garcia Vitta²⁵ e Celso Antônio Bandeira de Mello²⁶ perfilham o entendimento de que se deve adotar o critério formal, por meio do qual se reconhece a natureza administrativa de uma infração conforme a natureza da sanção, identificável, por sua vez, considerando-se a autoridade competente para impô-la.

As sanções administrativas são impostas por autoridade no exercício de função administrativa. Assim, configura-se a sanção administrativa quando a apuração da infração se der mediante a instauração de processo por uma autoridade no âmbito administrativo, ainda que não necessariamente a sanção seja aplicada nessa esfera²⁷.

Conceber a sanção administrativa como tal implica que “toda e qualquer sanção terá natureza administrativa desde que aplicada no exercício dessa mesma função”²⁸. Convém ressaltar, neste ponto, que é equivocado afirmar que só o Poder Executivo exerce função administrativa. Os órgãos e entidades que integram os Poderes Legislativo e Judiciário também podem exercer função administrativa, ainda que não o façam de forma típica.

De acordo com a doutrina de Daniel Ferreira, entende-se por sanção administrativa 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”²⁹.

²³ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 46.

²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 12. ed. Bogotá: Temis, 2008, p. 149.

²⁵ VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 34.

²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 876.

²⁷ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a aplicação da sanção é a sua concreta efetivação e, portanto, em muitos casos, quando a sanção não é espontaneamente atendida pelo administrado, a Administração Pública deve recorrer à via judicial para efetivá-la. Ainda assim, tratar-se-á de sanção administrativa. (Ibidem, p. 877).

²⁸ FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 32.

²⁹ Ibidem, p. 34.

Para que haja a aplicação de sanção, identificando-se a infração como administrativa, impõe-se que o comportamento proibido seja tipificado em lei, ou seja, que a lei prescreva o conjunto de elementos da conduta punível³⁰. O tipo é a descrição do comportamento material, geral e abstrato. É a previsão normativa de uma infração (o antecedente) que se associa à resposta jurídica, à sanção (o consequente)³¹.

O comportamento material descrito na norma deve configurar uma antijuridicidade, um comportamento não conforme à lei e ao direito, e se revestir do caráter da voluntariedade, isto é, uma conduta praticada de maneira consciente, com a prévia opção de praticá-la ou não.³²

Discute-se se bastaria a vontade do infrator ou se se exigiria, para a configuração do ilícito administrativo, o elemento subjetivo³³. Com efeito, “exigir a voluntariedade é evidentemente diferente de se reclamar, apenas, o nexos de causalidade entre a ação (omissiva ou comissiva) e o resultado (de dano ou de perigo) para o fim de se reconhecer como realizada a conduta típica”³⁴. A responsabilidade sem culpa não equivale à responsabilidade objetiva. Neste sentido, a voluntariedade configura um “elemento mínimo não-objetivo tipificante”³⁵, um especial querer, o que legitima a aceitação de infrações de mera conduta.

Entretanto, ainda que a exigência de voluntariedade não se identifique com a responsabilidade objetiva, o ato voluntário também prescinde da verificação do elemento subjetivo. Sobre a questão, Regis Fernandes de Oliveira³⁶ anota que, hodiernamente, não se pode conceber a inexigibilidade do elemento subjetivo como a regra, mas como exceção, criada em benefício do particular, da sociedade e do povo.

A doutrina de Rafael Munhoz de Mello³⁷ registra a insuficiência da voluntariedade para a configuração do ilícito administrativo, considerando que a aplicação de sanção administrativa a um sujeito que não agiu com dolo ou culpa ofenderia o princípio da proporcionalidade, além de não ser atingida a finalidade da norma sancionadora.

³⁰ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 20.

³¹ FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 66.

³² *Ibidem*, p. 67.

³³ De acordo com a doutrina de Heraldo Garcia Vitta, é imprescindível o elemento subjetivo para a caracterização da infração administrativa, ainda que no silêncio da lei. (VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 41-44).

³⁴ FERREIRA, Daniel. *Op. cit.*, p. 274.

³⁵ *Ibidem*, p. 274.

³⁶ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Op. cit.*, p. 20.

³⁷ 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. 193.

Silvio Luís Ferreira da Rocha³⁸ assevera que, a partir dos anos 80 do século passado, ocorreram mudanças no regime do Direito Administrativo sancionador, com a introdução do elemento subjetivo, em decorrência da aplicação de princípios de Direito Penal, ainda que com reformulações. Em vista de tais transformações, o autor estabelece critérios a serem seguidos no silêncio da lei:

(a) o dolo e a culpa grave somente são exigidos quando assim requer a norma; (b) a culpa na modalidade negligência e imprudência constitui a regra; (c) a simples inobservância opera nos casos em que a norma prevê condutas de prevenção de perigo abstrato e quando exige uma autorização administrativa para o exercício de atividade perigosa.

Em suma, deve-se analisar a norma jurídica aplicável para a identificação das situações em que é exigível o elemento subjetivo para a configuração da infração ou quando basta a simples inobservância da norma jurídica, sendo que a culpa na modalidade negligência e imprudência constitui a regra.

O conceito de infração aqui adotado, então, não é o conceito puramente formal, isto é, enquanto conduta contrária aos diversos diplomas legais que estabelecem sanções administrativas, mas como ato típico, antijurídico e reprovável, ou seja, como ato contrário ao Direito que lesiona ou coloca em perigo um bem jurídico protegido pelo ordenamento³⁹. Nesse viés, Daniel Ferreira conceitua infração administrativa como “a conduta típica, antijurídica e administrativamente reprovável”⁴⁰.

Para Silvio Luís Ferreira da Rocha, a “infração administrativa é a violação por parte de uma pessoa, natural ou jurídica, de uma conduta, positiva ou negativa, socialmente útil, no âmbito de atuação da atividade administrativa. Trata-se, em última análise, da violação de um dever-ser administrativo”⁴¹.

Estabelecidos os conceitos de infração e sanção administrativa e a forma pela qual se identificam a sua natureza administrativa, vale dizer que, não obstante existir uma igualdade ontológica entre os ilícitos penal, civil e administrativo, o legislador pode atribuir, a

³⁸ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 611-612.

³⁹ CANO CAMPOS, Tomás. *Non bis in idem*, prevalencia de la via penal y teoria de los concursos en el derecho administrativo sancionador. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 156, pp. 191-250, septiembre-diciembre, 2001, p. 196, nota de rodapé n. 6.

⁴⁰ FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 231.

⁴¹ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Op. cit., p. 609-610.

cada um deles, um regime jurídico próprio⁴². Da competência atribuída em lei à autoridade no exercício de função administrativa para a aplicação de sanção, vislumbra-se o ilícito administrativo, derivando daí todo o regime jurídico peculiar desse ramo do Direito: o regime jurídico de Direito Administrativo.⁴³

O tratamento próprio atribuído às sanções administrativas no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro identifica-se pela incidência de diversos princípios. Celso Antônio Bandeira de Mello aponta como princípios que regem as sanções administrativas os princípios da legalidade, anterioridade, tipicidade, exigência de voluntariedade, proporcionalidade, devido processo legal e motivação⁴⁴.

Pode-se citar, ainda, o princípio do *non bis in idem*, conforme assevera a doutrina de Angélica Petian⁴⁵, dado que, pela essência restritiva do Direito Administrativo sancionador, o Direito Penal empresta àquele ramo da Dogmática Jurídica alguns princípios que lhe são próprios e que passam a delinear o regime jurídico das sanções administrativas⁴⁶.

2.1 Categorias contíguas

A sanção administrativa se aproxima de algumas categorias que também produzem efeitos desfavoráveis aos administrados, mas que com ela não se confundem, considerando que, não obstante imponham restrições à esfera de direitos do administrado, não constituem uma objetiva, direta e imediata resposta jurídica ao ilícito⁴⁷.

Em seguida, passa-se à distinção entre as sanções e outras medidas que podem produzir consequências gravosas aos administrados.

⁴² MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 42-43.

⁴³ Ibidem, p. 43. VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 117.

⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 879.

⁴⁵ PETIAN, Angélica. **Regime jurídico dos processos administrativos ampliativos e restritivos de direito**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 110.

⁴⁶ Neste sentido, é também a doutrina de Heraldo Garcia Vitta (VITTA, Heraldo Garcia. Op. cit., p. 101-119) e de Rafael Munhoz de Mello (MELLO, Rafael Munhoz de. Op. cit., p. 210).

⁴⁷ FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 25.

2.1.1 Providências cautelares

A vinculação absoluta entre o ilícito e a sanção distingue a medida administrativa de outras providências previstas no ordenamento jurídico impostas pela Administração Pública para evitar a consumação ou o agravamento de uma violação à ordem pública⁴⁸.

A providência cautelar caracteriza-se como medida assecuratória prevista em lei para resguardar o interesse público contra riscos de perecimento e restabelecer a ordem jurídica, ou seja, para impedir a ocorrência ou mesmo a continuidade de determinado evento causador de danos ao interesse público⁴⁹.

A medida cautelar é adotada antes do dano ou mesmo para mitigá-lo, para estancar seu prosseguimento, de modo a evitar agressão maior e mais intensa à ordem jurídica. As sanções, ao contrário, são a consequência jurídica do cometimento de uma infração, constituem resposta a um ato ilícito⁵⁰.

Dentre as espécies de providências cautelares figuram as medidas administrativas de polícia preventivas, como a fiscalização, e as medidas administrativas de polícia repressivas, como a apreensão de mercadorias. As medidas preventivas têm por finalidade evitar o ilícito administrativo e as repressivas obstar seus efeitos, ao passo que a sanção administrativa visa tão somente reprovar uma ação ou omissão já praticada⁵¹.

As medidas ou providências cautelares possuem, então, caráter provisório. Os efeitos da providência cautelar subsistem até que seja retirado ou mitigado o risco à ordem jurídica, em vista do qual o estado de provisoriedade foi instaurado. O conceito de provisoriedade, isto é, a limitação da duração dos efeitos, é uma característica constante das providências cautelares, que não necessariamente se constata nas sanções administrativas.

A distinção entre a sanção e a providência cautelar é de extrema relevância para atestar que a sanção administrativa, para que seja válida e legítima, necessita da instauração de processo administrativo prévio, no qual seja assegurado ao acusado o exercício de todas as

⁴⁸ 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. 210.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 82.

⁵⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 117.

⁵¹ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 623-624.

garantias inerentes ao *due process of law*⁵², ao passo que a providência cautelar pode ser tomada de ofício pela Administração Pública, mesmo antes da instauração de processo administrativo⁵³.

A relação deontológica de dever-ser entre ilícitos e sanções “não escapa das exigências do princípio constitucional do devido processo estatal para que os atos restritivos possam ser validamente produzidos, supondo a inserção do sistema na moldura do Estado Democrático de Direito”⁵⁴.

Tal obrigatoriedade de processo administrativo prévio não se impõe quando diante de providências cautelares posto que, muitas vezes, a Administração Pública deve adotá-la de imediato para prevenir danos ao interesse público ou à boa ordem administrativa⁵⁵. Todavia, não se trata de isentar a providência cautelar de processo administrativo, apenas que sua instauração pode se dar em momento posterior. Há, nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello, a mera “postergação provisória do contraditório e da ampla defesa”⁵⁶.

Considerando este caráter preventivo das providências cautelares, em regra, elas precedem as sanções administrativas. Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld registra que “frequentes vezes, a infração administrativa, por suas características de gravidade e perigo aos interesses públicos, exige a adoção de providências imediatas, voltadas a impedir sua continuidade”⁵⁷. No entanto, ambas são diversas e não necessariamente a providência cautelar se converterá em sanção administrativa após oferecida a oportunidade de apresentação de defesa pelo agente infrator⁵⁸.

Em síntese, trata-se de medida gravosa aplicada ao administrado em razão de uma suposta prática de conduta reprovada pelo ordenamento jurídico, mas que não possui natureza de sanção em sentido estrito. Por óbvio, a providência cautelar imposta pela Administração Pública pode produzir efeitos desfavoráveis ao administrado, contudo, tal elemento não se configura suficiente para caracterizá-la como sanção⁵⁹.

⁵² 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. 83.

⁵³ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 623.

⁵⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 2º. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; MARRARA, Thiago (Coords.). **Lei Anticorrupção comentada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 22.

⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 888.

⁵⁶ Ibidem, p. 120.

⁵⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. 1. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 78.

⁵⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 889.

⁵⁹ RAMÍREZ TORRADO, María Lourdes. El non bis in idem en el ámbito administrativo sancionador. **Revista de Derecho**, Universidad del Norte, Barranquilla, n. 40, pp. 1-29, julio-diciembre, 2013, p. 06.

2.1.2 Ressarcimento ao erário

No ordenamento jurídico brasileiro, a sanção também não equivale ao dever de indenizar. “O ressarcimento ao erário se aproxima mais da teoria da responsabilidade civil do que penal ou das sanções administrativas, pelo que não se submete ao conceito de sanção administrativa nos mesmos termos em que ocorre com outras medidas”⁶⁰. A responsabilidade civil é de natureza distinta das demais esferas de responsabilidade, sendo inequívoco afastar-se do conceito de sanção.

As medidas de cunho ressarcitório não assumem efeito afliitivo ou disciplinar, nem apresentam caráter repressivo, mas ambicionam a reparação do dano, com um conteúdo restitutivo, submetendo-se a princípios próprios e específicos, próximos do Direito Civil⁶¹. O ressarcimento é destinado à recomposição do dano para que se retome o *status quo ante*. Conforme assevera José de Aguiar Dias, “o interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil”⁶². Tanto é assim que a indenização é definida pela extensão do dano, conforme estabelece o artigo 944 do Código Civil.

A Constituição Federal de 1988, em matéria de danos ambientais, trata da sanção e do dever de ressarcimento separadamente, tornando clara a distinção entre os dois institutos:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

No campo infraconstitucional, a Lei 12.846/2013 também aparta as sanções do dever de reparação do dano:

⁶⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 114.

⁶¹ *Ibidem*, p. 115-116.

⁶² DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. v. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 47.

Art. 6º. Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

[...]

§ 3º. A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.

[...]

Art. 13. A instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas nesta Lei.

[...]

Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

[...]

§ 3º. O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

Com efeito, haverá casos em que se verificará a concorrência de ambos os institutos, um mesmo ato ilícito implicará tanto a imposição de uma sanção quanto o dever de indenizar. No entanto, conforme leciona María Lourdes Ramírez Torrado⁶³, isso não significa que se confundam, considerando que a própria consequência jurídica desses institutos serve a fim distinto: a sanção administrativa tem finalidade repressiva, o que importa um desestímulo, ao passo que o ressarcimento ao erário tem finalidade reparadora, visa a própria restauração da ordem jurídica.

De fato, no Brasil, a doutrina⁶⁴ e a jurisprudência⁶⁵ vislumbram nas indenizações civis um caráter punitivo, mormente como elemento para a composição do valor de ressarcimento por danos morais, considerando a reprovação da conduta praticada pelo

⁶³ RAMÍREZ TORRADO, María Lourdes; ÁLVAREZ Paola. El principio non bis in idem en el derecho disciplinario del abogado, en Colombia. **Revista Ius et Práxis**, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Talca, v. 21, n. 1, pp. 345-376, 2015, p. 353

⁶⁴ Conforme o Enunciado n. 379 da IV Jornada de Direito Civil, CJF, “O art. 944 caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”. Neste mesmo sentido é a doutrina de Yussef Said Cahali (CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 182), Carlos Alberto Bittar (BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil**. Teoria e Prática. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 114), dentre outros.

⁶⁵ STJ. Recurso Especial nº 150.467/RJ; Recurso Especial nº 860.705/DF.

ordenamento jurídico, contudo, não obstante a possibilidade de reconhecimento de outras funções como a repressiva e a preventiva, não foi alterada a principal função da indenização, aquela que se repete em todo e qualquer dever de indenizar: a função de reparação do dano, seja ele moral ou material.

O regime jurídico em que se enquadram tais categorias também não é o mesmo. Aplicam-se às sanções os princípios do *non bis in idem* e da proporcionalidade, já no que tange aos valores à título indenizatório, deve-se analisar tão somente o dano causado para que se possa determinar o *quantum* a ser ressarcido aos cofres públicos.

Na obrigação de ressarcimento ao erário, ainda que seja necessário demonstrar dolo ou culpa e, portanto, analisar a conduta do agente na hipótese de responsabilidade subjetiva, tal conduta não serve de parâmetro para a determinação do valor de indenização pelos prejuízos causados ao Estado.

Por outro lado, registre-se, a não aplicação do princípio do *non bis in idem* ao dever de ressarcir o erário não significa que, pelo cometimento de um mesmo dano civil, o agente possa ser compelido a indenizar, por mais de uma vez, o Estado. Tal prática configuraria enriquecimento sem causa da Administração Pública.

De todo modo, resta evidente a importância de se distinguir com cautela a sanção do dever de indenizar, mormente em razão da diversidade de regimes jurídicos incidentes sobre estas duas categorias jurídicas.

CAPÍTULO 3 - SUJEITO ATIVO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA

Definido o conceito de sanção administrativa, impõe-se indagar a quem incumbe a sua aplicação. O sujeito ativo, aquele que possui a competência para o exercício da atividade sancionatória, será sempre a Administração Pública ou quem faça as suas vezes⁶⁶.

Francisco Octavio de Almeida Prado Filho ensina que a competência para a prática de ato administrativo sancionador cabe à “autoridade no exercício de função administrativa, seja ela integrante do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário”⁶⁷. O sujeito ativo da sanção será a autoridade administrativa que detém a competência para a sua aplicação⁶⁸.

Saber a quem compete a instauração do processo administrativo sancionador e, se for o caso, a aplicação de sanção administrativa, depende do que dispõe a Constituição Federal de 1988 que, conforme Luis Manuel Fonseca Pires, é a Carta de Competências⁶⁹. É a Constituição Federal que determina o modelo de repartição de competências – material e legislativa – adotado no Direito brasileiro e outorga o seu exercício a determinado ente.

Conforme a doutrina de Hely Lopes Meirelles, em princípio, será competente para impor sanções administrativas o ente que dispõe do poder de regular a matéria. Assim, “os assuntos de interesse nacional ficam sujeitos à regulamentação e policiamento da União; os de interesse regional sujeitam-se às normas e à polícia estadual; e os de interesse local subordinam-se aos regulamentos edilícios e ao policiamento administrativo municipal”⁷⁰.

O autor anota ainda que há certas atividades que interessam simultaneamente às três esferas, pela sua extensão em todo o território nacional, e, por conseguinte, em tais casos, o poder de regular e de policiar se difunde entre todas as Administrações interessadas, cada qual nos limites de sua competência territorial⁷¹.

⁶⁶ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 74

⁶⁷ *Ibidem*, p. 74.

⁶⁸ PRADO FILHO, Francisco Octavio de Almeida. Segurança jurídica e sanções administrativas. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves. (Org.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo**. v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 684.

⁶⁹ PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Limitações administrativas à liberdade e à propriedade**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 219.

⁷⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 43. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 156.

⁷¹ *Ibidem*, p. 156.

A Constituição Federal traça o campo de atuação dos entes federados. A determinação do campo de atuação da União é realizada de modo explícito, sem ser exaustiva, tanto no que tange à competência legislativa quanto às atribuições de policiamento administrativo. Às unidades federadas são reservadas as competências que não lhes sejam vedadas pela Constituição (§1º do artigo 25 da Constituição⁷²). Por fim, aos Municípios é assegurada a autonomia e competência legislativa exclusiva e suplementar, considerando a predominância do interesse de cada ente federativo (artigos 18 e 30, incisos I e II da Constituição⁷³).

Celso Antônio Bandeira de Mello⁷⁴ também analisa os campos de atuação de cada uma das três entidades jurídicas de capacidade política e assevera que, em princípio, a União exercerá em caráter exclusivo polícia administrativa sobre o que estiver arrolado no artigo 22 da Constituição⁷⁵ e concorrentemente com os Estados e Distrito Federal sobre o que consta do artigo 24⁷⁶. Os Estados, além de exercitá-la de forma concorrente na hipótese do artigo 24, exercerão as hipóteses abrigadas no artigo 25, §1º, em caráter exclusivo. Os Municípios têm seu campo exclusivo no que disser respeito ao seu peculiar interesse, notadamente às matérias

⁷² “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”.

⁷³ “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

§ 1º Brasília é a Capital Federal.

§ 2º Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar.

§ 3º Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar.

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

[...]

Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;”

⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 874.

⁷⁵ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...]

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo”.

⁷⁶ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...]

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”.

previstas no artigo 30. O Distrito Federal exercerá polícia administrativa em caráter exclusivo no mesmo caso em que os Municípios a exercem e também concorrentemente nas hipóteses do artigo 24.

Ainda segundo a mesma doutrina, a determinação dos campos de atuação requer certas precisões, tendo em vista que muitas matérias relacionadas como competência da União podem repercutir diretamente sobre interesses peculiares do Município, que poderá regulá-las e assegurá-las. É citado como exemplo o artigo 22, inciso I da Constituição Federal que, apesar de estabelecer que compete privativamente à União legislar sobre Direito Comercial, o horário do comércio e os locais vedados a certas atividades são tratados pelo Município que os fiscalizará⁷⁷.

Nesse mesmo sentido, Luis Manuel Fonseca Pires, assinalando o entendimento exarado na doutrina de Celso Ribeiro Bastos, anota que se deve ponderar “a possibilidade de a atividade de limitação administrativa ser exercida pelo Município em matéria alheia à regulação legislativa conferida expressamente quando existir interesse local em sua atuação e o órgão competente não se encontrar aparelhado para o pronto exercício”⁷⁸.

Em suma, a atividade sancionatória deve ser exercida pela entidade política à qual tenha sido atribuída competência pela Constituição Federal e esta exercerá sua atividade de polícia administrativa na salvaguarda dos interesses pertinentes ao seu âmbito de ação, sendo certo que, diante do interesse público específico de um ente que não possua competência expressa para legislar acerca do assunto de maneira geral mas no reduzido espaço de seu interesse local, poderá legislar ou mesmo executar atos materiais no que concerne ao interesse local⁷⁹.

Cumpra anotar que as infrações disciplinares, tributárias e de serviços públicos de cada ente político são consideradas de competência “interna” e, portanto, a regulação é exclusiva da entidade à qual o agente público, o tributo ou o serviço público está atribuído⁸⁰.

Em última análise, a atividade sancionatória exercida pela entidade política pode se encontrar difusa através dos mais diversos órgãos, agentes e entidades, motivo pelo qual é inadmissível a fixação apriorística das competências para o exercício dessa atividade. A

⁷⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 874.

⁷⁸ PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Limitações administrativas à liberdade e à propriedade**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 222.

⁷⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 874; PIRES, Luis Manuel Fonseca. Op. cit., p. 223.

⁸⁰ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 76.

legislação, mediante as técnicas organizacionais de descentralização administrativa ou mesmo de desconcentração da competência decisória, determinará a quem incumbe a aplicação da sanção administrativa⁸¹.

3.1 A organização administrativa brasileira e sua compostura na atualidade

A Administração Pública é tratada pela doutrina pátria com duplo enfoque: objetivo e subjetivo. O sentido objetivo representa as diversas manifestações da atividade administrativa, abarcando a ideia da função administrativa. No sentido subjetivo, representa o sujeito que exerce a atividade administrativa⁸².

Assim como é inimaginável o desenvolvimento da função administrativa sem um substrato organizacional, a estrutura administrativa não pode ser dissociada de uma atividade que a justifique e lhe dê impulso. Por esta razão, a noção de Administração Pública constroi-se pelas manifestações da atividade administrativa e pelo sujeito que a exerce, representado pela própria Administração ou por quem lhe faça as vezes⁸³.

A Administração Pública, contudo, é uma criação humana, “que atribui-lhe personalidade, transforma-a num centro decisório de poder, organiza-a internamente pela divisão em órgãos, responsáveis por aglutinar plexos de competências e predispostos a receber os agentes (pessoas naturais) regularmente investidos”⁸⁴ que manifestam a vontade da Administração Pública e exercem a função administrativa.

Pode a Administração Pública desenvolver por si mesma as atividades administrativas, pelos seus órgãos, como também pode prestá-las através de outros sujeitos. Esta última hipótese ocorre com a transferência do exercício de certas atividades que lhes são próprias⁸⁵ a particulares ou com a criação de pessoas jurídicas para desempenhar

⁸¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 76-77.

⁸² BORDALO, Rodrigo. **Os órgãos colegiados no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 26-27.

⁸³ Ibidem, p. 27.

⁸⁴ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 99.

⁸⁵ Anote-se que os particulares, apesar de exercerem atividade pública, quando devidamente habilitados, não se incluem na intimidade da estrutura da Administração Pública, como os concessionários e permissionários de serviço público ou mesmo outras figuras que atuam como colaboradores com o Poder Público em empreendimentos administrativos que não sejam de titularidade exclusiva da Administração Pública, como as organizações sociais e as organizações privadas de interesse público. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 142).

cometimentos de sua alçada⁸⁶. As pessoas jurídicas, assim como os órgãos, são seres de razão, abstratos, não possuem inteligência, nem vontade ou ação, o direito imputa-lhes diretamente a vontade e a ação de seus agentes⁸⁷.

O estudo da organização administrativa, isto é, de seus entes, órgãos e agentes, permite uma melhor compreensão do fenômeno da Administração Pública e, portanto, do Direito Administrativo. Daí porque o tema da organização administrativa tem se tornado cada vez mais relevante no âmbito deste ramo jurídico⁸⁸.

Rodrigo Bordalo⁸⁹ aponta que a importância dada à matéria é recente e remonta à época da passagem do Estado Liberal para o Estado Social. No Estado Liberal, período em que vigorava a ideia de um Estado mínimo, a estrutura da Administração Pública se apresentava relativamente simples e homogênea, assentada basicamente sobre as noções de centralização e hierarquia, tendo em vista a desnecessidade de uma maior sofisticação organizacional. Esse cenário passou por profundas alterações com a passagem do liberalismo para o Estado Social, que gerou uma multiplicação de atividades a merecer a atenção da Administração Pública⁹⁰.

Referida alteração da organização administrativa decorreu não só de um agigantamento da Administração Pública, mas também de uma transformação de seus próprios objetivos. Conforme assevera Eurico Bitencourt Neto⁹¹, houve a substituição do perfil de uma Administração prestadora ou constitutiva, que se consolidou em meados do século XX, por uma Administração reguladora ou de garantia.

O modelo contemporâneo da Administração Pública, para além de uma atuação individualizada, impõe uma atuação coordenadora, uma Administração de direção. Assim, a Administração “está lastreada na responsabilidade geral do Estado pela consecução do bem-estar social, que se pode manifestar por prestações diretas ou por garantias de prestação, aumentando o relevo da função reguladora”⁹².

⁸⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 143.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 141.

⁸⁸ BORDALO, Rodrigo. **Os órgãos colegiados no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 27.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 27.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 28.

⁹¹ BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, pp. 207-225, jan./abr., 2017, p. 208.

⁹² BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, pp. 207-225, jan./abr., 2017, p. 211.

Neste cenário, as técnicas de desconcentração e descentralização dos centros decisórios de poder têm sido largamente utilizadas no Brasil, em especial no que tange à função reguladora e fiscalizadora da Administração, sob a pretensão de se utilizar instrumentos institucionais idôneos a garantir a autonomia dos órgãos e entidades encarregados de desenvolver as atividades de controle, ao resguardá-los de qualquer tipo de ingerência proveniente da Administração Pública Central.

Rodrigo Bordalo registra que o aumento crescente de órgãos e entidades administrativas dotados de certa autonomia não pode ser ignorado, considerando a configuração de um caráter policêntrico da Administração, com a proliferação de centros administrativos decisórios⁹³. Paulo Modesto⁹⁴, de igual modo, anota que o perfil atual da Administração Pública encerra diversas formas organizatórias e diferentes entes autônomos.

A Administração Pública, que por longo tempo foi organizada sob uma forma piramidal, baseada em relações de hierarquia que até caracterizaram as manifestações das atividades administrativas, evidenciando, sob o prisma estrutural, um viés autoritário, hodiernamente apresenta um caráter multiforme e heterogêneo, que pouco se assemelha à Administração hierarquizada vigente durante o Estado mínimo burguês⁹⁵.

Houve uma reformulação organizacional da Administração Pública, tanto quantitativa, com o incremento de órgãos e entidades administrativas, como qualitativa, com o aperfeiçoamento de técnicas de distribuição de competências⁹⁶. Essa reconfiguração do quadro organizacional para concretizar os seus objetivos, acabou por revisitar velhos dogmas do Direito Administrativo, como a concepção hierarquizada das relações internas da Administração Pública⁹⁷.

3.1.1 Técnicas organizacionais

A distribuição de atribuições da Administração Pública pode-se dar através de dois institutos distintos: a aglutinação de atribuições, que compreende os fenômenos da

⁹³ BORDALO, Rodrigo. **Os órgãos colegiados no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 68.

⁹⁴ MODESTO, Paulo. Anteprojeto de Nova Lei de Organização Administrativa: Síntese e Contexto. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 27, jul./set. 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-27-SETEMBRO-2011-PAULO-MODESTO.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2018.

⁹⁵ BORDALO, Rodrigo. Op. cit., p. 28-33

⁹⁶ Ibidem, p. 28-33.

⁹⁷ BITENCOURT NETO, Eurico. Op. cit., p. 209.

concentração e centralização; e a desaglutinação de atribuições, que se apresenta sob os regimes de desconcentração e descentralização⁹⁸.

Considerando o caráter policêntrico da Administração Pública, com a proliferação de centros decisórios de poder, merece especial atenção o fenômeno da desaglutinação de atribuições, conforme as técnicas de desconcentração e descentralização administrativa.

As simples repartições interiores da Administração Pública para o exercício de atividades administrativas são denominadas desconcentrações. Trata-se do fenômeno de distribuição interna de plexos de competências decisórias de uma dada entidade. A desconcentração pode se dar em razão da matéria, do grau (hierarquia), ou seja, do nível de responsabilidade decisória conferido aos distintos escalões, ou mesmo em razão de um critério territorial ou geográfico⁹⁹.

A desconcentração ocorre sempre com relação a uma mesma pessoa jurídica, com a distribuição de competências em seu próprio âmbito. Não há a criação de pessoas jurídicas diversas do Estado. Tal fenômeno, em princípio, não prejudica a unidade monolítica da Administração Pública, uma vez que os órgãos e agentes permanecem ligados por um vínculo de hierarquia¹⁰⁰. Na desconcentração “as atribuições administrativas são outorgadas aos vários órgãos que compõem a hierarquia, criando-se uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros”¹⁰¹.

Rodrigo Bordalo¹⁰² aponta que a desconcentração constitui um afastamento da aglutinação de competências dirigida ao órgão superior e que este afastamento se dá de várias formas, podendo, inclusive, configurar a exclusão da ingerência sobre a competência decisória do subalterno. Em tal hipótese, o afastamento caracteriza-se em seu grau máximo e assume destaque a ausência de prerrogativas hierárquicas, prejudicando a unidade monolítica da Administração. Tem-se “um real descolamento do órgão superior, com a conferência de um acentuado grau de autonomia ao ente desconcentrado”¹⁰³. A doutrina de Hely Lopes

⁹⁸ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 116.

⁹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 154.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 154.

¹⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 509.

¹⁰² BORDALO, Rodrigo. **Os órgãos colegiados no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 43.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 43.

Meirelles¹⁰⁴ também reconhece órgãos dotados de autonomia em decorrência do fenômeno da desconcentração.

Paulo Modesto¹⁰⁵, de igual modo, registra que os órgãos podem dispor de autonomia, nos termos da Constituição e da lei. Os órgãos da Administração Pública nem sempre possuem vínculos de hierarquia, considerando que o fenômeno da desconcentração pode mitigar a relação hierárquica. Nesse sentido, o anteprojeto de lei da organização administrativa federal dispõe em seu artigo 4º: “A Administração direta é organizada com base na hierarquia e na desconcentração, sendo composta por órgãos, sem personalidade jurídica, os quais podem dispor de autonomia, nos termos da Constituição e da lei”.

Em suma, os órgãos públicos desconcentrados configuram, em regra, meras repartições internas da estrutura organizatória da Administração Pública, mas a desconcentração pode levar à atribuição de certa autonomia, hipótese em que ocorre quebra da relação hierárquica.

O Decreto-Lei 200/67, diploma que se propôs a regular a estrutura administrativa da organização federal, expedido com fundamento no Ato Institucional 4, de 1966, durante a ditadura militar, apresenta insuficiências, contradições e imprecisões, dentre elas a confusão dos institutos da desconcentração e da descentralização (v.g., artigo 10¹⁰⁶). A desconcentração

¹⁰⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 43. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 74.

¹⁰⁵ MODESTO, Paulo. Anteprojeto de Nova Lei de Organização Administrativa: Síntese e Contexto. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 27, jul./set. 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-27-SETEMBRO-2011-PAULO-MODESTO.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2018.

¹⁰⁶ “Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
 b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;
 c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

§ 2º Em cada órgão da Administração Federal, os serviços que compõem a estrutura central de direção devem permanecer liberados das rotinas de execução e das tarefas de mera formalização de atos administrativos, para que possam concentrar-se nas atividades de planejamento, supervisão, coordenação e controle.

§ 3º A Administração casuística, assim entendida a decisão de casos individuais, compete, em princípio, ao nível de execução, especialmente aos serviços de natureza local, que estão em contato com os fatos e com o público.

§ 4º Compete à estrutura central de direção o estabelecimento das normas, critérios, programas e princípios, que os serviços responsáveis pela execução são obrigados a respeitar na solução dos casos individuais e no desempenho de suas atribuições.

§ 5º Ressalvados os casos de manifesta impraticabilidade ou inconveniência, a execução de programas federais de caráter nitidamente local deverá ser delegada, no todo ou em parte, mediante convênio, aos órgãos estaduais ou municipais incumbidos de serviços correspondentes.

§ 6º Os órgãos federais responsáveis pelos programas conservarão a autoridade normativa e exercerão controle e fiscalização indispensáveis sobre a execução local, condicionando-se a liberação dos recursos ao fiel cumprimento dos programas e convênios.

administrativa diverge da descentralização. A doutrina de Marçal Justen Filho aclara a questão ao acentuar que “enquanto a multiplicação de órgãos no âmbito de uma mesma pessoa jurídica produz o fenômeno da desconcentração do poder, a criação de outras pessoas jurídicas gera efeito de descentralização do poder”¹⁰⁷.

Na descentralização administrativa, a Administração Pública transfere o exercício de atividades administrativas para que sejam desempenhadas por outras pessoas jurídicas, integrantes de sua estrutura ou não. Em outras palavras, a atividade será descentralizada quando for exercida por outra pessoa jurídica, seja ela criatura da Administração Pública ou mesmo um particular estranho à organização administrativa¹⁰⁸. No entanto, registre-se: a atividade sancionatória não poderá ser outorgada a entidades que não possuam um vínculo oficial com a Administração Pública, isto é, que não integrem a estrutura da Administração Pública, como, por exemplo, os concessionários e permissionários de serviços públicos, uma vez que, por mais intensa que seja a parceria que tenham com a Administração Pública, jamais poderão ser dotadas do *ius imperii*, necessário à prática de atos jurídicos de polícia administrativa, dentre eles a aplicação de sanções administrativas¹⁰⁹. Neste sentido é a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹⁰, Silvio Luís Ferreira da Rocha¹¹¹, José dos Santos Carvalho Filho¹¹², José Roberto Pimenta¹¹³ e Juarez Freitas¹¹⁴, dentre outras.

De acordo com a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹⁵, a técnica de descentralização administrativa baseia-se em três elementos: atribuição de personalidade

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

§ 8º A aplicação desse critério está condicionada, em qualquer caso, aos ditames do interesse público e às conveniências da segurança nacional”.

¹⁰⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 116.

¹⁰⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 153.

¹⁰⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 85.

¹¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 869.

¹¹¹ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 494-495.

¹¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 85.

¹¹³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Parcerias público-privadas: indelegabilidade no exercício da atividade administrativa de polícia e na atividade administrativa penitenciária In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.); DALLARI, Adilson Abreu et al. **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 418-419.

¹¹⁴ FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 58.

¹¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 51.

jurídica própria, exercício de atividade pública – transferida a pessoa jurídica diversa da Administração – e ausência de subordinação hierárquica.

Por personalidade jurídica própria entende-se a detenção de “uma titularidade jurídica que lhe empresta a situação de sujeito de direito”¹¹⁶. Na descentralização administrativa, “o Estado atribui determinada capacidade a uma entidade dotada de personalidade própria, diversa da Administração central”¹¹⁷.

Considerando que detêm personalidades jurídicas próprias, as entidades descentralizadas da Administração Pública possuem direitos e obrigações definidos em lei, patrimônio próprio, capacidade de autoadministração e receita própria¹¹⁸. A doutrina de Henrique Motta Pinto e Mario Engler Pinto Junior¹¹⁹ anota que a personalidade jurídica própria é o grande diferencial da Administração indireta, que possibilita o reconhecimento e proteção de interesses específicos pelo ordenamento jurídico, além de viabilizar a separação patrimonial, o que autoriza a vinculação do patrimônio a uma atividade específica.

O segundo elemento, o exercício da atividade pública, ocorre com a transferência de atividade havida pela Administração Pública como própria, o “transpasse dos direitos, poderes, obrigações e deveres relativos a uma dada atividade ou, apenas, do exercício deles para uma outra pessoa, alguém externo a ela”¹²⁰.

Para o exercício das atividades administrativas, na descentralização, a titularidade e execução da atividade (descentralização técnica), ou mesmo tão somente a execução (descentralização por colaboração), são atribuídas a uma outra pessoa jurídica, diversa da Administração¹²¹.

Por último, a ausência ou mitigação da subordinação hierárquica, que pode ocorrer na técnica de desconcentração administrativa, consiste em elemento intrínseco na descentralização. Diante do fenômeno da descentralização administrativa, atribui-se certo grau de autonomia às pessoas jurídicas decorrentes desta técnica organizacional, sendo que as

¹¹⁶ BORDALO, Rodrigo. **Os órgãos colegiados no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 36.

¹¹⁷ Ibidem, p. 36.

¹¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 546.

¹¹⁹ PINTO JUNIOR, Mario Engler; PINTO, Henrique Motta. **Empresas estatais**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 17.

¹²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. 2. ed., 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 07.

¹²¹ ARAUJO, Edmir Netto de. **Administração indireta brasileira**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 25.

autoridades administrativas, no exercício da competência atribuída em lei, não encontram limites na hierarquia.

Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello, hierarquia é o “vínculo de autoridade que une órgãos e agentes, através de escalões sucessivos, numa relação de autoridade, de superior a inferior, de hierarca a subalterno”¹²². Neste mesmo sentido, é a doutrina de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello ao conceituar as relações de ordenação hierárquica:

A ordenação de hierarquia diz respeito a relações de subordinação entre órgãos superiores e inferiores, e com competências concorrentes, dentro de um mesmo aparelho administrativo, isto é, de uma mesma pessoa jurídica, ou de uma parcela dela, formando a figura geométrica de um cilindro, disposto em escalas ou graus, onde as intermediárias são, simultaneamente, superiores ou inferiores.¹²³

Conforme assevera Rodrigo Bordalo, ao citar a doutrina de Adolf Merkl, Cirne Lima e Themístocles Brandão Cavalcanti, a Administração Pública não pode ser dissociada da relação hierárquica, de modo que é conferida à hierarquia a condição de princípio da organização administrativa¹²⁴. Este predomínio da relação hierárquica é nota distintiva da função administrativa das demais funções, nas quais vigora a independência interorgânica¹²⁵.

A doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹²⁶ também elenca a hierarquia como um dos princípios da Administração Pública, considerando que os órgãos estão dispostos de maneira que se cria uma relação de subordinação entre eles.

Autonomia e hierarquia, no entanto, são termos antônimos. A autonomia significa competência para decidir sem que o órgão seja subordinado às ordens de outro órgão, guiando-se apenas pela lei e pelos princípios que regem a Administração, ao passo que a hierarquia pressupõe uma relação de verticalidade, de subordinação. Considerando a relação

¹²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 154.

¹²³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 134.

¹²⁴ BORDALO, Rodrigo. **Os órgãos colegiados no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 50.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 62-63.

¹²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 111.

antitética entre hierarquia e autonomia, Odete Medauar¹²⁷ registra que não há, juridicamente, relação de hierarquia entre os órgãos autônomos.

A autonomia ou independência das entidades se assenta sobre uma noção de liberdade administrativa. Tal liberdade funda-se, sob o enfoque jurídico, em normas que estabelecem sempre uma equidistância da entidade com relação à Administração Pública, de modo que a atividade do órgão não se subordine, juridicamente, a qualquer outra entidade administrativa¹²⁸.

Considerando a compostura atual da organização administrativa, a estruturação tradicional da Administração foi revisitada com as transformações pelas quais passou o Direito Administrativo brasileiro e a hierarquia, tomada na sua pureza, veio a sofrer como cânone fundamental. A multiplicação de órgãos e entidades autônomos, decorrentes das técnicas de desconcentração e descentralização administrativa, mitiga ou mesmo exclui a hierarquia¹²⁹.

3.1.2 Órgãos públicos

A Administração Pública é composta de partes, denominadas órgãos, que representam os compartimentos internos do ente personalizado que é o Estado. Conforme as precisas palavras de Sílvio Luís Ferreira da Rocha, “órgãos são unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado”¹³⁰. Nesta mesma linha, Celso Antônio Bandeira de Mello anota que os órgãos nada mais são do que “simples partições internas da pessoa cuja intimidade estrutural integram, isto é, não têm personalidade jurídica”¹³¹.

A doutrina associa ao órgão público dois elementos, um de ordem subjetiva e outro de ordem objetiva. O elemento de ordem subjetiva refere-se ao agente público, devidamente designado ou eleito para ser titular do órgão. Trata-se da pessoa física inserida

¹²⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 51-52.

¹²⁸ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime jurídico dos Tribunais de Contas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 44-46.

¹²⁹ BORDALO, Rodrigo. **Os órgãos colegiados no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 75.

¹³⁰ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 102.

¹³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 144.

no aparato estatal. O segundo elemento, de ordem objetiva, compreende o exercício das funções próprias do órgão¹³².

Inicialmente, pela denominada teoria do mandato, entendeu-se que os agentes públicos eram mandatários do Estado, porém a teoria não mereceu acolhimento pela doutrina considerando que, despido de vontade, não poderia o Estado outorgar mandato. Passou-se a defender, então, a teoria da representação, pela qual os agentes eram considerados representantes do Estado, que igualmente recebeu acerbadadas críticas, uma vez que implicaria o reconhecimento do Estado como uma pessoa incapaz, a demandar representação, sendo que na hipótese de o representante exorbitar de seus poderes, não se poderia atribuir responsabilidade ao Estado¹³³.

A questão foi solucionada quando instituída a teoria do órgão, por inspiração do jurista alemão Otto Gierke. A teoria do órgão tem por característica fundamental o princípio da imputação volitiva, pela qual “a vontade do órgão é imputada à pessoa jurídica a cuja estrutura pertence. Há, pois, uma relação jurídica externa, entre pessoa jurídica e outras pessoas, e uma relação interna, que vincula o órgão à pessoa jurídica a que pertence”¹³⁴.

Dado que o órgão não possui querer e agir psíquico e físico, sua vontade e ação se constituem na e pela vontade de seres físicos, prepostos à condição de seus agentes¹³⁵. O órgão não poderá atuar senão mediante a atividade de seus titulares. A noção de órgão compreende, então, o agente público.

O agente público é “quem quer que desempenhe funções de natureza pública”¹³⁶. Trata-se de elemento dinâmico do órgão que, “dentro dos limites legais e regulamentares, exerce funções estatais e age em nome e por conta do Estado, nos limites de sua competência e suas atribuições”¹³⁷. Neste sentido, ainda que desaparecido o agente, não desaparece o órgão. A relação entre a unidade técnica (elemento estático) e o agente (elemento dinâmico) não é substancial, de maneira que é possível substituir os agentes públicos, nos termos da lei, sem a quebra da unidade orgânica¹³⁸.

¹³² BORDALO, Rodrigo. **Os órgãos colegiados no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 112-113.

¹³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 13.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 13.

¹³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Apontamentos sobre agentes e órgãos públicos: regime jurídico dos funcionários públicos**. 1. ed. 5. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 61.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 03.

¹³⁷ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 211.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 103.

O segundo elemento do órgão público, a competência pública, é atribuída aos agentes públicos pelo ordenamento jurídico, para o exercício e o desenvolvimento da função administrativa, a fim de obter a cura do interesse público¹³⁹. Constitui o conjunto de faculdades jurídicas confiadas a cada órgão para a realização das atribuições da respectiva entidade pública¹⁴⁰.

Os órgãos são círculos de atribuições a serem manifestadas pelos agentes¹⁴¹. Neste sentido, a doutrina de Lourival Vilanova¹⁴², quando da análise dos órgãos públicos caracteriza o elemento objetivo destes como feixes de competências, plexo de atribuições.

Silvio Luís Ferreira da Rocha¹⁴³ também aloca a competência pública como um elemento do órgão para a satisfação do dever que lhe preside a existência e arrola alguns aspectos básicos que a orienta: necessidade de ser fixada em norma jurídica e, em princípio, em lei; pertence à repartição pública e ao cargo público a ser exercida pelo agente público seu titular; fixada no interesse público e, portanto, inderrogável e irrenunciável, impondo-se o dever de exercê-la; intransferibilidade, exceto nos casos de delegação ou avocação; impossibilidade de modificação por vontade de seu titular; e imprescritibilidade, ou seja, não deixa de existir pelo fato de não ser utilizada.

As competências públicas formalizam-se em deveres-poderes, na bela inversão metodológica de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴⁴ de que os poderes configuram um mero instrumento para a consecução dos deveres para atender a um interesse público, previamente definido em lei.

3.1.2.1 Classificação

Os órgãos públicos recebem diversas classificações, sendo que cada classificação é definida através da adoção dos mais diversos critérios.

¹³⁹ VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 63.

¹⁴⁰ OTERO, Paulo. **Conceito e fundamento da hierarquia administrativa**. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 29-30.

¹⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 146.

¹⁴² VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 192.

¹⁴³ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 103-104.

¹⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 146.

A doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴⁵ classifica os órgãos públicos quanto à sua estrutura (órgãos simples e colegiais) e quanto às funções por eles desempenhadas (órgãos ativos, de controle, consultivos, verificadores e contenciosos). Silvio Luís Ferreira da Rocha¹⁴⁶ utiliza os mesmos critérios para a classificação dos órgãos em: simples, compostos e complexos; e órgãos ativos, de controle e consultivos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴⁷, além dos critérios da estrutura e da função exercida pelo órgão, aponta como critérios para classificação: a esfera de atuação (órgãos centrais e locais), a posição estatal (órgãos independentes, autônomos, superiores e subalternos) e a composição (órgãos singulares e coletivos).

Diogo Freitas do Amaral¹⁴⁸ chega a arrolar nove classificações dos órgãos públicos: órgãos singulares e colegiais; órgãos centrais e locais; órgãos primários, secundários e vicários; órgãos representativos e órgãos não representativos; órgãos ativos, consultivos e de controle; órgãos decisórios e executivos; órgãos permanentes e temporários; órgãos simples e complexos; órgãos diretos e indiretos.

Considerando a interface com o tema deste estudo, analisa-se a seguir o critério da posição estrutural dos órgãos públicos, que apresenta um interesse prático para a questão.

3.1.2.1.1 Quanto à posição estrutural

A doutrina de Hely Lopes Meirelles¹⁴⁹ propõe a classificação dos órgãos públicos quanto à “posição estatal”, que é corretamente denominada por Rodrigo Bordalo¹⁵⁰ como “posição estrutural”, uma vez que considera o posicionamento do órgão na estrutura organizacional administrativa.

¹⁴⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 145.

¹⁴⁶ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 104-106.

¹⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 665-666.

¹⁴⁸ FREITAS DO AMARAL, Diogo. **Curso de direito administrativo**. v. 1. 4. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2018, p. 627-630.

¹⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 43. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 73.

¹⁵⁰ BORDALO, Rodrigo. **Os órgãos colegiados no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 137.

Quanto à posição estrutural, os órgãos públicos classificam-se em independentes, autônomos, superiores e subalternos¹⁵¹.

Os órgãos independentes “são os originários da Constituição e representativos dos três Poderes do Estado, sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional, e sujeitos apenas aos controles de um sobre o outro”¹⁵². São aqueles órgãos localizados no “ápice da pirâmide governamental”¹⁵³. Hely Lopes Meirelles¹⁵⁴ cita como exemplos de órgãos independentes as Casas Legislativas e as Chefias do Executivo, dentre outros.

Os órgãos autônomos localizam-se “na cúpula da Administração, imediatamente abaixo dos órgãos independentes e diretamente subordinados a seus chefes”¹⁵⁵. Os órgãos autônomos têm “ampla autonomia administrativa, financeira e técnica”¹⁵⁶. São órgãos autônomos os Ministérios e Secretarias estaduais e municipais¹⁵⁷. Silvio Luís Ferreira da Rocha¹⁵⁸ cita ainda o Conselho Monetário Nacional.

Superiores “são os órgãos de direção, controle e comando, mas sujeitos à subordinação e ao controle hierárquico de uma chefia; não gozam de autonomia administrativa nem financeira”¹⁵⁹. Ainda que órgãos superiores, submetem-se a um vínculo de hierarquia em relação a uma chefia mais alta, como as coordenadorias, os departamentos e os gabinetes¹⁶⁰.

Por último, os órgãos subalternos são aqueles “que se acham subordinados hierarquicamente a órgãos superiores de decisão, exercendo principalmente as funções de execução, como as realizadas por seções de expediente, de pessoal, de material, de portaria, zeladoria etc”¹⁶¹. Também não gozam de autonomia administrativa, financeira ou técnica¹⁶².

¹⁵¹ BORDALO, Rodrigo. **Os órgãos colegiados no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 137.

¹⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 665.

¹⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 43. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 73.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 73.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 74

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 74.

¹⁵⁷ BORDALO, Rodrigo. *Op. cit.*, p. 138.

¹⁵⁸ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 103.

¹⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 665.

¹⁶⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 74.

¹⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 665.

¹⁶² BORDALO, Rodrigo. *Op. cit.*, p. 138.

José dos Santos Carvalho Filho¹⁶³ não adota esta classificação proposta por Hely Lopes Meirelles, sob o fundamento de que os critérios utilizados seriam imprecisos.

A doutrina de Rodrigo Bordalo¹⁶⁴ também considera as inconveniências apresentadas pela classificação em análise, uma vez que se baseia em uma estrutura piramidal da Administração Pública que, como visto, não traduz a Administração contemporânea. A organização administrativa tem se afastado da constituição vertical, pela qual os órgãos independentes alocam-se no ápice e são seguidos dos demais órgãos ordenados em escala hierárquica.

Atualmente, a organização da Administração Pública espelha a disseminação de pessoas jurídicas administrativas e de órgãos autônomos no interior das entidades pertencentes à estrutura administrativa. A organização administrativa adquire maior complexidade, com a atribuição de diferentes graus de autonomia aos órgãos, o que radica na mitigação ou mesmo extinção do vínculo hierárquico. É neste contexto que a categoria dos órgãos autônomos sobressai dentro da estrutura da Administração Pública¹⁶⁵.

3.1.2.1.1.1 Os órgãos autônomos

No que se refere à distribuição de competências dentro da organização administrativa brasileira, tanto a Constituição como a lei possibilitam seja outorgada maior autonomia a determinados órgãos, em cujo âmbito resta enfraquecida a ideia de hierarquia ou mesmo excluída a relação hierárquica em determinadas atividades¹⁶⁶.

A fragmentação administrativa com a multiplicação de centros decisórios de poder dotados de autonomia acabou por afastar o entendimento de que a dependência orgânica integraria necessariamente o conceito de órgão, não obstante a ausência de

¹⁶³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, nota de rodapé n. 40.

¹⁶⁴ BORDALO, Rodrigo. **Os órgãos colegiados no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 138-139.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 139.

¹⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Transformações da organização administrativa. Diretrizes, relevância e amplitude do anteprojeto. *In*: MODESTO, Paulo (Coord.). **Nova organização administrativa brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 27-28.

personalidade jurídica¹⁶⁷. A personalidade jurídica não é requisito para a autonomia, como lembra Hugo Nigro Mazzilli¹⁶⁸.

Os órgãos ou entes autônomos, como visto, podem decorrer da técnica organizacional de descentralização administrativa ou mesmo de desconcentração administrativa. Na descentralização, a autonomia decisória é inerente à personificação, ainda que possa ser encontrada em múltiplos graus e formas possíveis¹⁶⁹. No que se refere à desconcentração, Hely Lopes Meirelles conceitua os órgãos autônomos desconcentrados como um “meio-termo entre o serviço estatal (centralizado) e o serviço autárquico (descentralizado), pois continuam integrando a Administração direta, como peças de seu mecanismo governamental”¹⁷⁰.

O reconhecimento dos órgãos autônomos derivados do fenômeno da desconcentração tornou ainda mais evidente a variedade de graus de autonomia que pode ser outorgada aos órgãos e entidades da Administração Pública. Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷¹ anota a indefinição dos contornos do conceito de autonomia, sendo incabível determinar um conceito jurídico independente.

Rodrigo Bordalo assevera que o conceito de autonomia sofreu ressignificações com a atribuição de diferentes graus de autonomia pela Administração Pública a seus órgãos ou mesmo a pessoas jurídicas diversas pertencentes a seu aparato. Para estabelecer a noção de órgão autônomo, o autor destaca três aspectos¹⁷².

Em uma primeira acepção, autonomia refere-se à liberdade conferida a determinados órgãos que diminui ou mitiga o controle a ser exercido por outro órgão. A autonomia, neste sentido, representa uma redução da sujeição de um órgão autônomo aos

¹⁶⁷ BORDALO, Rodrigo. **Os órgãos colegiados no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 142-144.

¹⁶⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. Análise do Ministério Público na Constituição, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Lei Orgânica do Ministério Público da União e na Lei Orgânica do Ministério Público paulista. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.141.

¹⁶⁹ OTERO, Paulo. **O poder de substituição em direito administrativo**. Enquadramento dogmático-constitucional. v. 2. Lisboa: Lex, 1995, p. 674-675.

¹⁷⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 43. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 946.

¹⁷¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Apontamentos sobre agentes e órgãos públicos: regime jurídico dos funcionários públicos**. 1. ed. 5. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 185.

¹⁷² BORDALO, Rodrigo. Op. cit., p. 141.

órgãos superiores¹⁷³. Segundo Vital Moreira, é o “espaço de liberdade de conduta de um ente em face a outro”¹⁷⁴.

Um segundo aspecto apresentado por Rodrigo Bordalo é que o “binômio liberdade/insindicabilidade apresenta contornos diversos em relação ao grau de aplicabilidade”¹⁷⁵. Pode haver um nível mínimo de incidência, quando a autonomia não se configura, ou mesmo uma incidência em grau máximo, em que o grau de liberdade e insindicabilidade comporta um amplo aspecto, o que gera a independência. Nesse sentido, a independência é a configuração de uma “autonomia acentuada e absoluta” e a autonomia propriamente dita seria uma autonomia relativa, ainda que em diferentes graus¹⁷⁶.

O último aspecto concerne à própria variação da compostura da autonomia, que pode abarcar, inclusive, setores específicos de atuação do órgão: funcional, financeiro, orçamentário, administrativo, regulamentar, entre outros.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, §8º, faz menção à autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração direta e indireta. Também faz referência à “autonomia funcional e administrativa” nos artigos 127, §2º e 134, §2º, que tratam das instituições do Ministério Público e Defensoria Pública, respectivamente.

No âmbito infraconstitucional, o Decreto-lei 200/1967 estabelece em seu artigo 172 a autonomia administrativa e financeira dos órgãos autônomos:

O Poder Executivo assegurará autonomia administrativa e financeira, no grau conveniente aos serviços, institutos e estabelecimentos incumbidos da execução de atividades de pesquisa ou ensino de caráter industrial, comercial ou agrícola, que por suas peculiaridades de organização e funcionamento, exijam tratamento diverso do aplicável aos demais órgãos da administração direta, observada sempre a supervisão ministerial.

§ 1º Os órgãos a que se refere este artigo terão a denominação genérica de Órgãos Autônomos.

Para os fins a que se propôs a presente análise, tem especial importância o conceito de autonomia administrativa. Segundo Marcello Caetano, “uma entidade autónoma administrativa é aquela que possui poderes para tomar decisões executórias sem ter de acatar ordens de superiores nem estar sujeita à superintendência e à disciplina de outra entidade

¹⁷³ BORDALO, Rodrigo. **Os órgãos colegiados no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 141.

¹⁷⁴ MOREIRA, Vital. **Administração autónoma e associações públicas**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 70.

¹⁷⁵ BORDALO, Rodrigo. Op. cit., p. 141.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 141-142.

administrativa”¹⁷⁷. É preciso reconhecer, contudo, que a autonomia administrativa, quando atribuída a determinado órgão ou entidade, aparece acompanhada de outros contornos da autonomia, como a autonomia funcional e principalmente a financeira. Com efeito, entende-se que não há autonomia administrativa sem autonomia financeira¹⁷⁸.

3.1.2.2 *Relações interorgânicas*

Os órgãos não se relacionam entre si, pois nada mais são além de unidades abstratas que sintetizam repartições de atribuições do Estado. Os agentes públicos são o meio pelo qual tais atribuições se tornam operativas, estabelecendo, então, relações de competência entre os órgãos. Não por outra razão, Lourival Vilanova¹⁷⁹ admite a configuração de relações jurídicas interorgânicas, apesar do caráter despersonalizado dos órgãos.

Neste mesmo sentido, Rodrigo Bordalo assevera que “a despersonalização dos órgãos não lhes retira a condição de sujeito de direito, na medida em que o ordenamento atribui a estes núcleos organizacionais capacidades jurídicas específicas”¹⁸⁰.

No direito brasileiro, as relações de competência entre os órgãos foram estudadas de maneira aprofundada e pioneira por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello¹⁸¹, que realiza uma análise da natureza destas relações, concluindo pelo seu caráter jurídico. Tais lições foram retomadas por Sílvio Luís Ferreira da Rocha¹⁸², que trata das relações entre órgãos como relações jurídicas internas de uma mesma pessoa jurídica.

Sílvio Luís Ferreira da Rocha¹⁸³ classifica as relações jurídicas entre os órgãos em alternadas, interdependentes e de conflitos. As relações alternadas ocorrem quando a competência é exercida por mais de um órgão; as relações interdependentes se dão quando um órgão detém competências afins com as competências de outro órgão, de maneira que há

¹⁷⁷ CAETANO, Marcello. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. 2. reimp. portuguesa da ed. brasileira de 1977. Coimbra: Almedina, 2003, p. 70.

¹⁷⁸ Neste sentido, José Maurício Conti, quando trata da autonomia dos entes federativos no Direito brasileiro, assevera que: “No Estado Federado, de outra sorte, não se há de falar em autonomia, política ou administrativa, sem autonomia financeira, cuja inexistência elide totalmente o conceito” (CONTI, José Maurício. **Federalismo Fiscal**. São Paulo: Manole, 2004, p. 69).

¹⁷⁹ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 180-182.

¹⁸⁰ BORDALO, Rodrigo. **Os órgãos colegiados no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 128.

¹⁸¹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 120.

¹⁸² ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 108.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 108-112.

coparticipação de um na manifestação do outro; as relações de conflitos de competência se verificam quando dois ou mais órgãos disputam a competência entre si (conflito positivo) ou quando declinam da competência (conflito negativo).

Considerando a organização administrativa brasileira e os fins a que se propôs o presente trabalho, importa a análise das relações alternadas, quando é atribuída competência a mais de um órgão administrativo ou agente.

Nas relações de competência alternadas, não obstante os órgãos possuam competência comum sobre determinado tema, um deles detém a competência ordinária e o outro a excepcional, extraordinária, sendo que este último poderá exercer a competência atribuída por lei tão somente quando verificados certos pressupostos¹⁸⁴.

As relações alternadas se subdividem em relações de suplência ou substituição, de prorrogação, de delegação, avocação e deferimento. Na suplência ou substituição, os suplentes existem para o fim específico de ocupar os lugares ou cargos públicos dos titulares na impossibilidade momentânea, ausência, afastamento ou vacância destes. A prorrogação de competência verifica-se quando ao servidor público é determinado que aguarde no cargo até a assunção deste por novo titular, para assegurar a continuidade do serviço público. Já a delegação e a avocação configuram hipóteses de transferência de competência. A delegação constitui a transferência da competência a titular de outro cargo jurídico e a avocação, ao revés, é ato jurídico pelo qual o superior hierárquico assume o exercício da competência e cargo público do inferior. Por último, o deferimento de competência ocorre quando o inferior hierárquico submete ao superior a resolução de assunto de sua competência em determinado caso concreto, para que sane dúvidas e receba orientações¹⁸⁵.

Merece destaque para os fins do presente trabalho uma outra subdivisão das relações alternadas, não usual, porém adotada no Direito Administrativo comparado, a “competência alternativa incondicionada”. De acordo com a doutrina de Paulo Otero, trata-se de hipótese em que “a lei atribui de forma igual a mesma competência a dois órgãos independente de qualquer condição suspensiva para o respectivo exercício”¹⁸⁶. É competente tanto um como o outro órgão.

¹⁸⁴ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 120.

¹⁸⁵ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 109-111.

¹⁸⁶ OTERO, Paulo. **O poder de substituição em direito administrativo**. Enquadramento dogmático-constitucional. v. 2. Lisboa: Lex, 1995, p. 386.

Diogo Freitas do Amaral analisa este tipo de relação alternada quando trata da competência comum simultânea, ao classificar as competências públicas, e a conceitua como “aquela em que dois ou mais órgãos são igualmente competentes para a prática de um certo acto administrativo: a competência para praticar esse acto é, pois, comum aos vários órgãos habilitados a dispor acerca da matéria em causa”¹⁸⁷.

No Direito brasileiro, Rodrigo Bordalo¹⁸⁸ reconhece a classificação da competência comum simultânea em nosso ordenamento jurídico quando distingue a competência com base nas relações interorgânicas a partir da doutrina de Diogo Freitas do Amaral.

Segundo Paulo Otero, “o carácter incondicionado da competência decorre de a lei não estipular um limite ou condição à iniciativa do exercício dos poderes por parte de qualquer dos órgãos competentes: sempre que o queira, qualquer um dos órgãos se pode antecipar e exercer a competência dispositiva”¹⁸⁹.

Na competência alternativa incondicionada ou competência comum simultânea, quando “a lei atribui a mesma competência a dois ou mais órgãos, estabelecendo entre eles uma competência comum ou coletiva, pode a própria lei considerar perfeito o acto praticado com a intervenção de qualquer um dos órgãos competentes”¹⁹⁰.

No Direito Administrativo brasileiro, como se verá, as relações de competência alternativa incondicionada ganham relevo diante da atribuição, pelo legislador, de competências de mesmo conteúdo a diferentes órgãos e entidades da Administração Pública, dotados de certa autonomia.

¹⁸⁷ AMARAL, Diogo Freitas do. **Conceito e natureza do recurso hierárquico**. 2. ed., v. 1, Coimbra: Almedina, 2005, p. 67.

¹⁸⁸ BORDALO, Rodrigo. **Os órgãos colegiados no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 55.

¹⁸⁹ OTERO, Paulo. **O poder de substituição em direito administrativo**. Enquadramento dogmático-constitucional. v. 2. Lisboa: Lex, 1995, p. 415.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 414.

3.1.3 A Administração direta e indireta da União

Os Estados, Distrito Federal e Municípios determinam suas respectivas organizações, contudo, de um modo geral, não discrepam dos lineamentos estabelecidos para a estrutura da organização federal, isto é, da União¹⁹¹.

No âmbito federal, o Decreto-Lei 200/1967 estabelece a divisão da Administração Pública em Administração direta e indireta (artigo 4º, incisos I e II). Em tese, tal divisão deveria coincidir com os conceitos de centralização e descentralização administrativa, de maneira que a “Administração centralizada” seria sinônimo de “Administração direta” e a “Administração descentralizada” corresponderia à “Administração indireta”. Percebe-se, no entanto, que o critério adotado para essa classificação foi o orgânico ou subjetivo, considerando-se unidades integrantes da Administração Federal aquelas que compõem a sua estrutura, independente da natureza substancial da atividade que exercem ou mesmo do regime jurídico que lhes corresponda. Ficaram à margem desta classificação, portanto, os concessionários e permissionários de serviços públicos, por serem alheios ao aparelho estatal¹⁹².

De acordo com o Decreto-Lei 200/1967, a Administração direta é a “que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios” (artigo 4º, inciso I).

A Administração Pública executa suas atividades diretamente, ou seja, por meio de seus órgãos e agentes. Quem exerce a atividade administrativa é a própria Administração, por meio do conjunto orgânico que lhe compõe a intimidade¹⁹³. As atividades centralizadas são prestadas pelo Estado por seus órgãos centrais e repartições, sendo ao mesmo tempo titular e prestador da atividade, ou seja, a prestação se dá sob sua exclusiva responsabilidade¹⁹⁴.

A Administração Pública, conforme já adiantado, pode também prestar atividades administrativas através de outros sujeitos, outorgando a capacidade de direito e de agir a

¹⁹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 156.

¹⁹² *Ibidem*, p. 156-159.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 153.

¹⁹⁴ ARAUJO, Edmir Netto de. **Administração indireta brasileira**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 24.

pessoas coletivas, para o alcance de uma dada finalidade pública. Trata-se da Administração indireta, formada por pessoas jurídicas, também denominadas de entidades, com personalidade jurídica própria. Na pessoa coletiva, também chamada jurídica, a atribuição de personalidade é meio indispensável para a realização de interesses comuns de caráter duradouro ou de custos elevados¹⁹⁵.

Por constituírem entidades da Administração indireta, passam a deter a titularidade e a execução do serviço e, por conseguinte, desempenham o serviço com autonomia em relação à pessoa que as criou, não se submetem a um vínculo de hierarquia, mas a um vínculo de controle, que consubstancia o “poder que assiste à Administração Central de influir sobre elas com o propósito de conformá-las ao cumprimento dos objetivos públicos em vista dos quais foram criadas, harmonizando-as com a atuação administrativa global do Estado”¹⁹⁶.

Os poderes no vínculo de controle, ao contrário do que ocorre na hierarquia, não se presumem. O controle das entidades da Administração indireta, portanto, existe nos casos, forma e modos que a lei estabelece. A ingerência da Administração Central sob os atos de suas criaturas, pessoas jurídicas, e a própria integração de suas atividades deverão ser realizadas conforme os meios previstos em lei¹⁹⁷.

O legislador tem o papel de estabelecer as espécies típicas de entidades que podem ser criadas para compor a Administração indireta. No âmbito da União, o Decreto-Lei 200/1967, diploma que se propôs a regular a estrutura administrativa da organização federal, especifica as entidades que compõem a Administração indireta em seu artigo 4º, inciso II: (i) as autarquias; (ii) as empresas públicas, (iii) as sociedades de economia mista e (iv) as fundações públicas.

Observa-se que, além das entidades referidas no Decreto-lei 200/67, a Lei 11.107/2008, que dispõe sobre as normas gerais de contratação de consórcios, determinou que estes se personificassem, constituindo uma associação pública – prevista pelo mesmo diploma legal que alterou o artigo 41, inciso IV da Lei 10.406/2002 (o Código Civil) – ou uma pessoa

¹⁹⁵ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 99-100.

¹⁹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 166.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 168.

jurídica de direito privado (artigo 6º da Lei 11.107/2008¹⁹⁸). As associações públicas e os consórcios públicos passaram, então, a compor o rol da Administração indireta¹⁹⁹.

Figuram entre as espécies de pessoas jurídicas da Administração indireta as consideradas de direito público e as de direito privado. As autarquias, por serem pessoas jurídicas de Direito Público, são titulares de interesses públicos. Tendo em vista que a lei, ao criar uma dada entidade autárquica – pessoa jurídica de Direito Público com capacidade exclusivamente administrativa – e, por conseguinte, acometer-lhe uma determinada atividade, tal atividade passará a ser, *ipso facto*, uma atividade típica da Administração Pública²⁰⁰.

Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰¹ indica como elementos intrínsecos de toda e qualquer autarquia: autonomia administrativa, financeira, funcional, patrimonial e da gestão de recursos humanos ou de quaisquer outros recursos que lhe pertençam; autonomia em suas decisões técnicas; ausência de vínculo hierárquico com a Administração Central. O que pode variar é o grau de autonomia dessas entidades.

Do processo de modernização do Estado, com o advento da “Reforma Administrativa”, ressalta-se a importância, para o presente estudo, de uma das medidas preconizadas pelo Estado²⁰²: a criação de um grupo especial de autarquias denominadas “agências reguladoras”. A ideia por trás da criação das agências reguladoras, que consubstanciam autarquias sob regime especial, foi a de que desfrutariam de uma liberdade maior do que as demais autarquias²⁰³.

¹⁹⁸ “Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

I – de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções;

II – de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.

§ 1º O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados.

§ 2º No caso de se revestir de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT”.

¹⁹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 503.

²⁰⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 164-165.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 178.

²⁰² Existe também outra categoria de agência autárquica: a agência executiva, para a execução de certas atividades administrativas típicas do Estado e, ao contrário da agência reguladora, não tem como função precípua exercer controle sobre entidades privadas, mas executar e implementar uma atividade descentralizada.

²⁰³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, p. 173.

Em verdade, conforme registra Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰⁴, as autarquias com funções reguladoras não constituíam novidade quando da “Reforma Administrativa”, sendo novo tão somente o termo com que foram batizadas, atribuindo-lhe um suposto prestígio de ostentar uma terminologia norte-americana (“agência”). O Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE), anterior à reforma, por exemplo, era uma autarquia que cumpria exatamente a finalidade ora irrogada à ANEEL.

A essas autarquias reguladoras foi atribuída a função básica de controle e fiscalização. Para José dos Santos Carvalho Filho, as agências reguladoras classificam-se como autarquias de controle, “cuja função primordial consiste em exercer controle sobre as entidades que prestam serviços públicos ou atuam na área econômica por força de concessões e permissões de serviços públicos”²⁰⁵.

Apesar de não ser possível estabelecer um perfil jurídico único, uniforme e inalterável às agências reguladoras, a doutrina costuma identificar algumas características que se repetem entre elas. Marcos Augusto Perez²⁰⁶ aponta como tal: autonomia gerencial, administrativa e financeira ampliada em relação às autarquias comuns; independência hierárquica em relação à Administração Direta; independência assegurada em razão de seus dirigentes possuírem mandato e estabilidade na função; acumulação de funções de regulamentação, fiscalização, sancionatórias e contenciosas.

Celso Antônio Bandeira de Mello, de igual modo, diferencia as agências reguladoras das demais autarquias em razão das disposições atinentes à investidura e fixidez do mandato de seus dirigentes²⁰⁷.

José dos Santos Carvalho Filho²⁰⁸ estabelece como elementos definidores das autarquias em regime especial o poder normativo técnico, a autonomia decisória, a independência administrativa e a autonomia econômico-financeira.

As fundações públicas, por sua vez, são pessoas jurídicas de Direito Público, não obstante a incorreta afirmação normativa do Decreto-lei 200/1967, que define fundação pública como “entidade dotada de personalidade jurídica de Direito Privado” (artigo 5º, IV).

²⁰⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 176.

²⁰⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 516.

²⁰⁶ PEREZ, Marcos Augusto. As agências reguladoras no direito brasileiro: origem, natureza e função. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, Juruá, v. 2, n. 5, pp. 59-99, 2000, p. 64.

²⁰⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 178.

²⁰⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 519.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰⁹, a Constituição Federal, ao fazer referência aos servidores das fundações públicas, aclarou a questão, determinando que seus servidores, assim como aqueles da Administração direta e autárquica, ficariam submetidos ao mesmo teto remuneratório (artigo 37, XI²¹⁰) e receberiam tratamento equivalente ao dos servidores do Estado e de suas autarquias (artigos 38 e 169, §3º, II²¹¹; e artigo 19 do ADCT²¹²). A Constituição também situou-as em paralelismo no regime público no que se refere às normas gerais de licitação e contratos administrativos (artigo 22, XXVII²¹³).

²⁰⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 188-189.

²¹⁰ “XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;”

²¹¹ “Art. 38. Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições:

I - tratando-se de mandato eletivo federal, estadual ou distrital, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função;
II - investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração;

III - investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, será aplicada a norma do inciso anterior;

IV - em qualquer caso que exija o afastamento para o exercício de mandato eletivo, seu tempo de serviço será contado para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento; V - para efeito de benefício previdenciário, no caso de afastamento, os valores serão determinados como se no exercício estivesse.

[...]

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. [...]

§ 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências: [...] II - exoneração dos servidores não estáveis”.

²¹² “Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

§ 1º O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do caput deste artigo, exceto se se tratar de servidor.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei”.

²¹³ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; [...]”.

As associações públicas detêm personalidade jurídica de Direito Público, consoante prevê o artigo 6º, I, da Lei 11.107/2005, quando derivadas da formação de consórcio público, com natureza autárquica, tal como ocorre com as fundações governamentais de Direito Público. Consequentemente, às associações são atribuídas as mesmas prerrogativas dispensadas pela ordem jurídica às autarquias em geral²¹⁴.

Nesta mesma linha, José dos Santos Carvalho Filho conceitua associação pública como “modalidade de autarquia, de caráter associativo, resultante da formação de consórcio público, que visa alcançar objetivos de interesse comum, com base no intuito de cooperação mútua alvitado pelos consorciados”²¹⁵.

O consórcio público pode ser pessoa jurídica de Direito Público ou Privado, criada por dois ou mais entes federativos para a gestão associada de serviços públicos, prevista no artigo 241 da Constituição Federal²¹⁶. Sob personalidade de Direito Público, constitui-se debaixo da forma de associação pública e detém natureza autárquica; sob personalidade de Direito Privado, rege-se pela legislação civil e pelas disposições da Lei 11.107/2005 não derogadas pelo Direito Público.²¹⁷

Por último, as empresas estatais da União, isto é, as empresas públicas e sociedades de economia mista federais, são constituídas sob a forma de pessoas jurídicas de Direito Privado, criadas por força de autorização legal como instrumento de ação do Estado. Celso Antônio Bandeira de Mello²¹⁸ anota que as empresas públicas detêm o capital formado unicamente por recursos de pessoas de Direito Público interno ou de pessoas da Administração indireta, com predominância acionária residente na esfera federal. As sociedades de economia mista, por sua vez, são constituídas sob a forma de sociedade anônima e suas ações com direito a voto pertencem em sua maioria à União ou a entidade de sua Administração indireta.

²¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 533.

²¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Consórcios públicos**. Lei nº 11.107, de 06.04.2005, e Decreto nº 6.017, de 17.01.2007. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 34.

²¹⁶ “Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”.

²¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 612.

²¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 191-195.

A doutrina discute a possibilidade de delegação da atividade sancionatória a pessoas jurídicas vinculadas à Administração Pública, isto é, que integrem a sua estrutura (Administração indireta), e se tal atividade poderia ser outorgada não só a pessoas jurídicas de Direito Público, como também a pessoas jurídicas de Direito Privado²¹⁹.

Heraldo Garcia Vitta²²⁰ assevera que, na polícia administrativa, a Administração Pública só pode atuar diretamente, isto é, por meio de seus órgãos, ou mediante pessoas jurídicas de natureza pública. Neste sentido, é também a doutrina de Cirne Lima²²¹ e Luis Manuel Fonseca Pires²²².

José dos Santos Carvalho Filho²²³ reconhece a delegação a pessoas jurídicas de Direito Público ou Privado, desde que estejam preenchidas três condições: (i) a pessoa jurídica deve integrar a estrutura da Administração indireta; (ii) a competência delegada deve ter sido conferida por lei; (iii) o poder de polícia deve se restringir a atos de natureza fiscalizatória, ou seja, a uma função executória e não inovadora quanto às limitações à liberdade e propriedade.

Já Alexandre Santos de Aragão²²⁴ perfilha do entendimento de que o “poder de polícia”, em princípio, só pode ser delegado a pessoas jurídicas de Direito Público, no entanto, admite uma atenuação quanto à questão da indelegabilidade a pessoas jurídicas de Direito Privado quando integrantes da Administração Pública indireta, citando como exemplo empresas públicas municipais com competências de polícia administrativa de trânsito.

Vitor Rhein Schirato²²⁵, ao tratar das empresas estatais, também apresenta um entendimento favorável à delegação a pessoas jurídicas de Direito Privado, porém, coloca como condicionantes a impossibilidade de desempenho concomitante de atividade econômica em sentido estrito e de participação de capital privado em sua constituição.

²¹⁹ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 495.

²²⁰ VITTA, Heraldo Garcia. **Poder de polícia**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 139.

²²¹ CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 306.

²²² PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Limitações administrativas à liberdade e à propriedade**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 241.

²²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 85.

²²⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 197.

²²⁵ SCHIRATO, Vitor Rhein. Novas anotações sobre as empresas estatais. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar/FGV, n. 239, pp. 209-240, jan./mar., 2005, p. 210-228.

Roque Carrazza²²⁶ também admite a delegação de “atos de polícia”, por meio de lei, às empresas públicas e sociedades de economia mista que são, tão só quanto à forma, pessoas de Direito Privado. Quando delegatárias de “atos de polícia”, as empresas públicas e sociedades de economia mista são instrumentos do Estado, com um regime jurídico de Direito Público.

Em suma, não há consenso na doutrina, sendo ainda polêmica a questão da delegação do “poder de polícia”, que abarca a aplicação de sanções administrativas a pessoas jurídicas de Direito Privado, ainda que integrantes da Administração Pública indireta.

No campo jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça ordena as atividades de “poder de polícia” em quatro grandes grupos: legislação, consentimento (outorgas de direitos), fiscalização e sanção, e vem se inclinando no sentido de consentir a delegação do “poder de polícia” quanto aos atos de “consentimento” e “fiscalização” às pessoas jurídicas de Direito Privado integrantes da Administração indireta, como as empresas públicas e sociedades de economia mista, mas interditar a possibilidade de delegação da competência de legislar, bem como do exercício da atividade sancionatória, isto é, da imposição de sanções²²⁷. Neste sentido, é o acórdão prolatado em 10.11.2009 nos autos do Recurso Especial 817.534, sob relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques. Importante registrar, no entanto, que o acórdão proferido nos autos do Recurso Especial 817.534 ainda não transitou em julgado, já que está pendente a análise de Recurso Extraordinário 662.186 pelo Supremo Tribunal Federal, ao qual foi reconhecida a repercussão geral.

Marcos Augusto Perez²²⁸, ao analisar a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 817.534, anota que a abordagem realizada pela Corte Superior seria equivocada, considerando que o ‘poder de polícia’ seria uma função estatal equiparável em importância e essencialidade aos serviços públicos, inexistindo, portanto, fundamento para a indelegabilidade das atividades de poder de polícia a entidades privadas.

O autor registra ainda que a delegação de execução de atividades de ordenação administrativa é prática corriqueira da Administração Pública brasileira. Cita, dentre os exemplos, a delegação da fiscalização de trânsito a empresas públicas como a Companhia de

²²⁶ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 31. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 875.

²²⁷ PIRES, Luis Manuel Fonseca. Sobre a delegação do “poder de polícia”. **Revista Brasileira de Direito Municipal**, Belo Horizonte, ano 15, n. 53, pp. 97-106, jul./set., 2014, p. 103-105.

²²⁸ PEREZ, Marcos Augusto. Delegação das atividades chamadas de polícia administrativa ou poder de polícia. **Fórum Administrativo Direito Público**, Belo Horizonte, ano 10, n. 111, maio 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=67011>>. Acesso em: 10 out. 2018.

Transporte de Salvador (CTS), Companhia de Transportes Urbanos de Grande Vitória (CETURB-GV), Urbanização de Curitiba S/A (Urbs), Companhia de Trânsito e Transporte Urbano de Recife (CTTU), Companhia de Engenharia de Tráfego do Rio de Janeiro (CET-RJ), Companhia de Engenharia de Tráfego de São Paulo (CET-SP) e Empresa Pública de Transporte e Circulação de Porto Alegre (EPTC)²²⁹.

De fato, nos termos do Decreto-Lei 200/1967, as autarquias são predispostas “para executar atividades típicas da Administração Pública” (artigo 5º, I), ao passo que as empresas públicas e sociedades de economia mista se dispõem à “exploração de atividade econômica” (artigo 5º, II e III). No entanto, conforme assevera Marcos Augusto Perez²³⁰, as empresas estatais não só atuam no domínio econômico como também podem ser constituídas para descentralizar a execução de funções estatais.

Há uma impropriedade dos conceitos legais de empresa pública e sociedade de economia mista previstos no Decreto-lei 200, uma vez que parecem desconsiderar o mais significativo contingente de empresas estatais do país, “que é constituído justamente por prestadoras de serviços públicos ou de outras atividades caracteristicamente públicas”²³¹.

Aliás, muito embora o legislador brasileiro²³² e boa parte da doutrina não demonstrarem uma preocupação em realizar uma distinção mais precisa entre as empresas que executam atividade econômica e as que prestam serviços públicos, a própria Constituição Federal aparta estas duas figuras (artigo 173 da Constituição Federal)²³³.

A maioria da doutrina costuma admitir a delegação tão somente a pessoas jurídicas de Direito Público, como autarquias e fundações públicas, dada a proximidade com o regime jurídico de Direito Público. No entanto, nada impede que uma entidade de Direito Privado da Administração Pública seja constituída para a consecução de objetivos públicos e suas relações sejam regidas pelo Direito Público. Conforme assevera Celso Antônio Bandeira de Mello, “saber-se se uma pessoa criada pelo Estado é de Direito Privado ou de Direito

²²⁹ PEREZ, Marcos Augusto. Delegação das atividades chamadas de polícia administrativa ou poder de polícia. **Fórum Administrativo Direito Público**, Belo Horizonte, ano 10, n. 111, maio 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=67011>>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

²³⁰ Ibidem.

²³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 194-197.

²³² É o que se verifica, por exemplo, da Lei 13.303/2016, diploma que se propôs a dispor acerca do estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

²³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 603.

Público é meramente uma questão de examinar o regime jurídico estabelecido na lei que a criou”²³⁴.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²³⁵ anota que a diferença primordial entre as pessoas jurídicas com personalidade de Direito Público e as pessoas jurídicas com personalidade de Direito Privado que compõem a Administração indireta está nas prerrogativas e restrições próprias do regime jurídico administrativo, como a autoexecutoriedade, autotutela, sujeição à legalidade, à licitação, à realização de concursos públicos, entre outros aspectos.

Observe-se que, não obstante as entidades da Administração indireta estejam disciplinadas no Decreto-lei 200/1967, “a ausência de uma norma geral atualizada em matéria de organização administrativa permitiu e permite que em cada lei ordinária se redefina conceitualmente as entidades da administração indireta do Estado”²³⁶.

Sem a pretensão de incursionar no tema acerca dos desencontros conceituais e o prejuízo ao funcionamento regular e ágil da Administração Pública que radicam da falta de um quadro normativo nítido do regime jurídico de suas entidades, o fato é que a lei específica estabelece a “disciplina que vale casuisticamente para aquela entidade criada ou autorizada”²³⁷, determinando, dentre outros aspectos, o grau de autonomia da entidade, a composição dos seus quadros dirigentes e o controle de sua atuação pela Administração Direta²³⁸. Portanto, é na análise da lei que cria ou autoriza a instituição de determinada entidade da Administração indireta que se verifica a possibilidade de delegação.

Assim, o que importa é que haja expressa delegação do exercício da atividade sancionatória por meio de lei e que o delegatário seja uma entidade integrante da Administração Pública com um regime jurídico de Direito Público, ainda que a entidade seja constituída sob a forma de pessoa jurídica de Direito Privado²³⁹, como as empresas estatais. Destaque-se, contudo, que, em tais hipóteses, faz-se mister a observância de certas cautelas

²³⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 188.

²³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 548.

²³⁶ MODESTO, Paulo. Anteprojeto de Nova Lei de Organização Administrativa: Síntese e Contexto. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 27, jul./set. 2011. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-27-SETEMBRO-2011-PAULO-MODESTO.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2018.

²³⁷ Ibidem.

²³⁸ Ibidem.

²³⁹ Anote-se, entretanto, que com a adoção de forma societária de sociedade anônima nas sociedades de economia mista, entra em cena o escopo de lucro característico desta figura, o que deve ser analisado com a devida cautela para a delegação da atividade administrativa sancionatória.

quando da delegação: ausência de conflito entre os interesses público e privado, afastamento do setor econômico de mercado e o acidentalismo do poder de polícia, isto é, que a entidade não o exerça como essência institucional, mas sim em decorrência da própria prestação do serviço público²⁴⁰.

²⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 85.

CAPÍTULO 4 - O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE SANCIONATÓRIA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A SOBRECARGA PUNITIVA

Diferente do que ocorre em outras instâncias, como no Direito Penal, em que as penalidades são aplicadas por uma única instituição, o Poder Judiciário, as sanções no âmbito administrativo apresentam maior heterogeneidade, uma vez que as entidades competentes para aplicar penalidades às infrações administrativas praticadas pelos administrados, hodiernamente, correspondem a diferentes esferas da Administração Pública (federal, estadual e municipal) ou mesmo a entidades e órgãos diversos ainda que de um mesmo ente federativo²⁴¹.

Com a Reforma Administrativa do Estado brasileiro na segunda metade da década de 1990, referido quadro adquiriu maiores proporções, tendo em vista o novo perfil da Administração Pública, marcado pelo maior grau de autonomia conferido aos seus órgãos e entidades.

De fato, “o legislador, ao criar infração e sanção administrativas, pode outorgar a diferentes órgãos administrativos a competência para a imposição da medida sancionadora”²⁴². No entanto, a partilha de competências com relação a determinada matéria pode gerar sobreposição de centros decisórios de poder quando não há uma atuação de maneira cooperativa entre os órgãos e entidades competentes.

Em matéria de Direito do Consumidor, Rafael Munhoz de Mello²⁴³ e Sérgio Pinheiro Marçal²⁴⁴ apontam o problema da atribuição de competência a diversos órgãos para a fiscalização e exercício da atividade sancionatória sobre a mesma matéria, o que pode culminar na multiplicidade de sanções aplicadas a um mesmo sujeito. As sanções estatuídas nos diplomas legais que regem o Direito do Consumidor – Lei 8.078/1990 e Decreto 2.181/1997 – são aplicadas pelos órgãos que integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor: a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE e os demais órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais.

²⁴¹ GÓMEZ PADILLA, Remedios. Concurso de normas y de infracciones en el derecho administrativo sancionador. **Revista jurídica de Castilla-La Mancha**, Castilla-La Mancha, n. 41, noviembre, pp. 137-160, 2006, p. 145.

²⁴² 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. 211.

²⁴³ Ibidem, p. 211.

²⁴⁴ MARÇAL, Sérgio Pinheiro. Múltipla penalidade administrativa: violação ao princípio do *non bis in idem*. **Revista do advogado**, São Paulo, n. 114, pp. 152-155, dez., 2011, p. 153.

Helena Regina Lobo da Costa²⁴⁵ aponta uma outra sobreposição: a sobreposição normativa no âmbito do direito administrativo sancionador, assinalando que a Lei 12.846/2013 estabelece em seu artigo 30 que a aplicação de sanções previstas naquele diploma legal não afeta os processos de responsabilização e aplicação de sanções decorrentes “de 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”. À título de exemplo, a infração de fraude à licitação pode ser enquadrada no artigo 5º, inciso IV, letra “c” da Lei 12.846/2013²⁴⁶, como também no artigo 95 da Lei 8.666/1993²⁴⁷.

A sobreposição normativa também pode ser causa da sobreposição de centros decisórios de poder, na medida em que as diversas normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto podem atribuir a diferentes órgãos ou entidades a competência para a apuração da infração administrativa e para a aplicação de sanção.

Esta sobreposição de centros decisórios de poder acarreta acumulação de sanções aplicadas por diferentes autoridades administrativas em razão de um mesmo fato e fundamento. A questão, no entanto, comporta posicionamentos diversos da doutrina, sendo que alguns estudiosos defendem a possibilidade de acumulação com fundamento na autonomia dos órgãos e entidades administrativas e no princípio da legalidade, baseando-se na interpretação literal da lei.

Patricia Toledo de Campos²⁴⁸ afirma não haver antinomias na aplicação das Leis 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos) e 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – “Lei do RDC”). Admite, portanto, a aplicação simultânea de sanções administrativas de espécies

²⁴⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ne bis in idem* e Lei Anticorrupção: sobre os limites para a imposição de sanção pelo Estado. **Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=236102>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

²⁴⁶ “Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: [...] IV - no tocante a licitações e contratos: [...] c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; [...]”.

²⁴⁷ “Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida”.

²⁴⁸ CAMPOS, Patricia Toledo. Comentários à Lei nº 12.846/2013 – Lei anticorrupção. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 02, n. 01, p. 160-185. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/80943>. Acesso em: 13 nov. 2018, p. 172-173.

diferentes previstas nessas legislações, pois teriam expressamente conferido tal possibilidade aos órgãos e entidades da Administração Pública.

No âmbito jurisprudencial, os tribunais pátrios têm admitido o exercício da competência sancionatória administrativa de forma simultânea por mais de um órgão ou entidade da Administração Pública:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. OFENSA AOS ARTS. 535 E 557 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. APLICAÇÃO DE MULTA ADMINISTRATIVA PELO PROCON. POSSIBILIDADE. ATUAÇÃO DA ANATEL. COMPATIBILIDADE. 1. O Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos. 2. A alegação de eventual nulidade em razão do recurso ter sido apreciado monocraticamente fica superada com a reapreciação da matéria pelo órgão colegiado em sede de agravo regimental. 3. O entendimento do Tribunal a quo, no sentido de que o PROCON tem poder de polícia para impor multas decorrentes de transgressão às regras ditadas pela Lei nº 8.078/90, está em sintonia com a jurisprudência do STJ. 4. Ademais, conforme entendimento já registrado nesta Corte, a atuação do PROCON ‘não exclui nem se confunde com o exercício da atividade regulatória setorial realizada pelas agências criadas por lei, cuja preocupação não se restringe à tutela particular do consumidor, mas abrange a execução do serviço público em seus vários aspectos, a exemplo da continuidade e universalização do serviço, da preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e da modicidade tarifária’ (REsp 1.138.591/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2009, DJe 05/10/2009). 5. Agravo regimental a que se nega provimento.²⁴⁹

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MULTA APLICADA PELO PROCON À COMPANHIA DE SEGUROS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. DESPROVIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO. 1. Na hipótese examinada, a ora recorrente impetrou mandado de segurança contra ato do Secretário de Justiça e Direitos Humanos do Estado da Bahia, em face da aplicação de multa administrativa em decorrência de processo que tramitou no PROCON, a qual violaria direito líquido e certo por incompetência do órgão de proteção ao consumidor, pois as companhias de seguro somente podem ser supervisionadas pela SUSEP. 2. O tema já foi analisado por esta Corte Superior, sendo consolidado o entendimento de que o PROCON possui legitimidade para aplicar multas administrativas às companhias de seguro em face de infração praticada em relação de consumo de comercialização de título de capitalização e de que não há falar em bis in idem em virtude da inexistência da cumulação de competência para a aplicação da referida multa entre o órgão de proteção ao consumidor e a SUSEP. 3. Nesse sentido, em hipóteses similares, os seguintes precedentes

²⁴⁹ STJ, AgRg no REsp 1112893/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. 02/10/2014, DJe 17/10/2014.

desta Corte Superior: RMS 24.708/BA, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 30.6.2008; RMS 25.065/BA, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 5.5.2008; RMS 26.397/BA, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 11.4.2008; RMS 25.115/BA, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 28.3.2008. 4. Desprovemento do recurso ordinário.²⁵⁰

Baseando-se em uma interpretação literal dos dispositivos legais que atribuem competência aos órgãos e entidades da Administração Pública para a aplicação de sanções, a conclusão seria de que a cumulação de sanções por um mesmo fato e fundamento estaria protegida e admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, tal questão não apresenta tão simples solução quanto aparenta. A restrição de direitos dos administrados, seja no âmbito penal, seja no administrativo, é estribada em um sistema de limites e obrigações que se impõe ao exercício do *ius puniendi* estatal, reduzindo-o ao mínimo necessário e impedindo o seu exercício de forma arbitrária. A doutrina de Luigi Ferrajoli²⁵¹, retomando as lições de Cesare Beccaria, desenvolveu e sistematizou a teoria do garantismo penal. A ideia de garantismo jurídico representa um pilar fundamental do Estado Democrático de Direito, considerando que o Direito Penal tem por finalidade, além de reprimir a prática de condutas proibidas pelo ordenamento jurídico, proteger os direitos do cidadão.

No Brasil, o Direito Administrativo sancionador deve ser entendido como um limite ao exercício da pretensão punitiva da Administração. Em um Estado Democrático de Direito, é imprescindível a conformação da atividade administrativa sancionatória às garantias substanciais e processuais dos administrados, considerando que o Direito Administrativo sancionador, assim como o Direito Penal, encampa um sistema de garantias.

Diante da existência de espaços de sobreposição de centros decisórios de poder, cumpre examinar, à luz das garantias dos administrados em processos administrativos restritivos de direitos, se tal sobreposição é admissível, ou seja, se seria possível o exercício da atividade sancionatória, atribuída por lei, pelas diversas autoridades administrativas, concomitante e/ou sucessivamente.

Neste sentido, Helena Regina Lobo da Costa²⁵² anota que se deve analisar a possibilidade ou não de acumulação de sanções com base nos direitos e garantias dos

²⁵⁰ STJ, RMS 24.921/BA, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, j. 21/10/2008, DJe 12/11/2008.

²⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 785-789.

²⁵² COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ne bis in idem* e Lei Anticorrupção: sobre os limites para a imposição de sanção pelo Estado. **Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=236102>>. Acesso em: 11 nov. 2018

administrados, mormente pela análise dos contornos do princípio do *non bis in idem*, tendo em vista que a instauração de mais de um processo administrativo pelas diversas autoridades competentes para a apuração de uma mesma infração pode ocasionar a aplicação de diversas sanções administrativas, o que caracterizaria a dupla sanção.

Portanto, a questão que se coloca neste trabalho e que será analisada no tópico seguinte dedicado à análise dos contornos do princípio da proibição do *bis in idem* é se uma mesma infração poderia ser apurada e, eventualmente, apenada por diferentes autoridades administrativas no exercício da atividade sancionatória da Administração Pública. Eis o cerne do presente estudo.

CAPÍTULO 5 - O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO *BIS IN IDEM*

5.1 Conceito

A proibição do *non bis in idem* encontra sua primeira formulação positiva na Constituição francesa de setembro de 1791, que estabeleceu, dentre outras garantias no âmbito criminal, que o indivíduo absolvido por um tribunal de júri não pode mais ser julgado ou acusado novamente em razão do mesmo fato²⁵³.

No entanto, a despeito de não haver previsão expressa em seu texto constitucional, a Espanha²⁵⁴ foi precursora do desenvolvimento do princípio do *non bis in idem*, fundamentando-o nos princípios da legalidade, segurança jurídica e proporcionalidade²⁵⁵.

²⁵³ MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. **Boletim científico**, Brasília, n. 16, pp. 11-75, jul/set., 2005, p. 29.

²⁵⁴ No que se refere à definição da Espanha quanto à sua organização política-administrativa, entende-se como Estado social e democrático de Direito e como monarquia parlamentar. A doutrina de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández dispõe acerca do sistema espanhol e como foi configurado, a partir do princípio da divisão de poderes: “Hemos puesto especial insistencia en subrayar la importancia del principio de división de poderes como marco en el que nacen y se desarrollan la administración y el derecho administrativo contemporáneos, aserto en que tendremos ocasión de insistir también más adelante desde otras perspectivas. [...] Hoy este principio, aunque no proclamado de manera formal, luce claramente en la Constitución de 1978. Los títulos III, IV y VI de su texto tratan, respectivamente, ‘de las Cortes Generales’ (que, al representar al pueblo español, ‘ejercen la potestad legislativa’, art. 66), ‘del gobierno y de la administración’ (sometido ‘al imperio de la ley’, art. 117). Como se notará, solo a este último se ha respetado el nombre tradicional de ‘poder’, pero los conceptos utilizados para los demás y, sobre todo, la regulación general de todos ellos son inequívocos en el sentido de la teoría tradicional de la división de poderes, en su versión de régimen parlamentario (Const., art. 1.3 y tít. v), y ello sin implicar en manera alguna, como en la formulación francesa revolucionaria, la exención judicial del ejecutivo. De este modo, las dificultades que un sistema ‘de unidad de poder’ pudo implicar para la teoría jurídica de la administración y para el derecho administrativo, han quedado del todo eliminadas, así como consagrado de manera solemne el principio del ‘sometimiento pleno’ de la administración a la ley y al derecho (art. 103.1) y al correlativo control plenário judicial (art. 106.1). [...] Así resulta del artículo 2.2 de la ley de Organización y Funcionamiento de la administración General del Estado, de 14 de abril de 1997 (Lofage): ‘La administración general del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa con personalidad jurídica única’. La personificación de las administraciones territoriales (comunidades autónomas, provincias y municipios), está reconocida en el artículo 137 de la Constitución (‘entidades [que] gozan de autonomía’), y para las dos últimas (a las que se añaden las entidades locales menores, las islas en los archipiélagos canario y balear, y eventualmente las fórmulas asociativas de las comarcas, las áreas metropolitanas y las mancomunidades municipales) por la vigente ley reguladora de las bases del régimen local de 2 de abril de 1985 (LRL), artículo 3. Por otra parte la misma Lofage, artículo 42.1, precisa, a su vez: ‘Los organismos públicos tienen personalidad jurídica diferenciada’, y así lo concentran normalmente sus normas de creación u organización”. (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 12. ed. Bogotá: Temis, 2008, p. 15-16).

Egon Bockmann registra que a Espanha enfrenta “problemas semelhantes ao brasileiro, consistentes na modificação/adaptação do sistema jurídico “tradicional” ou “continental” e adaptação à nova sistemática imposta pelas “autorités administratives indépendantes” e “administraciones independientes” (MOREIRA, Egon Bockmann. Conselho Monetário Nacional, Banco Central do Brasil e Comissão De Valores Mobiliários. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 2, n. 6, pp. 106–122, set./dez., 1999).

²⁵⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ne bis in idem* e Lei Anticorrupção: sobre os limites para a imposição de sanção pelo Estado. **Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, jan./jun.

O princípio do *non bis in idem* é entendido no Direito espanhol como proibição de mais de um castigo em razão de uma mesma infração, isto é, como uma regra de caráter substantivo – e não formal ou procedimental – afeta às sanções que podem ser impostas diante de um determinado ilícito. No entanto, a proibição do *bis in idem* tem importantes implicações processuais, conforme assevera a própria doutrina espanhola²⁵⁶.

Em verdade, o princípio do *non bis in idem* tem, originalmente, uma acepção procedimental, consagrada em tratados internacionais²⁵⁷.

No Brasil, de acordo com a doutrina de Rafael Munhoz de Mello²⁵⁸, o princípio do *non bis in idem* é a proibição da cumulação de sanções e, na esfera administrativa, impede a Administração Pública de aplicar uma nova sanção àquele que, pela prática de uma mesma conduta, já foi apenado.

O autor também faz referência à vertente processual do princípio, esclarecendo que, encerrado o processo administrativo, não pode a Administração instaurar outro processo ou mesmo retomá-lo para apurar a prática da mesma conduta, renovando o exercício de sua atividade sancionatória²⁵⁹.

O mesmo entendimento é exarado por Silvio Luís Ferreira da Rocha²⁶⁰, segundo o qual, pelo princípio do *non bis in idem*, é vedada a aplicação de duas ou mais sanções ou o desenvolvimento de dois ou mais processos, seja em uma ou mais ordens sancionatórias.

Fábio Medina Osório²⁶¹, de igual modo, estabelece como conceito do princípio do *non bis in idem* que ninguém pode ser apenado ou processado mais de uma vez por um mesmo fato e fundamento jurídico

Neste mesmo sentido, a doutrina de Daniel Ferreira²⁶² e de Heraldo Garcia Vitta²⁶³ trata o referido princípio como a proibição de reiterada manifestação sancionatória da Administração Pública em razão de uma mesma infração praticada pelo agente.

2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=236102>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

²⁵⁶ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. **La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador**. Madrid: Iustel, 2008, p. 19.

²⁵⁷ Ibidem, p. 19.

²⁵⁸ 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. 210.

²⁵⁹ Ibidem, p. 210-211.

²⁶⁰ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 622.

²⁶¹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 294.

²⁶² FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 134.

²⁶³ VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 118.

O significado do princípio, então, não se esgota na proibição de dupla sanção. É possível extrair uma vertente processual da proibição do *bis in idem* pela qual os mesmos fatos não podem ser objeto de dois ou mais processos administrativos sancionadores²⁶⁴, produzindo, como se verá, uma série de implicações no ordenamento jurídico brasileiro.

De fato, sob o enfoque do aspecto processual do *non bis in idem*, a ideia de que seria possível a instauração de mais de um processo administrativo para apurar uma mesma infração afronta princípios básicos do Estado de Direito, ainda que concluam pela aplicação de sanções de espécies diversas.

Assim, o princípio do *non bis in idem* possui uma vertente material e uma vertente processual. No entanto, a vertente material deste princípio não obsta que a lei preveja a aplicação cumulativa de sanções de espécies diferentes pela prática de uma só infração. O que é vedado, portanto, é a aplicação reiterada da mesma sanção.

No ordenamento jurídico brasileiro, as espécies de sanções administrativas são diversas, considerando as múltiplas relações travadas entre a Administração Pública e os administrados. Advertência, sanções pecuniárias (multa), interdição de local ou estabelecimento, inabilitação temporária para certa atividade – como a suspensão do direito de licitar –, extinção de relação jurídica estabelecida com o Poder Público, apreensão ou destruição de bens²⁶⁵ consubstanciam exemplos dessa diversidade.

Deveras, a ordem jurídica estabelece hipóteses em que, diante de determinado caso concreto, poderá ser aplicada mais de uma sanção administrativa de diferentes espécies. Exemplo disto é o §2º do artigo 87 da Lei 8.666/93²⁶⁶ (Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos), que estabelece a possibilidade de cumulação das sanções de advertência, suspensão temporária e declaração de inidoneidade com a aplicação de multa diante da infração de inexecução total ou parcial das relações contratuais firmadas com o Poder Público.

²⁶⁴ JALVO, Belén Marina. La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales. Nueva doctrina constitucional sobre el principio non bis in idem: Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero. **Revista de Administración Pública**, Alcalá, n. 162, pp. 175-188, septiembre-diciembre, 2003, p. 175.

²⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 877.

²⁶⁶ “Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: [...]§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis”.

Neste mesmo sentido, o artigo 38 da Lei 12.529/2011 (Lei do CADE)²⁶⁷ estabelece a possibilidade de aplicação cumulativa de sanções de espécies diversas quando verificada a ocorrência de infração à ordem econômica.

Em suma, o processo administrativo pode concluir pela aplicação de mais de uma espécie de sanção em razão da prática de uma determinada infração administrativa. O legislador, ao consagrar a imposição de penas concorrentes a uma mesma conduta, não viola o princípio da proibição do *bis in idem*, tendo a liberdade de estabelecer mais de uma sanção para um mesmo fato, a depender do desvalor que atribuir àquela determinada conduta²⁶⁸.

5.2 Natureza jurídica e fundamento

O princípio do *non bis in idem*, pela sua conexão com os princípios da legalidade, segurança jurídica e proporcionalidade e, ainda, com o instituto da coisa julgada, foi definido pelo Tribunal Constitucional espanhol como um Princípio Geral de Direito²⁶⁹. Tal entendimento foi amparado pela doutrina de Alejandro Nieto²⁷⁰, entre outras²⁷¹.

A doutrina não é unânime em reconhecer o caráter geral do princípio do *non bis in idem*, ou mesmo a própria qualificação jurídica da proibição do *bis in idem* como um

²⁶⁷ “Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas; II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos; III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que: a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito; b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos; V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade; VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica”.

²⁶⁸ 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. 212; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Luis Alberto. El principio de doble incriminación: una mirada desde la jurisprudencia colombiana. **Justicia Juris**, Barranquilla, v. 9, n. 1, pp. 11-26, enero-junio, 2013, p. 13.

²⁶⁹ RJ 1991/5180, Sentencia de 21.06.1991, Militar, Contencioso-disciplinario, Tribunal Supremo espanhol, Sala de lo Militar, D. José Jiménez Villarejo.

²⁷⁰ NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4. ed. Madri: Tecnos, 2006, p. 470.

²⁷¹ JIMÉNEZ MOSTAZO, Antonio; ALVARADO RODRÍGUEZ, Pedro. *Ne bis in ídem*, un principio constitucional de creación jurisprudencial (I): Aproximación. **Anuario de la Facultad de Derecho**, Universidad Extremadura, n. 23, pp. 315-329, 2005, p. 321; HÉRNANDEZ MENDOZA, Liliana. **El Non bis ídem en el ámbito sancionador**: estudio comparado de los sistemas español y mexicano.Thesis (Doctorado en Derecho administrativo). Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2013, p. 17.

princípio²⁷². Aliás, Jesús Gonzáles Pérez e Francisco González Navarro²⁷³ registram que, diante de tantos posicionamentos, realizar uma análise da doutrina acerca do fundamento do princípio do *non bis in idem* chega a produzir vertigem.

Na doutrina brasileira, Heraldo Garcia Vitta²⁷⁴, perfilhando o entendimento exarado por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello²⁷⁵, considera o princípio do *non bis in idem* como um princípio geral de Direito. Neste mesmo sentido, Fábio Medina Osório²⁷⁶ destaca a extrema relevância do princípio do *non bis in idem* no Direito brasileiro, considerando que é reconhecido e validamente deduzido do sistema constitucional pátrio, ainda que implicitamente, e deve ser aplicado a todas as esferas de responsabilidade.

Os princípios, assim como as regras, são espécies de normas jurídicas e integram o ordenamento. Os princípios são sempre normas gerais, de modo que comportam um número indefinido de aplicações nem sempre especificadas previamente pelo legislador. É o diferente grau de generalidade que aparta os princípios das regras, ainda quando se considere as regras gerais²⁷⁷.

Os princípios não só são normas jurídicas, além, uma violação a um princípio passou a ser considerado mais grave do que violar uma regra. “A desatenção ao princípio implica não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos”²⁷⁸.

A violação se revela ainda mais grave quando se trata de um princípio geral de Direito, posto que os princípios gerais de Direito traduzem elementos constitutivos do Estado de Direito, são “a ideia central de uma instituição positiva, desenvolvendo-se na vida desta e presidindo todo o seu funcionamento”²⁷⁹.

²⁷² ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. **La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador**. Madrid: Iustel, 2008, p. 23.

²⁷³ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. **Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común**. 3. ed., v. 2. Madrid: Civitas, 2004, p. 2937.

²⁷⁴ VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 114.

²⁷⁵ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 361-362.

²⁷⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 312-313.

²⁷⁷ MARCONDES, Ricardo Martins. Poder de Polícia. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício (coord.). **Intervenções do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 75.

²⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 991.

²⁷⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho. Madrid: Civitas, 1984, pp. 79-81. Apud FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. rev., ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 35.

Para Marcello Caetano, o Princípio Geral de Direito nem sempre se encontra formulado em lei. “É, em regra, produto de elaboração doutrinária: trata-se de uma ideia superiormente informadora de todo o sistema jurídico ou de certa parte dele, de que decorrem, portanto, as regras e soluções consagradas na legislação”²⁸⁰. Os princípios gerais de Direito consubstanciam valores fundamentais do ordenamento jurídico, são formulados por dedução.

Segundo Lúcia Valle Figueiredo, “os princípios gerais de Direito são normas gerais, abstratas, não necessariamente positivadas expressamente, porém às quais todo o ordenamento jurídico, que se construa, com a finalidade de ser um Estado Democrático de Direito, em sentido material, deve respeito”²⁸¹.

Ainda de acordo com a mesma doutrina, alguns destes princípios encontram guarida na Constituição Federal. Os princípios gerais de Direito são vetores interpretativos de todo o ordenamento jurídico, condicionando a aplicação e a interpretação da lei. Neste sentido, não é válida uma norma que contrarie um princípio geral, assim como não é válida uma interpretação da norma pelo aplicador da lei que desrespeite um princípio geral²⁸².

Os princípios gerais de Direito “formam a base do regime jurídico punitivo, aplicado às manifestações do poder punitivo estatal”²⁸³. Tais princípios orientam o regime jurídico do Direito Administrativo sancionador, garantindo aos administrados que a atividade sancionatória não seja exercida de forma arbitrária, o que seria inadmissível num Estado de Direito. A doutrina de Daniel Ferreira²⁸⁴ denota a especial serventia do princípio da proibição do *bis in idem* enquanto princípio geral do Direito, definindo critérios de aplicação das normas jurídicas para impedir o reiterado sancionamento por uma mesma infração.

A proibição do *bis in idem*, como um princípio geral de Direito, possui aplicação em todas as áreas do Direito. A possibilidade de que o indivíduo possa ser apenado mais de uma vez pelos mesmos fatos é absolutamente desarrazoada em qualquer ramo do Direito e afronta princípios básicos do Estado de Direito²⁸⁵. Fabio Brun Goldschmidt²⁸⁶ registra a

²⁸⁰ CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. t. 1. 10. ed. rev. e actual. 10. reimp. Coimbra: Almedina, 2010, p. 135.

²⁸¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. rev., ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 38.

²⁸² *Ibidem*, p. 40-41.

²⁸³ 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. 101.

²⁸⁴ FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 134.

²⁸⁵ MARÇAL, Sérgio Pinheiro. Múltipla penalidade administrativa: violação ao princípio do *non bis in idem*. **Revista do advogado**, São Paulo, n. 114, pp. 152-155, dez., 2011, p. 155.

²⁸⁶ GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. **Teoria da proibição de bis in idem no Direito Tributário e Sancionador Tributário**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 305.

evolução da compreensão do tema pela doutrina, de forma a consagrar o princípio do *non bis in idem* como princípio orientador de todo o Direito punitivo.

O princípio da proibição do *bis in idem* deriva de outros valores, princípios e regras que integram o sistema constitucional e que permeiam todo o Estado Democrático de Direito brasileiro²⁸⁷. Com efeito, assim como no Direito espanhol, o princípio do *non bis in idem* não possui previsão expressa na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mas permanece implicitamente presente em seu texto, como uma derivação dos princípios da legalidade, proporcionalidade, segurança jurídica e devido processo legal²⁸⁸, sendo que este último princípio está intimamente ligado às implicações processuais da proibição do *bis in idem*, razão pela qual será analisado no tópico da vertente processual.

A diversidade de fundamentos verifica-se em razão das várias implicações que derivam do princípio do *non bis in idem* e que gozam de certa autonomia. Assim, o princípio do *non bis in idem* não tem por base apenas um destes princípios, uma vez que cada um deles possui um caráter complementar na sua construção²⁸⁹.

A proibição do *bis in idem*, como se verá, é também reconhecida em nível internacional em tratados de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, mais especificamente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas.

Passa-se, então, a analisar cada um dos alicerces do princípio do *non bis in idem* no ordenamento jurídico brasileiro.

5.2.1 Legalidade

Para parte da doutrina²⁹⁰, a proibição do *bis in idem* encontra fundamento no princípio da legalidade (artigos 5º, inciso XXXIX e 37, caput, da CF/88).

²⁸⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 312-313.

²⁸⁸ Cf. OSÓRIO, Fábio Medina. Op. cit., p. 293-294.

²⁸⁹ HÉRNANDEZ MENDOZA, Liliana. **El Non bis in idem en el ámbito sancionador**: estudio comparado de los sistemas español y mexicano. Thesis (Doctorado en Derecho administrativo). Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2013, p. 35.

²⁹⁰ Neste sentido, HÉRNANDEZ MENDOZA, Liliana. Op. Cit., p. 19; ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. **La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador**. Madrid: Iustel, 2008, p. 28; CARO CORIA, Dino Carlos. El principio de ne bis in idem en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. **Revista Brasileira de Ciências Criminas: RBCCrim**, São Paulo, v. 15, n. 66, maio/jun., 2007, p. 14; SANDOVAL MESA, Jaime Alberto. El non bis in idem como fórmula del principio de legalidad que permite el ingreso del

O princípio da legalidade compreende os limites que se estabelecem em cada norma jurídica, sendo que as autoridades administrativas com a atribuição de competência sancionatória não podem atuar por iniciativa própria, senão com base na lei²⁹¹. A competência conferida por lei não existe para proporcionar à autoridade administrativa uma ampliação de sua esfera de liberdade, mas consiste num dever-poder que só poderá ser exercido nos estritos termos da lei. A lei, portanto, limita o exercício da atividade sancionatória.

Trata-se da especial configuração que o princípio da legalidade adquire no regime jurídico do Direito Administrativo, pela qual a Administração Pública pode fazer apenas o que a lei permite, assegurando que não sejam produzidas consequências jurídicas diversas daquelas previstas no ordenamento jurídico diante da prática de determinada conduta.

Em matéria sancionadora, o princípio da legalidade se impõe em conexão com o princípio da tipicidade. O princípio da legalidade concebe, então, a predeterminação dos atos ilícitos e suas respectivas consequências. O comportamento do agente, para que seja considerado proibido, pressupõe lei formal que o tipifique em abstrato.

A sanção determinada em decorrência de um ilícito expressa o desvalor que o legislador atribui a um determinado fato e se impõe com a pretensão de elidir este desvalor, de maneira que voltar a sancionar o mesmo fato, sob o mesmo fundamento jurídico, vulnera o princípio da legalidade, uma vez que, de modo indireto, reformula os limites da sanção pré-fixados pelo ordenamento²⁹².

Inexiste autorização legal para a imposição de mais de uma sanção pelo mesmo fato e fundamento jurídico. Para cada infração, sob um mesmo fundamento jurídico, deve ser prevista uma única possibilidade de aplicação de sanção, de maneira que seja possível ao administrado prever as consequências de sua conduta.

estatuto de Roma al Derecho interno. **Prolegómenos. Derechos y Valores**, Universidad Militar Nueva Granada Bogotá, Colombia, v. 12, n. 24, pp. 97-113, julio-diciembre, 2009; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Ne bis in idem material y procesal. **Revista de Derecho**, Universidad Centroamericana, Repositorio UCA, León, n. 9, pp. 9-27, 2004.

No que tange à doutrina brasileira: OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 293-294; GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. **Teoria da proibição de bis in idem no Direito Tributário e Sancionador Tributário**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 316.

²⁹¹ HÉRNANDEZ MENDOZA, Liliana. **El Non bis idem en el ámbito sancionador**: estudio comparado de los sistemas español y mexicano. Thesis (Doctorado en Derecho administrativo). Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2013, p. 19.

²⁹² CANO CAMPOS, Tomás. *Non bis in idem*, prevalencia de la via penal y teoria de los concursos en el derecho administrativo sancionador. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 156, pp. 191-250, septiembre-diciembre, 2001, p. 207.

Quando um mesmo fato e fundamento jurídico puder ser enquadrado em mais de uma norma, devem ser utilizadas as fórmulas previstas pelo ordenamento para avaliar qual seria a sanção cabível. Para que o administrado tenha o conhecimento prévio e claro das consequências de sua conduta quando do concurso aparente de normas, impõe-se que os fatos tipificados em mais de uma norma jurídica sejam excludentes, mediante o estabelecimento de critérios para que se determine qual norma deve ser aplicada, evitando a cominação de duas ou mais sanções em razão de um mesmo fato e fundamento. Essa função excludente do princípio da legalidade é essencial para manter a vigência do princípio do *non bis in idem*²⁹³. Diante de um mesmo fato e fundamento jurídico apenas uma norma sancionadora deverá ser aplicada, até para que o administrado tenha a clara percepção das consequências de sua conduta²⁹⁴. García de Enterría²⁹⁵ assevera que o princípio do *non bis in idem* assegura que um mesmo fato, sob um mesmo fundamento jurídico, não possa ser enquadrado em mais de uma norma jurídica, sendo certo que a proibição de *bis in idem* deriva dos princípios da legalidade e da tipicidade.

Perfilha do mesmo entendimento Tomás Cano Campos²⁹⁶, para quem a dupla sanção viola tanto a vertente formal quanto a vertente material do princípio da legalidade. A violação da vertente formal ou reserva de lei ocorre porque se cria uma nova sanção não prevista em lei para a infração cometida (ao menos desde o ponto de vista de sua aplicação) e a inobservância da vertente material, mais especificamente do princípio da tipicidade, em razão da impossibilidade de o destinatário das normas prever com certeza a sanção que será aplicada pelo cometimento de determinada infração.

No Direito brasileiro, Fabio Brun Goldschmidt assevera que o princípio da legalidade traduz a certeza da sanção em sua forma e medida. Segundo o autor, “admitir-se a possibilidade de incidência cumulativa de duas normas distintas, cada uma informadora de uma pena/sanção distinta para um mesmo e único fato/ação, implicaria, na prática, na criação de uma terceira punição, não antevista (*lex praevia*) nem contemplada (*lex certa*) em diploma algum”²⁹⁷.

²⁹³ CANO CAMPOS, Tomás. *Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 156, pp. 191-250, septiembre-diciembre, 2001, p. 207-208.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 210.

²⁹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional. **Revista Española de Derecho Administrativo**, Madrid, n. 29, pp. 359-368, abril-junio, 1981, p. 361-362.

²⁹⁶ CANO CAMPOS, Tomás. *Op. cit.*, p. 210.

²⁹⁷ GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. **Teoria da proibição de *bis in idem* no Direito Tributário e Sancionador Tributário**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 316.

Neste sentido, o Tribunal Constitucional peruano determinou que a imposição de mais de uma sanção pelo mesmo fato viola o princípio da legalidade quanto à necessidade de lei prévia para a determinação das condutas proibidas. Para o Tribunal Constitucional, é garantia do administrado que a norma satisfaça as funções mínimas de determinação, para que se tenha o conhecimento antecipado e claro das consequências de sua conduta, garantia esta que resta violada quando verificada a ocorrência da dupla sanção²⁹⁸.

Também o Tribunal Constitucional espanhol, na sentença 2/2003, de 16 de janeiro de 2003, determinou que a sobrecarga punitiva viola a garantia do administrado de previsibilidade das sanções a serem aplicadas diante da prática de determinada infração e materializa a imposição de uma sanção não prevista pelo legislador²⁹⁹.

A acumulação das sanções em razão da prática de determinada infração, sob um mesmo fundamento jurídico, acaba por gerar uma nova sanção, esta última sem previsão em lei, o que implica violação do princípio da legalidade.

5.2.2 Proporcionalidade

Outro segmento da doutrina³⁰⁰ entende o princípio da proporcionalidade como o fundamento jurídico do princípio do *non bis in idem*, considerando que a sanção deve ser proporcional à conduta praticada pelo agente.

²⁹⁸ "El TC peruano recurre asimismo al principio de legalidad, más concretamente a las garantías de ley previa y de certeza o determinación, en el sentido que la imposición de más de una sanción por lo mismo, afectaría el conocimiento previo y claro que el ciudadano debe tener de las consecuencias de su conducta, con lo que se recurre al principio de legalidad como garantía de seguridad jurídica, pero también como garantía de que la norma primaria debe satisfacer funciones de determinación. Y es que, como señala la STC español 142/1999 de 22 de julio, 'Correlativamente con el principio de legalidad se alcanza una mayor seguridad jurídica, por cuanto permite que los ciudadanos, a partir del texto de la ley, puedan programar sus comportamientos sin termos a posibles conductas por actos no tipificados previamente. De esta manera, los destinatarios de la norma saben - o tienen al menos la posibilidad de saber - que lo que no está prohibido está permitido, de conformidad con la regla general de la licitud de lo prohibido.'" (CORIA, Dino Carlos. El principio de ne bis in idem en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim**, São Paulo, v. 15, n. 66, maio-jun., 2007, p. 13-14).

²⁹⁹ "Como destaca la STC español 2/2003 de 16 de enero de 2003, 'dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente.'" (Ibidem, p. 12-13).

³⁰⁰ No direito estrangeiro: HÉRNANDEZ MENDOZA, Liliana. **El Non bis idem en el ámbito sancionador: estudio comparado de los sistemas español y mexicano**. Thesis (Doctorado en Derecho administrativo). Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2013, p. 22; ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. **La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador**. Madrid: Iustel, 2008, p. 25; CORIA, Dino Carlos. Op. cit., p. 12-13; PUERTA SEGUIDO, Francisco. "La prohibición de bis in idem" en la legislación de tráfico. **Revista de Documentación Administrativa**, Castilla-La Mancha, n. 284-285, mayo-

O princípio da proporcionalidade não possui previsão expressa na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mas em legislações esparsas, como no artigo 2º da Lei 9.784/99. De todo modo, tal princípio é implicitamente previsto na Carta Constitucional, considerando “a consagração implícita de um inesgotável catálogo principiológico derivado das injunções advindas da imposição constitucional à República Federativa do Brasil do modelo de Estado Democrático de Direito (artigo 1º)”³⁰¹.

Pelo princípio da proporcionalidade, é fundamental que as ações da Administração Pública tenham a extensão e a intensidade necessárias ao cumprimento da finalidade estatuída por determinada norma jurídica. O excesso, ou seja, tudo aquilo que transborda o necessário para se atingir o objetivo da Lei, é ainda mais repugnante quando vislumbrado em atos administrativos que restringem a esfera jurídica dos administrados (v.g. sanções administrativas). Como anota Celso Antônio Bandeira de Mello, “ninguém deve estar obrigado a suportar constringências em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público”³⁰².

De acordo com a doutrina de Carlos Bernal Pulido³⁰³, o princípio da proporcionalidade impõe que seja realizado um juízo de ponderação entre o fim perseguido, isto é, o bem jurídico protegido pela norma jurídica, e a intervenção realizada na esfera jurídica do administrado. O objetivo do princípio é limitar a atuação estatal, de modo que exista um equilíbrio entre o grau de restrição e o grau de realização do princípio ou valor contraposto.

Neste mesmo sentido, a doutrina de José Roberto Pimenta Oliveira³⁰⁴ afirma que o meio sancionatório não deve ficar além do grau necessário para que atinja a sua finalidade e que o excesso apenas contribui para o desprestígio da sanção, um menosprezo a posições

diciembre, 2009, p. 224-225; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Ne bis in idem* material y procesal. **Revista de Derecho**, Universidad Centroamericana, Repositorio UCA, León, n. 9, pp.9-27, 2004, p. 9-27.

No que tange à doutrina brasileira: OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 293-294; COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ne bis in idem* e Lei Anticorrupção: sobre os limites para a imposição de sanção pelo Estado. **Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=236102>>. Acesso em: 11 nov. 2018; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 498.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 541.

³⁰² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 113.

³⁰³ PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 740.

³⁰⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Op. cit.*, p. 486.

jurídico-subjetivas protegidas pelo ordenamento jurídico. Deve haver uma adequação entre a conduta punível e a sanção aplicada no caso concreto.

O professor destaca “a ingerência da proporcionalidade para coartar o *bis in idem*”³⁰⁵. Segundo o autor, “é consequência normativa direta do subelemento da proporcionalidade a afirmação normativa da vedação de *bis in idem* no ato administrativo sancionatório”³⁰⁶.

De igual modo, Liliana Hernández Mendoza³⁰⁷, com supedâneo na doutrina de Alonso Más, anota que o princípio do *non bis in idem* se conecta com o princípio da proporcionalidade. Se o legislador previu uma determinada sanção diante de uma conduta tipificada em lei como uma infração, é porque entende que é proporcional. Sendo assim, a sobrecarga punitiva derivada de sanções idênticas cumuladas em razão da prática de um mesmo fato e fundamento jurídico viola o princípio da proporcionalidade, mormente da proibição do excesso.

A sanção prefixada a cada ato ilícito na norma expressa o desvalor que é atribuído pelo ordenamento jurídico àquela determinada conduta, manifestando o que o legislador, na oportunidade da edição do diploma legal, considerou como adequado e proporcional. Logo, a reiteração punitiva configuraria uma sanção desproporcional, contrária ao Direito. Impor uma nova sanção pelos mesmos fatos e fundamento jurídico significaria aplicar uma penalidade desproporcionada, não calculada pelo legislador.

De todo modo, assim como os outros princípios mencionados, o princípio da proporcionalidade não se presta a justificar o princípio do *non bis in idem* por si só. Em verdade, haverá casos em que, ainda que não reste violado o princípio da proporcionalidade, será possível constatar a inobservância do princípio do *non bis in idem*. Para que não haja ofensa ao princípio da proporcionalidade, basta que seja aplicada sanção proporcional e adequada à conduta ilícita praticada pelo agente.

³⁰⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 498.

³⁰⁶ Ibidem, p. 498.

³⁰⁷ HÉRNANDEZ MENDOZA, Liliana. **El Non bis idem en el ámbito sancionador**: estudio comparado de los sistemas español y mexicano. Thesis (Doctorado en Derecho administrativo). Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2013, p. 23.

5.2.3 Segurança jurídica

O princípio do *non bis in idem* também encontra fundamento no princípio da segurança jurídica³⁰⁸. Aliás, para alguns autores, o princípio da segurança jurídica seria o seu principal fundamento³⁰⁹.

Rafael Valim³¹⁰ ensina que o princípio da segurança jurídica tem em seu conteúdo dois núcleos essenciais: a certeza e a estabilidade. A certeza jurídica significa o conhecimento seguro das normas, para que haja efetivamente uma previsibilidade das consequências jurídicas quando praticada determinada conduta. Sob o prisma da estabilidade, constitui-se nos institutos do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

No que se refere à certeza jurídica, para que o princípio da segurança jurídica seja salvaguardado é necessário que os administrados tenham o conhecimento antecipado do conteúdo e da extensão da reação punitiva da Administração Pública perante a eventual prática de uma infração administrativa. “O Estado somente poderá exercer sua competência sancionadora quando tiver dado ao infrator condições de saber previamente, com razoável grau de certeza, quais seriam as consequências de seus atos”³¹¹.

Uma vez imposta uma sanção em razão da prática de determinado ato ilícito, não se pode voltar a sancionar o administrado pelo mesmo fato, considerando que já se esgotou a pretensão punitiva da Administração Pública e o administrado tem a certeza de não poder ser

³⁰⁸ Neste sentido, a doutrina estrangeira: HÉRNANDEZ MENDOZA, Liliana. **El Non bis in idem en el ámbito sancionador**: estudio comparado de los sistemas español y mexicano. Thesis (Doctorado en Derecho administrativo). Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2013, p. 26; CORIA, Dino Carlos. El principio de ne bis in idem en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim**, São Paulo, v. 15, n. 66, maio-jun., 2007, p. 9-52; PUERTA SEGUIDO, Francisco. "La prohibición de bis in idem" en la legislación de tráfico. **Revista de Documentación Administrativa**, n. 284-285, mayo-diciembre, 2009, p. 219-251; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Ne bis in idem material y procesal. **Revista de Derecho**, Universidad Centroamericana, Repositorio UCA, León, n. 9, pp. 9-27, 2004; RAMÍREZ TORRADO, María Lourdes. El non bis in idem en el ámbito administrativo sancionador. **Revista de Derecho**, Universidad del Norte, Barranquilla, n. 40, pp. 1-29, julio-diciembre, 2013; CANO CAMPOS, Tomás. *Non bis in idem*, prevalencia de la via penal y teoria de los concursos en el derecho administrativo sancionador. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 156, pp. 191-250, septiembre-diciembre, 2001, p. 200.

No que tange ao Direito brasileiro, a doutrina de MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do ne bis in idem e a Constituição Brasileira de 1988. **Boletim científico. ESMPU**, Brasília, a. 4, n. 16, p. 11-75, jul/set. 2005, p. 28.

³⁰⁹ HÉRNANDEZ MENDOZA, Liliana. Op. cit., p. 26-27

³¹⁰ VALIM, Rafael Ramires Araújo. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 91-111.

³¹¹ PRADO FILHO, Francisco Octavio de Almeida. Segurança jurídica e sanções administrativas. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves. (Org.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo**. v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 687.

castigado novamente³¹². A multiplicidade de sanções gera um excesso no exercício do poder sancionatório da Administração Pública e, portanto, fere a garantia do administrado de previsibilidade e certeza da sanção a ser imposta quando da prática de certa conduta. O administrado tem direito de conhecer, previamente, as possíveis consequências de seus atos.

Também pelo prisma da estabilidade, não pode a Administração Pública, após apreciar determinados fatos e emitir um juízo de valor concludente, pretender realizar a reavaliação destes mesmos fatos posteriormente, sob o fundamento de que a sanção aplicada seria insuficiente, aquém à finalidade repressiva pretendida pelo ordenamento jurídico. De acordo com a doutrina de Almiro do Couto e Silva³¹³, tal prática, além de violar a natureza objetiva do princípio da segurança jurídica, que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado, quebranta também o seu aspecto subjetivo, no que se refere à necessidade de se conferir confiança aos administrados quanto aos atos, procedimentos e condutas dos órgãos e entidades da Administração Pública. Consoante este segundo aspecto, tem-se o princípio da proteção da confiança que surge de uma dedução do princípio da segurança jurídica³¹⁴.

Não é admissível em um Estado de Direito a aplicação de mais de uma sanção de mesma natureza ou mesmo de sanções diversas decorrentes de uma reiteração punitiva (vertente processual), de maneira que o administrado se submeta a uma ameaça permanente de imposição de sanções em razão da prática de uma mesma infração, sob um mesmo fundamento jurídico. Entendimento contrário significaria relegar a principal função do Direito: a de conferir segurança ao sistema jurídico.

³¹² HÉRNANDEZ MENDOZA, Liliana. **El Non bis idem en el ámbito sancionador**: estudio comparado de los sistemas español y mexicano. Thesis (Doctorado en Derecho administrativo). Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2013, p. 27.

³¹³ COUTO e SILVA, Almiro do. 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 do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44376>. Acesso em 5 jul. 2018.

³¹⁴ Parte da doutrina considera o princípio da proteção da confiança como um princípio autônomo. Neste sentido, é a doutrina de J. J. Gomes Canotilho (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 252). No entanto, considera-se aqui que “a ‘proteção da confiança’ é importante instrumento de garantia da segurança jurídica” (PRADO FILHO, Francisco Octavio de Almeida. Segurança jurídica e sanções administrativas. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves. (Org.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo**. v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 683). De igual modo, Rafael Valim considera a proteção da confiança legítima como uma vertente do princípio da segurança jurídica. (VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. In: *Ibidem*, p. 89).

5.2.4 Consagração em Tratados Internacionais de Direitos Humanos

O fundamento do princípio do *non bis in idem* pode ser extraído não apenas dos princípios da legalidade, proporcionalidade e segurança jurídica, como já examinado, mas também de tratados internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas.

Os tratados internacionais de Direitos Humanos, nunca é demais registrar, têm um regime especial e diferenciado, distinto dos demais tratados, com a atribuição de um caráter de supralegalidade (artigo 5º, §3º da Constituição Federal). No âmbito jurisprudencial, esse posicionamento foi exarado no voto do Ministro Sepúlveda Pertence, por ocasião do julgamento do RHC 79.785-RJ, no Supremo Tribunal Federal, em maio de 2000, que adotou a tese da doutrina de Flávia Piovesan³¹⁵ e Antônio Augusto Cançado Trindade³¹⁶. Desse modo, o princípio do *non bis in idem* estabelecido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas assume *status* constitucional³¹⁷.

O artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos prescreve a impossibilidade de instauração de novo processo em decorrência de fatos pelos quais o acusado já tenha sido absolvido por sentença transitada em julgado:

Art. 8º Garantias judiciais.

[...]

4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

O Decreto Legislativo 27, de 1992, aprovou o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Decreto Executivo 678, de 06 de novembro de 1992, promulgou

³¹⁵ PIOVESAN, Flávia. A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 23, pp. 79-90, abr-jun, 1998.

³¹⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado Trindade. *A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. 2. ed. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, Governo da Suécia (ASDI), 1996.

³¹⁷ Acerca dos princípios constitucionais, anota Rafael Munhoz de Mello: “É despidendo dizer que os princípios mais relevantes encontram-se no texto constitucional, norma de maior grau hierárquico 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. 89).

a referida convenção, tendo sido realizada declaração interpretativa tão somente quanto aos artigos 43 e 48, que tratam de visitas e inspeções *in loco* da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, devendo, quanto aos demais dispositivos, ser cumprida nos seus exatos termos.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas, em seu artigo 14, item 7, veda a dupla sanção quando verificado o fenômeno da coisa julgada:

7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país.

O texto do referido diploma internacional foi aprovado por meio do Decreto Legislativo 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto Executivo 592, de 6 de julho de 1992, sem qualquer ressalva ou declaração interpretativa.

De acordo com a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, tais dispositivos contemplam o princípio da proibição do *bis in idem*, que assegura aos indivíduos que não sejam processados mais de uma vez em razão da prática de determinada conduta tipificada como ilícita pelo ordenamento jurídico, para que não voltem a responder perante a Administração Pública pelos mesmos fatos³¹⁸.

Extrai-se da interpretação literal dos dispositivos em questão que o princípio do *non bis in idem* teria sua aplicação limitada ao âmbito penal, no entanto, conforme já disposto, trata-se de um princípio geral de Direito. Conforme Zanobini, “as normas gerais do Direito Penal são aplicáveis à responsabilidade e às penas administrativas, enquanto podem ser reconduzidas a princípios jurídicos gerais e não constituem princípios especiais, justificados por razões políticas e jurídicas próprias do direito criminal”³¹⁹.

Além disso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao analisar o artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabeleceu que a sua aplicação se estende a todos os atos ilícitos³²⁰.

³¹⁸ MEDINA, Paola Raquel Alvarez. **El principio de non bis idem en el derecho disciplinario abogadil colombiano**. Thesis (Magister en Derecho). Fundación Universidad del Norte, Barranquilla, 2012, p. 54.

³¹⁹ ZANOBINI, Guido. **Le sanzioni amministrative**. Turim: Fratelli Bocca, 1924, p. 136.

³²⁰ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ne bis in idem* e Lei Anticorrupção: sobre os limites para a imposição de sanção pelo Estado. **Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, jan./jun.

Do mesmo modo, a redação do dispositivo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas, em um primeiro momento, parece pretender que a aplicação se dê exclusivamente no campo penal, considerando a referência a “delito” e “procedimentos penais”. Ocorre que, em precedente do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas também se firmou o entendimento de que o dispositivo engloba ilícitos que não tenham natureza penal³²¹.

Não obstante a referência à proibição de *bis in idem* no contexto do Direito Penal, as dicções de tais diplomas (artigo 8º, item 4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e artigo 14, item 7 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas) não se restringem a vedar o acúmulo de penas, consequências jurídicas de ilícitos penais, alcançando também as sanções civis e administrativas.

O princípio do *non bis in idem* não pertence exclusivamente ao Direito Penal, mas ao Direito punitivo do Estado e a todas as suas ramificações, com matizes ou não, e, por esta razão, se aplica ao Direito Administrativo sancionador. A aplicação do princípio não se restringe ao Direito Penal, tendo sido estabelecida a sua aplicação, ainda que implicitamente, a todas as áreas do Direito pela Constituição Federal.

Ademais, muito embora os dispositivos pareçam consagrar tão somente a vertente processual do princípio do *non bis in idem*, proibindo a instauração de mais de um processo administrativo com o mesmo objeto, como se verá, trata-se também de garantia para que se assegure seu próprio conteúdo material.

Não obstante a falta de previsão expressa do princípio da proibição do *bis in idem* na Constituição Federal brasileira, a consagração de tal princípio é facilmente extraída de textos internacionais, apontando assim a natureza de norma constitucional do princípio, tanto no seu aspecto material, quanto no que se refere ao direito do administrado de não ser processado mais de uma vez em razão de uma mesma infração.

2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=236102>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

³²¹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ne bis in idem* e Lei Anticorrupção: sobre os limites para a imposição de sanção pelo Estado. **Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=236102>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

5.3 Vertente material: a tríplice identidade

O conteúdo material do princípio do *non bis in idem* estruturado pela doutrina espanhola apresenta-se como a proibição de sancionar um mesmo indivíduo mais de uma vez pelos mesmos fatos, na hipótese em que se configure a denominada tríplice identidade, isto é, quando concorram identidade de sujeito, identidade de fato e identidade de fundamento jurídico³²². Tal concepção é também amplamente utilizada no México³²³ e Peru³²⁴ para o estabelecimento do conceito do princípio do *non bis in idem*.

Passa-se a examinar cada um destes elementos que compõem a tríplice identidade.

5.3.1 Identidade de sujeito

A identidade de sujeito efetiva-se com a “plena identificação” do indivíduo sancionado por determinados fatos em dada oportunidade que venha a ser submetido novamente à atividade sancionatória da Administração Pública em razão daqueles mesmos

³²² HÉRNANDEZ MENDOZA, Liliana. **El Non bis idem en el ámbito sancionador**: estudio comparado de los sistemas español y mexicano. Thesis (Doctorado en Derecho administrativo). Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2013, p. 35; JALVO, Belén Marina. La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales. Nueva doctrina constitucional sobre el principio non bis in idem: Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero. **Revista de Administración Pública**, Alcalá, n. 162, pp. 175-188, septiembre-diciembre, 2003, p. 175.

³²³ Quanto à organização político-administrativa no México é exemplo de Estado Federal. (RODRIGUEZ, Libardo. **Derecho Administrativo General Y Colombiano**. 19. ed. Bogotá: Temis, 2015, p. 67) e tem por base o princípio da separação dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário, nos termos do art. 49 da Constituição do México de 1917. Conforme se verifica do art. 115 Constituição Política dos Estados Mexicanos, os Estados adotaram, para seu regime interior, a forma de governo republicano, representativo, popular, tendo como base da sua divisão territorial e da sua organização política e administrativa o município livre.

³²⁴ CORIA, Dino Carlos. El principio de ne bis in idem en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. **Revista Brasileira de Ciências Criminas: RBCCrim**, São Paulo, v. 15, n. 66, maio-jun., 2007, p. 12.

De acordo com o artigo 43 da Constitución Política del Perú, “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”.

“En la Constitución de 1993 también aparecen reguladas las instituciones públicas de rango constitucional con autonomía formal de los órganos del Gobierno Central. Lo que quiere decir que sus responsables toman las decisiones en sus respectivos ámbitos sin someterse a órdenes superiores. De esta manera, es cierta la afirmación que nos dice que su aparición en una Carta Magna convierte en relativa la separación de poderes en tres grandes funciones: la ejecutiva, legislativa y jurisdiccional. Estos organismos son el Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones, la Contraloría General de la República, el Banco Central de Reserva, la Superintendencia de Banca y Seguros, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura, entre otras.” (HAKANSSON NIETO, Carlos. Una visión panorámica a la Constitución peruana de 1993. Veinte años después. **Pensamiento Constitucional**, Lima, n. 18, pp. 11-34, 2013, p. 33).

fatos que violam o mesmo bem jurídico. É a reiteração sancionatória por parte da Administração Pública em relação ao mesmo sujeito³²⁵.

Com efeito, quando se estiver diante de uma identificação entre pessoas físicas, a identidade subjetiva é de fácil reconhecimento. É evidente que não há identidade de sujeito e, por conseguinte, a violação do princípio do *non bis in idem* quando aplicadas sanções aos diversos sujeitos por sua participação em um mesmo ato ilícito. Neste sentido, há a possibilidade de condenação pelo mesmo fato de cada um dos indivíduos, coautores e/ou partícipes na conduta vedada pelo ordenamento jurídico³²⁶.

Até aqui, nenhum problema se vislumbra. As controvérsias surgem quando impostas sanções tanto à pessoa jurídica quanto às pessoas físicas que atuam em favor dela, vale dizer, diante da hipótese de dupla imputação ou responsabilidade conjunta da pessoa física e da pessoa jurídica.

No Direito brasileiro, não há dúvidas quanto à possibilidade de aplicação de sanções administrativas a pessoas jurídicas. Neste sentido: Lei 8.666/1993, artigo 88³²⁷; Lei 9605/1998, artigo 3º³²⁸; Lei 12.529/2011, artigo 32³²⁹; Lei 12.846/2013, artigos 1º e 2º³³⁰). Aliás, a própria Constituição Federal, em matéria de Direito Ambiental, admite tal possibilidade (artigo 225, §3º)³³¹.

³²⁵ HÉRNANDEZ MENDOZA, Liliana. **El Non bis idem en el ámbito sancionador**: estudio comparado de los sistemas español y mexicano. Thesis (Doctorado en Derecho administrativo). Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2013, p. 36.

³²⁶ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. **La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador**. Madrid: Iustel, 2008, p. 42.

³²⁷ “Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei: I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos; II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação; III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados”.

³²⁸ “Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato”.

³²⁹ “Art. 32. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente”.

³³⁰ “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não”.

³³¹ 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. 207.

Conforme Kleber Bispo dos Santos³³², a questão da responsabilidade das pessoas jurídicas perpassa pelo fenômeno da volição dos atos das pessoas jurídicas. O autor, ao analisar os fundamentos da própria existência e da vontade da pessoa jurídica, conclui que o entendimento de que a pessoa jurídica seria uma mera ficção, uma pura abstração, foi ultrapassado. A pessoa jurídica “tem uma personalidade real, dotada de vontade própria, com capacidade de agir e de praticar ilícitos”³³³.

A doutrina de Ricardo Marcondes Martins³³⁴ ensina que apesar de a vontade ser um atributo da pessoa física, pois só ela possui vida anímica própria, isto não implica na ausência de vontade reconhecida à pessoa jurídica. Segundo o autor, a teoria do órgão sepultou a ideia de que a pessoa jurídica seria uma mera ficção, sem vontade própria. Pela teoria do órgão, a vontade das pessoas físicas, seus agentes, é imputada ao órgão ou à pessoa jurídica a que estejam ligados, de modo que é possível estabelecer relações entre órgãos. Nas relações interorgânicas, quem age é a pessoa física, mas a vontade exteriorizada, a ação, é imputada ao órgão. Nesse sentido, a pessoa jurídica exerce vontade, ainda que por meio das pessoas físicas.

Dado que “o direito cria suas próprias realidades”³³⁵, a pessoa jurídica não pode ser considerada uma mera ficção criada pelo Direito. A pessoa jurídica é um ente real, sujeito de direitos e obrigações e, portanto, a ordem jurídica pode estabelecer a responsabilidade da pessoa jurídica. Sob esse raciocínio é a doutrina de Heraldo Garcia Vitta³³⁶ e Rafael Munhoz de Mello³³⁷, dentre outros.

O ordenamento jurídico brasileiro, além de admitir a responsabilização administrativa da pessoa jurídica, estabelece que a aplicação de sanções à pessoa jurídica não é fato impeditivo para a aplicação de sanções de maneira individualizada à pessoa física. O artigo 3º da Lei 12.846 prevê que a responsabilidade das pessoas jurídicas, seja pela via administrativa ou diretamente pela esfera judicial, não exclui a responsabilidade de seus dirigentes, administradores ou de qualquer pessoa física envolvida na prática do ato ilícito:

³³² SANTOS, Kleber Bispo dos. **Acordo de leniência na lei de improbidade administrativa e na lei anticorrupção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 18.

³³³ Ibidem, p. 18

³³⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade**. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 56.

³³⁵ Ibidem, p. 56-57.

³³⁶ VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 48.

³³⁷ 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. 207.

Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

§ 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput.

§ 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.

José Roberto Pimenta Oliveira³³⁸, ao tecer comentários acerca do artigo 3º da Lei 12.846/2013, anota que a responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual. As esferas jurídicas subjetivas são diversas, de modo que a imposição de sanção concomitantemente a pessoas física e jurídica não representará uma reiteração sancionatória inconstitucional, afastando-se nesse caso o cabimento do princípio do *non bis in idem*.

O autor ainda anota que a deflagração de responsabilidade da pessoa física não depende de uma responsabilização da pessoa jurídica. A instauração, deliberação e finalização do processo administrativo de responsabilização contra a pessoa jurídica não influencia a efetivação das competências sancionatórias individuais. A Lei 12.846/2013 não estabelece qualquer tipo de ordem de preferência ou mesmo de dependência de responsabilização de pessoas físicas e jurídicas³³⁹.

A responsabilidade conjunta de pessoa física e jurídica justifica-se pelo fato de que a pessoa jurídica pode responder por suas ações pela prática de infrações administrativas, uma vez que a pessoa física e jurídica são entidades diferentes e autônomas³⁴⁰. Como são pessoas distintas e detêm capacidade de ação própria e culpabilidade específica, não há violação do princípio do *non bis in idem* quando da imputação de sanções a ambas, pessoa jurídica e pessoa física³⁴¹.

É certo, porém, que uma vez vedada a atribuição de sanção mais de uma vez a uma mesma pessoa física, igualmente não poderá ser aplicada mais de uma sanção administrativa a uma mesma pessoa jurídica pelos mesmos fatos e fundamento jurídico.

³³⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 2º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coords.). **Lei Anticorrupção comentada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 48.

³³⁹ Ibidem, 2018, p. 48.

³⁴⁰ HÉRNANDEZ MENDOZA, Liliana. **El Non bis idem en el ámbito sancionador**: estudio comparado de los sistemas español y mexicano. Thesis (Doctorado en Derecho administrativo). Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2013, p. 37-38.

³⁴¹ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. **La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador**. Madrid: Iustel, 2008, p. 42.

Deveras, o ordenamento jurídico brasileiro, e notadamente a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), não raras vezes, propicia a dupla sanção de pessoas jurídicas. No tocante às pessoas jurídicas, inclusive no plano da responsabilização administrativa, a Lei Anticorrupção tipifica fatos lesivos que já eram colhidos por outros diplomas legais do ordenamento pátrio, que já estabeleciam as sanções contra a pessoa jurídica responsável por atos corruptivos. A título de exemplo, no que tange à responsabilização administrativa por infração à legislação de licitações, determinadas práticas corruptivas já eram disciplinadas pelas Leis 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011³⁴².

Conforme exposto, é vedada a reiteração sancionatória pelos mesmos fatos e que violem o mesmo bem protegido pelo ordenamento jurídico quando haja coincidência de sujeito, isto é, quando as sanções sejam aplicadas a uma mesma pessoa física ou a uma mesma pessoa jurídica.

A identidade subjetiva é apenas um dos componentes da tríplice identidade. A seguir, analisa-se a identidade de fatos e de fundamento que compõem a noção do princípio do *non bis in idem*.

5.3.2 Identidade fática

A identidade de fato ocorre quando os fatos sancionados são os mesmos. No entanto, conforme assevera Liliana Hernández Mendoza³⁴³, há certa imprecisão quanto ao conceito de fato na configuração do *bis in idem*, sendo que o Tribunal Constitucional espanhol confunde fatos naturais com fatos normativos. Isso porque, para a verificação da identidade fática, pode-se adotar uma perspectiva denominada naturalista ou uma perspectiva normativa³⁴⁴, também denominadas de teorias fática e jurídica, respectivamente.

Sob a perspectiva naturalista, considera-se o acontecimento natural, a conduta verificada no mundo fenomênico que deu causa à aplicação da sanção³⁴⁵. Para a configuração da identidade de sujeito, requer-se única e exclusivamente a identificação da conduta humana,

³⁴² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 2º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coords.). **Lei Anticorrupção comentada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 22-23.

³⁴³ HÉRNANDEZ MENDOZA, Liliana. **El Non bis idem en el ámbito sancionador**: estudio comparado de los sistemas español y mexicano. Thesis (Doctorado en Derecho administrativo). Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2013, p. 45.

³⁴⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Ne bis in idem material y procesal. **Revista de Derecho**, Universidad Centroamericana, Repositorio UCA, León, n. 9, pp.9-27, 2004, p. 16-17.

³⁴⁵ Ibidem, p. 16.

que se delimita pelos aspectos temporal, espacial e subjetivo para a configuração da identidade fática³⁴⁶. Comparam-se os elementos fáticos, sem levar em consideração seu enquadramento em mais de uma infração.

O Tribunal Constitucional peruano adota a perspectiva naturalista no que tange à identidade de fato³⁴⁷, sendo indubitável a configuração da identidade quando os fatos objeto das sanções administrativas forem os mesmos, isto é, a mesma conduta humana. Dino Carlos Caro Coria³⁴⁸, ao comentar a perspectiva adotada pela jurisprudência peruana, considera a noção imprecisa, alegando que a mesma não se mostrou útil diante de hipóteses de concurso de infrações, em que uma mesma conduta pode configurar mais de uma infração.

No ordenamento jurídico brasileiro, a conduta do agente pode ser pressuposto de sanções administrativas de mais de uma infração. Quando se verificam duas ou mais infrações administrativas, o Direito Administrativo sancionador brasileiro utiliza a figura do concurso real nos termos da doutrina penalista, classificada em concurso material, concurso formal e concurso continuado³⁴⁹.

No concurso material, a questão da inutilidade da perspectiva naturalista da identidade fática não se coloca, considerando que há mais de uma infração administrativa em razão da prática de mais de uma conduta pelo agente infrator, seja esta comissiva ou omissiva³⁵⁰.

Os problemas surgem em face de concurso formal. No concurso formal, apesar de se constatar uma única conduta praticada pelo infrator, esta se enquadra em mais de uma infração administrativa prevista na ordem jurídica. Neste cenário, a imposição de mais de uma sanção pela mesma conduta humana não viola o princípio do *non bis in idem*. Heraldo Garcia Vitta³⁵¹ ilustra a questão com o seguinte exemplo: a importação de mercadoria sem autorização do órgão sanitário do país importador e sem pagamento do tributo incidente resulta em duas infrações, por mais que se caracterize como uma única conduta.

Ao contrário do Direito Penal, no Direito Administrativo não há regras explícitas sobre o concurso real e, portanto, sobre sua subclassificação, o concurso formal. O Direito

³⁴⁶ HÉRNANDEZ MENDOZA, Liliana. **El Non bis idem en el ámbito sancionador**: estudio comparado de los sistemas español y mexicano. Thesis (Doctorado en Derecho administrativo). Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2013, p. 46.

³⁴⁷ CORIA, Dino Carlos. El principio de ne bis in idem en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim**, São Paulo, v. 15, n. 66, maio-jun., 2007, p. 15.

³⁴⁸ Ibidem, p. 15.

³⁴⁹ VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 127-128.

³⁵⁰ Ibidem, p. 128.

³⁵¹ Ibidem, p. 118.

Penal contempla normas específicas para o concurso formal que não comportam, portanto, simples empréstimo para o Direito Administrativo, fora dos casos para os quais foram instituídas³⁵².

No Direito Administrativo, de acordo com a doutrina de Regis Fernandes de Oliveira³⁵³ e Heraldo Garcia Vitta³⁵⁴, na hipótese de concurso formal, no silêncio da lei, deve prevalecer a acumulação material, ou seja, somam-se as diversas sanções previstas para cada uma das agressões ao ordenamento jurídico. Ao legislador cabe estabelecer a forma de se sancionar, competindo-lhe elaborar regras a respeito da concorrência de infrações administrativas. O acúmulo material é a regra genérica, caso não haja previsão de concurso formal.

Independente das soluções adotadas por estes diferentes ramos da ciência jurídica, seja no Direito Administrativo ou no Direito Penal, o concurso formal de infrações não encontra solução perante a teoria naturalista. Surge, então, a teoria normativa, com a finalidade de apontar critérios jurídicos para a identificação dos fatos.

Consoante a teoria normativa, importa a descrição dos fatos nas normas jurídicas segundo o princípio da tipicidade. Considera-se o modo como o legislador configura a conduta humana ilícita. É a descrição típica do ato ilícito que caracteriza a infração no ordenamento jurídico³⁵⁵. Segundo esta teoria, haverá um único fato quando haja identidade de situações tipificadas na norma jurídica como uma infração. A identidade de fato constitui as infrações estipuladas no ordenamento jurídico.

De acordo com a doutrina de Liliana Hernández Mendoza³⁵⁶, o Tribunal Constitucional espanhol, ainda que confuso em seu conceito de fato, adota majoritariamente a teoria normativa, com a contemplação dos fatos a partir de critérios de valoração jurídica, conforme se verifica da STC 2/1981, de 30 de janeiro.

Sob a mesma ótica, Lucía Alarcón Sotomayor³⁵⁷, com base na doutrina de Nieto García, ao analisar o ordenamento jurídico espanhol, considera como critérios de valoração

³⁵² VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 130.

³⁵³ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 108.

³⁵⁴ VITTA, Heraldo Garcia. Op. cit., p. 130.

³⁵⁵ HÉRNANDEZ MENDOZA, Liliana. **El Non bis idem en el ámbito sancionador**: estudio comparado de los sistemas español y mexicano. Thesis (Doctorado en Derecho administrativo). Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2013, p. 46-47.

³⁵⁶ Ibidem, p. 45-47.

³⁵⁷ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. **La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador**. Madrid: Iustel, 2008, p. 44.

jurídica aqueles utilizados no Direito Penal, isto é, a teoria finalista e normativa da ação, pela qual a atuação do agente deve corresponder a uma mesma manifestação de vontade (critério finalista) e ser valorada pela ordem jurídica como um único tipo (critério normativo).

Repondo a terminologia “identidade de fato” por “identidade objetiva”³⁵⁸, o México vale-se, igualmente, da perspectiva normativa.

No Direito Administrativo brasileiro, a teoria normativa dos fatos também se mostra como a mais adequada: o ordenamento jurídico admite que uma mesma conduta possa gerar mais de uma infração administrativa. Desse modo, quando no caso concreto for constatada mais de uma infração oriundas de uma única conduta humana, com base nos critérios finalista e normativo, não restará configurada a identidade de fato e, por conseguinte, poderá ser aplicada uma sanção para cada uma das infrações, de tal sorte que não incide o princípio do *non bis in idem*.

Não se aplicam os critérios finalístico e normativo, no entanto, na hipótese da denominada infração continuada, em que se deve considerar vários fatos como se fossem um só³⁵⁹. Nesta situação, a aplicação de uma única sanção não decorre do princípio do *non bis in idem*, mas atende a outro tipo de razão: o princípio da proporcionalidade³⁶⁰.

A infração continuada é a transposição ao âmbito administrativo do conceito de crime continuado do Direito Penal, previsto no artigo 71 do Código Penal³⁶¹. Consoante esse instituto, o sujeito realiza uma pluralidade de ações ou omissões que vulneram um mesmo preceito legal. No Direito Penal, a figura do crime continuado consiste na configuração unitária de mais de uma ação ou omissão pelas quais o agente pratica dois ou mais crimes de uma mesma espécie, unidos por um laço de continuidade³⁶².

³⁵⁸ HÉRNAN HÉRNANDEZ MENDOZA, Liliana. **El Non bis idem en el ámbito sancionador**: estudio comparado de los sistemas español y mexicano. Thesis (Doctorado en Derecho administrativo). Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2013, p. 49-50.

³⁵⁹ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. **La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador**. Madrid: Iustel, 2008, p. 46.

³⁶⁰ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 108.

³⁶¹ “Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código”.

³⁶² FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 110.

O conceito de concurso continuado na seara administrativa consiste no cometimento de mais de uma infração administrativa perpetrada pelo infrator por meio de mais de uma ação ou omissão em um único contexto e em situações repetidas, considerando as circunstâncias de tempo, lugar, maneira de execução, entre outras³⁶³.

Em virtude do princípio da proporcionalidade, as infrações continuadas devem ser apuradas em um mesmo processo administrativo e sujeitas a uma única sanção, aplicada e graduada conforme a intensidade, reiteração e consequências danosas para o bem jurídico protegido pela norma³⁶⁴.

Os critérios finalístico e normativo também não se prestam a explicar os pressupostos em que, mesmo diante de fatos distintos, será possível sancionar apenas um deles, quando a ilicitude de um fato está incluída na ilicitude do outro³⁶⁵. Trata-se do concurso aparente de normas, quando diferentes hipóteses são abrangidas por uma mesma norma jurídica, dada a multiplicidade de significados que pode assumir a norma a partir de sua aplicação³⁶⁶.

De acordo com Heraldo Garcia Vitta³⁶⁷, há concurso aparente de normas quando o agente infrator viola mais de um dever estabelecido em normas jurídicas diversas, impondo-se a penalidade de apenas uma das normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto, considerando alguns princípios desenvolvidos para que se atenda a equidade e justiça, quais sejam: especialidade, consunção e alternatividade³⁶⁸.

³⁶³ VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 118.

³⁶⁴ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 108.

³⁶⁵ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. **La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador**. Madrid: Iustel, 2008, p. 46.

³⁶⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 346.

³⁶⁷ VITTA, Heraldo Garcia. Op. cit., p. 131-132.

³⁶⁸ A doutrina penalista admite quatro princípios que resolvem o conflito aparente de normas, sendo que, além dos princípios da especialidade, consunção e alternatividade, insere-se o princípio da subsidiariedade. No entanto, este estudo perfilha o entendimento exarado por Heraldo Garcia Vitta que, por razões práticas, opta por dividi-los em três (VITTA, Heraldo Garcia. Op. cit., p. 132). Trata-se, pois, os princípios da consunção e da subsidiariedade de maneira conjunta para efeitos do presente trabalho, considerando que aqui importa apenas verificar a ocorrência ou não de *bis in idem*. A consunção, segundo a doutrina penalista de Frederico Gomes de Almeida Horta, "terá lugar quando a realização dos pressupostos de uma norma implique, ordinariamente, a realização concomitante ou sucessiva de determinadas formas de um delito previsto por outra, de tal modo que o desvalor jurídico da conduta proibida segundo aquela - a norma consuntiva - abarque o desvalor próprio da conduta concomitante ou sucessiva proibida por esta - a norma consumida" (HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Do concurso aparente de normas penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 148). No entanto, a mesma doutrina afirma que a relação de consunção não se diferencia da relação de subsidiariedade segundo a forma de ordenação conceitual dos pressupostos das normas prevalente e descartada (Ibidem, p. 150).

O concurso aparente de normas também teve seus contornos originalmente estruturados no Direito Penal que, como já se afirmou, possui um regime jurídico especial. No entanto, ainda segundo a doutrina de Heraldo Garcia Vitta³⁶⁹, existem pontos teóricos do Direito Penal que se ajustam ao Direito Administrativo, com algumas adaptações e reformulações, dadas as peculiaridades deste regime jurídico.

O princípio da especialidade determina que uma norma especial prevalece sobre uma norma geral, como prescreve o brocardo jurídico *lex specialis derogat legis generali* (artigo 2º, §2º da Lei 4.657/1942, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro³⁷⁰).

De acordo com a doutrina penalista, o princípio exprime a ideia de que diante de uma relação de gênero-espécie entre duas normas, a especial impera. Por norma especial, entende-se aquela norma que possui todas as circunstâncias e elementos da norma geral e algum elemento ou circunstância a mais³⁷¹.

Trata-se de hipótese em que os tipos são parcialmente coincidentes e que a aplicação de um exclui a do outro, uma vez que contempla todos os seus elementos. Essa exclusão justifica-se pelo princípio da segurança jurídica e da racionalidade sistêmica³⁷² e evita o *bis in idem*³⁷³.

Conforme assevera Fábio Medina Osório³⁷⁴, o princípio da especialidade, com grande aplicação no Direito Penal, também é pertinente no Direito Administrativo sancionador. De acordo com este princípio, no âmbito administrativo, o infrator responderá tão somente pela infração prevista na norma especial, sendo vedada a cumulação de sanções previstas nas normas geral e especial. Cite-se, como exemplo, a situação em que “as causas de aumento de penalidade administrativa (norma especial) prevalecem perante o ‘tipo fundamental’ (norma geral)”. Assim, o Decreto 6.514/2008, artigo 64, *caput*³⁷⁵, ao estabelecer

³⁶⁹ VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 131.

³⁷⁰ “Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. [...] § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

³⁷¹ MATEU, Juan Carlos Carbonell. **Derecho Penal: concepto y principios constitucionales**. Madrid: Tirant lo Blanch, 1999, p. 158.

³⁷² OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 347.

³⁷³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. parte geral 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 331.

³⁷⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. Op. cit., p. 347-348.

³⁷⁵ “Art. 64. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou em seus regulamentos: Multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais)”.

condutas protetoras do meio ambiente (tipo fundamental) e o §2º³⁷⁶ do mesmo dispositivo as causas de aumento, verificada a prática da conduta que se enquadre tanto no *caput* quanto no §2º do artigo 64, não poderá o infrator sofrer as penas previstas para ambos concomitantemente, devendo prevalecer as sanções previstas na norma que possui requisitos especializantes, isto é, o §2º do artigo 64³⁷⁷.

Por sua vez, pelo princípio da consunção ou absorção (*lex consumens derogat legis consumptae*), há a absorção de um ilícito por outro, de maneira que incide a pena prevista para o ilícito finalisticamente pretendido pelo agente³⁷⁸.

No Direito Penal, o princípio é utilizado quando do crime progressivo, pelo qual um crime é uma fase de realização de outro e está relacionado com a questão do *ante factum post factum* não puníveis. Trata-se de hipótese em que se verifica um crime-meio e um crime-fim e, não obstante a configuração de mais de um tipo, há um único contexto em que o desvalor de um tipo é absorvido pelo outro³⁷⁹.

O princípio aplica-se quando, ao realizar o tipo previsto em uma das normas, o sujeito concorre inevitavelmente para a prática de ilícito previsto em outra norma. Trata-se do “concurso medial”, como se denomina no Direito espanhol³⁸⁰, isto é, quando uma infração é cometida como meio necessário, como mero instrumento para atingir outra infração.

A norma consuntiva absorve o ilícito previsto na norma consumida, ainda que distintos os bens jurídicos protegidos³⁸¹. A doutrina de Heraldo Garcia Vitta³⁸² aponta que se aplica o princípio da consunção quando a infração administrativa praticada pelo agente é meio necessário para o cometimento de outra infração e, portanto, acaba absorvida por esta última. “É o que acontece com a tentativa e a consumação do ilícito: se o sujeito pratica a infração (infração consumada), não responderá pela tentativa”³⁸³; ou mesmo com os atos preparatórios, quando previstos como infrações administrativas, e a infração consumada³⁸⁴.

³⁷⁶ “§ 2º Se o produto ou a substância for nuclear ou radioativa, a multa é aumentada ao quádruplo”.

³⁷⁷ VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 131-132-133.

³⁷⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 347-348.

³⁷⁹ HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. t. I, 4.ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 140.

³⁸⁰ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. **La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador**. Madrid: Iustel, 2008, p. 77.

³⁸¹ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Do concurso aparente de normas penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 150.

³⁸² VITTA, Heraldo Garcia. *Op. cit.*, p. 134.

³⁸³ *Ibidem*, p. 131-134.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 131-134.

Por fim, o princípio da alternatividade ocorre quando as normas jurídicas descrevem graus de violação de um mesmo bem jurídico, de forma que se afasta a norma subsidiária para a aplicação da norma principal. Diferente da relação de espécie e gênero característica do princípio da especialidade, este tipo integra várias condutas alternativas.

Heraldo Garcia Vitta³⁸⁵ trata do princípio da alternatividade perante o Direito Administrativo sancionador considerando a hipótese em que uma norma jurídica prevê diversas condutas, alternativamente, como modalidades de uma mesma infração administrativa e ainda que o agente infrator incorra em mais de um destes deveres estabelecidos na norma, será sancionado apenas uma vez. Cite-se, como exemplo, o artigo 24³⁸⁶ do Decreto 6.514/2008: ainda que o infrator realize diversos comportamentos estabelecidos na norma, como na hipótese em que caça e após mata animal silvestre, sofrerá tão somente uma reprimenda³⁸⁷.

Os princípios da especialidade, consunção e alternatividade que regem o concurso aparente de normas evitam a violação do princípio do *non bis in idem* no Direito Administrativo sancionador, pois impedem a aplicação cumulativa de sanções previstas em diversas normas jurídicas e apontam para a aplicação de somente uma delas.

De todo modo, além das hipóteses supramencionadas em que se verifica a identidade fática, mas que não se revelam suficientes os critérios finalístico e normativo, como adverte Lucía Alarcón Sotomayor³⁸⁸, a verificação da identidade fática, na prática, não é tão simples e demanda especial cautela. A aplicação prática da identidade de fato se revela complexa mormente em razão, não raras vezes, da inobservância do princípio da legalidade/tipicidade da sanção administrativa no processo legislativo brasileiro, tanto no antecedente quanto no consequente da norma jurídica.

Conforme assevera Rafael Munhoz de Mello³⁸⁹, o artigo 87 da Lei 8.666/1993³⁹⁰, que determina as sanções aplicáveis àqueles que contratam com a Administração Pública,

³⁸⁵ VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 135-136.

³⁸⁶ “Art. 24. Matar, perseguir, caçar, apanhar, coletar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: [...]”

³⁸⁷ VITTA, Heraldo Garcia. Op. cit., p. 131-136

³⁸⁸ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. **La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador**. Madrid: Iustel, 2008, p. 45.

³⁸⁹ 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. 136-137.

³⁹⁰ “Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

utiliza a expressão vaga e imprecisa “*inexecução total ou parcial do contrato*”, abrangendo uma série de situações que podem levar à aplicação das sanções administrativas pré-determinadas, em manifesta violação ao princípio da tipicidade.

Da mesma forma, o artigo 37, inciso I, da Lei 12.529/2011 é demasiadamente amplo ao instituir sanções administrativas em caso de “*infração à ordem econômica*”. Aliás, este mesmo dispositivo, no inciso I, prevê a aplicação de “*multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração [...]*”. Não se pode considerar válida a previsão de multa variável de um valor muito modesto para um extremamente alto estimável conforme a gravidade da infração.

Diante desse processo legislativo falho, com a frequente violação do princípio da tipicidade das infrações administrativas, que se dá consciente ou inconscientemente, torna-se extremamente dificultosa a aplicação prática do critério de identidade fática.

Em síntese, a identidade fática, ainda que sob a perspectiva da teoria normativa, não é um componente de fácil aplicação no caso concreto, o que, de toda forma, não invalida sua utilidade para a identificação de violação do princípio do *non bis in idem*, constituindo um dos elementos da tríplice identidade.

5.3.3 Identidade de fundamento jurídico

Em casos conflitivos em que se efetiva a identidade fática e de sujeito, a análise da identidade de fundamento é elemento decisivo para determinar a ocorrência ou não de *bis in idem*, bem como para a definição dos contornos do referido princípio no que pertine ao seu conteúdo e alcance. Constatada a identidade de fato e de sujeito em determinado caso concreto, passa-se à apuração da identidade de fundamento jurídico³⁹¹.

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior”.

³⁹¹ CORIA, Dino Carlos. El principio de ne bis in idem en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim**, São Paulo, v. 15, n. 66, maio-jun., 2007, p. 15-16.

No Direito espanhol, entende-se por identidade de fundamento jurídico a dupla sanção de um mesmo bem jurídico protegido³⁹². A vulneração do princípio do *non bis in idem* não restará caracterizada, portanto, quando há mais de uma reação punitiva a uma mesma conduta do agente que, em cada ocasião, proteja distinto bem jurídico.

Não há identidade de fundamento quando diversas normas aplicáveis ao caso concreto protegem diferentes bens jurídicos. Não obstante, é equivocada a afirmação de que a existência de diferentes diplomas legais implicaria forçosamente diferentes bens jurídicos protegidos³⁹³. O concurso de normas punitivas não é em si mesmo um fenômeno patológico, no entanto, restará caracterizada inconstitucionalidade quando aplicadas no caso concreto as várias sanções previstas em normas que protejam o mesmo bem jurídico³⁹⁴.

No cenário do ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina de Helena Regina Lobo da Costa³⁹⁵ anota que o fundamento jurídico traduz-se no bem jurídico tutelado pela competência sancionatória e que a existência de diferentes legislações não significa necessariamente que há distintos fundamentos jurídicos:

Por fim, o critério relativo ao fundamento ou natureza jurídica deve ser observado a partir do bem jurídico tutelado. Se o bem jurídico for o mesmo – a probidade no trato com a coisa pública, por exemplo –, haverá identidade de fundamento.

[...]

Igualmente, a existência de distintos diplomas legais não significa que há distintos fundamentos jurídicos.

No Direito Administrativo sancionador, protegem-se valores relacionados à presença do Estado em determinadas atividades, seja de forma direta ou indireta. Fábio Medina Osório³⁹⁶ observa que tal abertura ostenta proporções praticamente infinitas, considerando os vários domínios que o Estado pode atuar.

³⁹² HÉRNANDEZ MENDOZA, Liliana. *El Non bis in idem en el ámbito sancionador*: estudio comparado de los sistemas español y mexicano. Thesis (Doctorado en Derecho administrativo). Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2013, p. 53; ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Madrid: Iustel, 2008, p. 47.

³⁹³ Ibidem, p. 47.

³⁹⁴ Ibidem, p. 57-58.

³⁹⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ne bis in idem e Lei Anticorrupção: sobre os limites para a imposição de sanção pelo Estado*. *Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=236102>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

³⁹⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 145.

Sem a pretensão de incursionar no fascinante debate acerca dos limites para a caracterização de um interesse como bem juridicamente protegido pela norma e em qual ramo jurídico deve ser abrigado – penal ou administrativo –, certo é que o bem jurídico é um bem do indivíduo ou da coletividade que o Direito reconhece e protege.

O bem jurídico protegido equivale a todo o interesse que o legislador considera merecedor da garantia de não ser vulnerado, seja por ação ou omissão do agente³⁹⁷. Trata-se daqueles bens que o legislador tenha catalogado abstratamente em uma norma jurídica³⁹⁸. Ou seja, o bem jurídico só se caracteriza como tal porque está previsto na norma.

A doutrina alemã de Franz Von Liszt³⁹⁹ expõe que a proteção de interesses é a essência do Direito e o bem jurídico é o interesse juridicamente protegido. Conforme Cezar Roberto Bitencourt⁴⁰⁰, Von Liszt concluiu o trabalho iniciado por Binding, que apresentou a primeira depuração do conceito de bem jurídico, concebendo-o como estado valorado pelo legislador, e conceituou o bem jurídico protegido como interesse juridicamente protegido, diferenciando-o do direito subjetivo.

O bem jurídico protegido não se confunde com o instituto do direito subjetivo, sendo muito mais amplo do que este, uma vez que a norma pode proteger interesses sem conferir direitos a determinados indivíduos⁴⁰¹.

De acordo com José Roberto Pimenta Oliveira, os “bens jurídicos iluminam a compreensão da moldura fática recortada para a estipulação dos ilícitos e, ao mesmo tempo, justificam a correlação lógica entre hipótese infracional e consequência sancionatória, legitimando o estabelecimento de sanções legais”⁴⁰².

Para a verificação da existência ou não de identidade de fundamento, não se deve considerar o bem jurídico protegido pela norma em abstrato quando incidentes distintas legislações setoriais sobre a mesma infração. Com efeito, em princípio, cada uma das normas possui distinto fundamento jurídico, no entanto, haverá hipóteses em que, por exemplo, uma

³⁹⁷ MEDINA, Paola Raquel Alvarez. **El principio de non bis idem en el derecho disciplinario abogadil colombiano**. Thesis (Magister en Derecho). Fundación Universidad del Norte, Barranquilla, 2012, p. 90.

³⁹⁸ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. **Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos ambientales**. Argentina: Universidad de Buenos Aires. Disponível em: <<https://huespedes.cica.es/gimadus/11/consideraciones.htm>>. Acesso em: 5 abr. 2018.

³⁹⁹ LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Traduzido por José Higinio Duarte Pereira. Tomo I. Campinas: Russell, 2003, p. 139.

⁴⁰⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. parte geral 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 13.

⁴⁰¹ LISZT, Franz von. Op. cit., p. 139

⁴⁰² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 2º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coords.). **Lei Anticorrupção comentada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 22.

norma sancionadora de urbanismo proteja o mesmo bem jurídico que uma norma de meio ambiente quando da ocorrência de determinada infração⁴⁰³.

Isso não significa que o bem jurídico surgiria no caso concreto, o bem jurídico nasce com a proteção dada pela norma, no plano abstrato, mas que seria equivocado estabelecer soluções gerais no que tange à identidade de fundamento, comparando, em abstrato, legislações no âmbito administrativo. É necessário que se analise caso a caso⁴⁰⁴.

Em determinado caso concreto, para que se verifique a ocorrência ou não da identidade de fundamento, faz-se mister o exame das normas que se aplicam àquele caso e se as sanções têm por fundamento pressupostos jurídicos idênticos, bem como o exame dos diferentes conteúdos do ato ilícito estabelecidos nas normas jurídicas⁴⁰⁵.

Por outro lado, deve-se considerar também o ataque ou a lesão ao bem jurídico protegido, de maneira que cada um dos distintos ataques ou lesões suportados por um mesmo bem jurídico tutelado pela norma terá um fundamento próprio e, por consequência, poderá ser aplicada uma sanção administrativa para cada um deles. Ou seja, a identidade de fundamento comporta não só a identidade de bem jurídico protegido, mas também a identidade de lesão ou ataque a esse bem⁴⁰⁶.

5.4 O *non bis in idem* e a relação de sujeição especial

5.4.1 A relação de sujeição especial dos particulares frente à Administração Pública

Ao lado das relações de sujeição geral que atingem a todos os particulares indiscriminadamente, em decorrência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, identifica-se uma situação de sujeição especial, caracterizada por uma submissão aguda do particular à Administração Pública, em que o particular mantém com a

⁴⁰³ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. **La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador**. Madrid: Iustel, 2008, p. 50-51.

⁴⁰⁴ Ibidem, p. 51.

⁴⁰⁵ HÉRNANDEZ MENDOZA, Liliana. **El Non bis idem en el ámbito sancionador**: estudio comparado de los sistemas español y mexicano. Thesis (Doctorado en Derecho administrativo). Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2013, p. 57.

⁴⁰⁶ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. Op. cit., p. 51

Administração Pública uma relação específica. É o caso, por exemplo, dos servidores públicos e das concessionárias de serviço público⁴⁰⁷.

Para caracterizar uma relação de sujeição especial, Renato Alessi⁴⁰⁸ relaciona dois elementos: (i) o ingresso do particular na estrutura da Administração Pública e (ii) a insuficiência das prerrogativas derivadas da supremacia geral da Administração para disciplinar aquela determinada relação especial.

De igual modo, Heraldo Garcia Vitta⁴⁰⁹ e Carolina Zancaner Zockun⁴¹⁰ anotam que a configuração de uma relação de sujeição especial depende da intensidade do liame travado entre o particular e a Administração Pública e da insuficiência, no caso, da supremacia geral para disciplinar o comportamento do particular. Nesse mesmo sentido, a doutrina de Carlos Arturo Gómez Pavajeau e Mario Roberto Molano López⁴¹¹ discrimina a “dependência acentuada” como critério utilizado para reconhecimento da relação de sujeição especial, “pois há o desenvolvimento de atividades que atraem as ditas prerrogativas administrativas deste específico regime. É esta dependência acentuada que faz com que seja criada uma relação jurídica específica, com regras próprias, dada a intensidade do vínculo que conecta o administrado à Administração Pública”.

Para Otto Mayer, a relação de sujeição especial poderia ser instaurada por meio de lei, “como no caso das relações involuntárias, como o serviço militar, ou de um ato de consentimento voluntário, como ocorre na nomeação para um cargo público”⁴¹². Já Walter Jellinek demonstra pretensão científica ainda mais ambiciosa, indicando a figura de um ato administrativo bilateral na relação de sujeição especial⁴¹³.

⁴⁰⁷ 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. 157.

⁴⁰⁸ ALESSI, Renato. **Principi di diritto amministrativo**. 3. ed., v. 1. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1974, p. 277.

⁴⁰⁹ VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 78-79.

⁴¹⁰ ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Sujeição Especial e Regime Jurídico da Função Pública no Estado de Direito Democrático e Social**. In: CELY, Martha Lucía Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da Silveira. (Org.). **Direito Disciplinário Internacional: Estudos sobre a formação, profissionalização, disciplina, transparência, controle e responsabilidade da função pública**. v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 281.

⁴¹¹ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo; MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. **La relación especial de sujeción: estudios**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 152.

⁴¹² MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Parte General. Traduzido do francês por Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. t. 1. Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 129-130.

⁴¹³ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración. Contribución a la teoría del Estado de derecho. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 34, pp. 11-52, 1961, p. 37-41.

Segundo a doutrina de Luz Marina Gil Garcia, Gloria Garcia Coronado e Raul Hernando Esteban Garcia⁴¹⁴, ainda que criada por lei, a voluntariedade deve ser necessariamente o fundamento para a instauração de uma relação de sujeição especial. A voluntariedade, na dicção de Lourival Vilanova⁴¹⁵, caracteriza o suporte fático causal que figura como suporte de incidência de todas as normas no âmbito de determinada relação de sujeição especial.

A voluntariedade necessária para a caracterização de uma relação de sujeição especial consiste em um ato, uma expressão da vontade do particular, em virtude do qual se submete a uma regulamentação específica. Neste sentido, a submissão voluntária pelo administrado não se descaracteriza quando existente uma coação legal, ou mesmo uma pressão social, conforme entendimento de Alfredo Gallego Anabitarte⁴¹⁶. Com efeito, não se trata de avaliar as introspecções na psique dos administrados, intenções ou motivações subjetivas.

O ato de formalização de contrato administrativo, por exemplo, expressa a voluntariedade do concessionário de serviço público em se submeter a um vínculo específico com a Administração Pública e traz como consequência uma série de normas que irão disciplinar aquela determinada relação.

Dessarte, se o particular voluntariamente se insere na estrutura da Administração para com esta se relacionar, a ele se estendem as regras que disciplinam o aparato estatal. O elemento da voluntariedade, contudo, não justifica uma sujeição ilimitada do administrado à Administração Pública. Deve-se considerar a relação de sujeição especial dentro de uma margem de conformação jurídica e, portanto, dentro da lei e do Direito⁴¹⁷.

De fato, a teoria clássica das relações de sujeição especial, estruturada pela doutrina alemã no final do século XIX, foi delineada como relações de poder reguladas pela própria Administração através de atos infralegais, em contraponto às relações gerais travadas

⁴¹⁴ GIL GARCIA, Luz Marina; GARCÍA CORONADO, Gloria; ESTEBAN GARCÍA, Raúl Hernando. Relaciones especiales de sujeción. Aproximación histórica al concepto. **Revista Prolegómenos. Derechos y Valores**, Universidad Militar Nueva Granada Bogotá, Colombia, Bogotá, D.C., v. 12, n. 23. enero, junio, 2009.

⁴¹⁵ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 29-30.

⁴¹⁶ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración. Contribución a la teoría del Estado de derecho. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 34, pp. 11-52, 1961, p. 41.

⁴¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 856-857.

entre o Estado e os indivíduos – as denominadas relações de sujeição geral – as quais eram regidas pela lei do Parlamento⁴¹⁸.

A partir desta teoria, depreende-se que a Administração Pública não estava afeta ao princípio da legalidade para regular as relações de sujeição especial e que aqueles que voluntariamente se colocavam debaixo da estrutura ou do aparato estatal renunciariam tacitamente a alguns de seus direitos.

A doutrina e a jurisprudência da Alemanha foram paulatinamente rechaçando a teoria clássica das relações de sujeição especial⁴¹⁹, que sofreu uma reconfiguração a partir da decisão BVerfGE 33,1, em 1972, do Tribunal Constitucional alemão, que admitiu a Reclamação Constitucional e julgou-a procedente para determinar que os direitos fundamentais dos detentos só poderiam ser limitados através de lei e desde que tal limitação fosse imprescindível para a consecução do interesse da coletividade coberto pelo ordenamento axiológico da Constituição⁴²⁰. A partir daí, passou-se a entender que o princípio da legalidade e os direitos fundamentais deveriam ser preservados no âmbito das relações de sujeição especial, razão pela qual parte da doutrina passou a afirmar que a teoria em questão deixaria de existir⁴²¹.

O ordenamento jurídico brasileiro não admite a figura da relação de sujeição especial em sua concepção clássica, isto é, fora do âmbito de incidência do princípio da legalidade. Rafael Munhoz de Mello afirma que a ideia de um campo de atuação da Administração Pública que não seja subordinado ao princípio da legalidade não pode prosperar no ordenamento jurídico pátrio, sendo totalmente incompatível com o Estado de Direito⁴²².

⁴¹⁸ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración. Contribución a la teoría del Estado de derecho. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 34, pp. 11-52, 1961, p. 13-14; 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. 158.

⁴¹⁹ Ibidem, p. 160-161.

⁴²⁰ CANDIDO, Daniele Chamma. **Competência sancionatória nos contratos administrativos**. 150f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 21.

⁴²¹ WIMMER, Miriam. As relações de Sujeição Especial na Administração Pública. **Doutrina Brasileira. Direito Público**, Rio de Janeiro, n. 18, out-nov-dez, 2007, p. 42-43.

⁴²² 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. 160-161.

A doutrina de Gallego Anabitarte⁴²³ defende a aplicação do princípio da legalidade no âmbito das relações de sujeição especial como decorrência do próprio Estado de Direito, razão pela qual todas as intervenções da Administração Pública na esfera jurídica dos administrados devem ter como base a lei.

Conforme leciona Rafael Valim⁴²⁴, o princípio da legalidade é um traço jurídico-positivo que compõe o Estado Social de Direito fundado pela Constituição Republicana de 1988. Nosso sistema constitucional firma a primazia da Constituição sobre os poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, o que respalda o princípio da legalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Não há, pois, como se conceber a figura da sujeição especial à margem do Direito e da lei, mas apenas em seu âmbito.

Disto não decorre, contudo, a suposta inexistência da figura da sujeição especial. É inegável que as relações de sujeição especial possuem um regime jurídico diverso daquele que rege as relações de sujeição geral. No âmbito das relações de sujeição especial, a Administração Pública dispõe de poderes normativos mais extensos para disciplinar o seu aparato e quem com ele se relaciona, ainda que o regramento estabelecido no âmbito da sujeição especial deva sempre ter seu fundamento último em lei, explícita ou implicitamente⁴²⁵.

Determinadas hipóteses exigem atuação mais rápida e eficaz da Administração Pública para o atendimento do interesse público, revelando-se nesses casos ineficiente o regime jurídico de supremacia geral do Estado⁴²⁶.

De todo modo, uma maior ingerência do Executivo em face de determinado caso concreto não configura permissivo para, tal qual o legislador, realizar ponderações no plano abstrato.⁴²⁷ O fundamento último deve ser a lei. No Direito brasileiro, a relação de sujeição

⁴²³ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración. Contribución a la teoría del Estado de derecho. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 34, pp. 11-52, 1961, p. 50-51.

⁴²⁴ VALIM, Rafael. **A subvenção no Direito administrativo Brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 27-28.

⁴²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 856-857; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Sujeição Especial e Regime Jurídico da Função Pública no Estado de Direito Democrático e Social. CELY, Martha Lucía Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da Silveira. (Org.). **Direito Disciplinário Internacional: Estudos sobre a formação, profissionalização, disciplina, transparência, controle e responsabilidade da função pública**. v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 281.

⁴²⁶ ZOCKUN, Carolina Zancaner. Op. cit., p. 281.

⁴²⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 88.

especial não é concebida como exceção ao princípio da legalidade, ao contrário, subordina-se a este.

5.4.1.1 As infrações e sanções administrativas no âmbito das relações de sujeição especial

A modulação específica do princípio da legalidade no âmbito das relações de sujeição especial tem implicações no Direito Administrativo sancionador.

Diante de sanções administrativas, que caracterizam atos administrativos restritivos de direitos⁴²⁸, tanto a infração quanto a consequência negativa resultante do descumprimento do comportamento determinado na hipótese de incidência da norma, isto é, a sanção, devem ter por fundamento a lei. É dizer: deve haver uma prescrição normativa genérica e abstrata em lei para que seja válido o ato sancionador individual e concreto.

Em comparação à relação de sujeição geral, observa-se que na relação de sujeição especial há mais espaço para a colaboração de regulamentos. Admite-se que a Administração Pública crie a infração administrativa, no entanto, exige-se que a lei expressamente atribua tal competência regulamentar ao ente administrativo⁴²⁹. A lei – em sentido formal – deve autorizar a estatuição de infrações para a imposição de penalidades aos administrados (artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal).

A relação de sujeição especial leva ao afrouxamento do princípio da legalidade no que tange à criação de infrações administrativas, uma vez que o intenso liame do particular com a Administração Pública torna dificultoso ao legislador prever todos os deveres dos particulares especialmente vinculados ao aparato estatal⁴³⁰. “Se é inviável a previsão de todas as obrigações, é também inviável a previsão de todas as infrações administrativas no âmbito das relações de especial sujeição”⁴³¹.

⁴²⁸ Angélica Petian realiza uma distinção entre os atos administrativos meramente restritivos e os atos administrativos restritivos de direitos, sendo estes últimos decorrentes de processos sancionadores, com aptidão para impor sanções administrativas (PETIAN, Angélica. **Regime Jurídico dos processos administrativos ampliativos e restritivos de direito**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 109).

⁴²⁹ 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. 166.

⁴³⁰ VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 78-79.

⁴³¹ MELLO, Rafael Munhoz de. Op. cit., p. 166.

Entretanto, a definição dos tipos de sanções deve ter por base a lei, sob pena de se configurar remissões em branco à autoridade administrativa competente⁴³². Daniel Ferreira⁴³³ aduz que, no regime de sujeição especial, deve haver previsão em lei das possíveis sanções e autorização genérica para o estabelecimento de infrações.

A possibilidade de criação da infração administrativa por regulamento é, então, a única peculiaridade do Direito Administrativo sancionador no âmbito das relações de sujeição especial. Ainda que não se exija a tipificação da infração administrativa em lei, mas apenas uma autorização genérica, não se afasta o princípio da tipicidade, ou seja, é necessária a descrição da infração de forma clara e precisa em regulamento, mantendo-se consonância também com o princípio da irretroatividade, exigindo-se a prévia edição da infração, ou seja, anteriormente a sua consumação⁴³⁴.

5.4.2 Aplicação do princípio do *non bis in idem* às relações de sujeição especial

A relação de sujeição especial não exime a incidência do princípio do *non bis in idem*, visto que este tipo de relação não se dá à margem do Direito. Aliás, conforme já demonstrado, o princípio do *non bis in idem* configura uma garantia constitucionalmente assegurada, como uma derivação implícita dos princípios da legalidade, segurança jurídica e proporcionalidade, e previsto em tratados internacionais de Direitos Humanos. Sendo assim, deve-se rechaçar a tese de que seria possível afastar a incidência do princípio do *non bis in idem* sobre um pretense “poder especial” da Administração Pública.

No âmbito das relações de sujeição especial, haverá hipóteses em que se admite a acumulação de sanções administrativas e a tramitação de mais de um processo administrativo diante de uma mesma infração, o que jamais terá alicerce no suposto afastamento do princípio do *non bis in idem*.

Considerando que o particular que se submete ao regime de sujeição especial obrigatoriamente também se submete também ao regime de sujeição geral, uma mesma infração administrativa poderá produzir consequências jurídicas simultâneas tanto no âmbito

⁴³² ÁLVAREZ, Tomás Prieto. La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 178, enero-abril, 2009, p. 241-242.

⁴³³ FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 94.

⁴³⁴ 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. 166.

da sujeição geral quanto no âmbito da sujeição especial, hipótese em que os bens jurídicos protegidos serão diferentes.

Conforme já assinalado, tolera-se a acumulação de sanções provenientes de diferentes autoridades administrativas diante de fundamentos jurídicos diversos. Com efeito, a prática de infração administrativa por indivíduo ubicado no aparato estatal pode ter uma significação direta no âmbito interno da organização administrativa e, ao mesmo tempo, uma implicação no âmbito do regime de sujeição geral, transgredindo distintos fundamentos jurídicos.

Os princípios que fundamentam o exercício do poder punitivo geral não necessariamente servem para o exercício do poder punitivo especial em determinado caso concreto⁴³⁵.

Em dissertação sobre o tema da sujeição especial, mais especificamente quanto às contratações públicas, Daniela Chamma Candido⁴³⁶ registra que a diversidade de fundamentos jurídicos se deve em razão da própria ausência de uniformidade dos regimes jurídicos de sujeição geral e especial, e ainda que as diversas sanções administrativas derivem do mesmo gênero, possuem diferentes fundamentos jurídicos.

As normas que regem este vínculo especial têm por finalidade salvaguardar princípios que orientam a atividade estatal, como o da adequação do serviço público, e assim resulta obrigatória a incidência de diferentes ramos do poder punitivo estatal quando em face de uma infração que ao mesmo tempo viole fundamentos jurídicos diversos, decorrentes de ambos regimes de sujeição geral e especial.

Assim, para justificar o exercício simultâneo da atividade sancionatória especial e do “poder de polícia” geral do Estado, é indispensável que a conduta tipificada como ilícita no âmbito da sujeição especial tenha também repercussão no âmbito da supremacia geral do Estado, de maneira que a infração praticada possua um desvalor atribuído pelo ordenamento jurídico com base em um fundamento que derive deste poder sancionatório geral.

Não basta, portanto, que o agente se insira no âmago de uma relação especial. A possibilidade de dupla sanção em tais casos não significa que o princípio da proibição do *bis*

⁴³⁵ ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. 3. ed. trad. de Buenaventura Pellisé Prats, t. 1. Barcelona: Bosch, 1970, p. 231.

⁴³⁶ CANDIDO, Daniele Chamma. **Competência sancionatória nos contratos administrativos**. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 75.

in idem não vigore nas relações de sujeição especial, mas que, em regra, falta um dos pressupostos para a caracterização da dupla sanção quando a conduta praticada produzir consequências jurídicas também no âmbito da sujeição geral: a identidade de fundamento⁴³⁷.

Tal entendimento também se aplica ao Direito Administrativo disciplinar, considerado esfera autônoma de responsabilidade para um segmento da doutrina e que, para todos os efeitos, se desenvolve dentro do marco das relações de sujeição especial.

O Direito Administrativo disciplinar é constituído por normas que determinam deveres, direitos, proibições, regime de incompatibilidades de cargos e impedimentos. Em acréscimo, integra o Direito disciplinar a faculdade de impor sanções àqueles que, vinculados ao regime especial travado com a Administração Pública, descumprem referidos deveres e obrigações⁴³⁸.

Renato Alessi⁴³⁹, quando trata da sanção disciplinar, admite o exercício dos deveres-poderes decorrentes das sujeições geral e especial de maneira simultânea sem que se viole o princípio do *non bis in idem*.

O Estado possui prerrogativas de correição, educação e até de reinserção do servidor faltoso que derivam de um regime jurídico de sujeição especial, com princípios peculiares e que, portanto, poderão ser aplicadas sanções administrativas decorrentes do regime especial, em paralelo àquelas aplicadas em virtude do regime geral.

Por outro lado, pode ocorrer de o particular se inserir em mais de um vínculo especial ou sujeitar-se a mais de um órgão ou entidade de controle em razão de um único regime de sujeição especial.

Em monografia sobre o tema, Paola Raquel Alvarez Medina⁴⁴⁰ analisa o regime jurídico de sujeição especial a que se submetem os advogados que desempenham funções públicas no ordenamento jurídico colombiano⁴⁴¹, demonstrando que se encontram sujeitos a

⁴³⁷ HÉRNANDEZ MENDOZA, Liliana. **El Non bis idem en el ámbito sancionador**: estudio comparado de los sistemas español y mexicano. Thesis (Doctorado en Derecho administrativo). Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2013, p. 70.

⁴³⁸ MEDINA, Paola Raquel Alvarez. **El principio de non bis idem en el derecho disciplinario abogadil colombiano**. Thesis (Magister en Derecho). Fundación Universidad del Norte, Barranquilla, 2012, p. 23.

⁴³⁹ ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. 3. ed. trad. de Buenaventura Pellisé Prats, t. 1. Barcelona: Bosch, 1970, p. 232.

⁴⁴⁰ MEDINA, Paola Raquel Alvarez. Op. cit., p. 118.

⁴⁴¹ Acerca da organização político-administrativa na Colômbia: “se buscó un tipo de organización intermedia entre el sistema federal y el centralismo absoluto, mediante la fórmula conocida como ‘centralización política y descentralización administrativa’, la cual ha sido ratificada por la Constitución de 1991, al expresar en su artículo 1º que ‘Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria,

regimes especiais diferentes e que não vulnera o princípio do *non bis in idem* o exercício do poder especial em separado pelos respectivos órgãos administrativos quando os fatos e fundamentos jurídicos forem diversos.

No entanto, é possível que mais de uma autoridade administrativa, inseridas no âmbito da sujeição especial, seja competente para a apreciação de determinada infração administrativa, com um mesmo fundamento jurídico, mormente quando imprecisa ou extremamente vaga a descrição típica da infração⁴⁴². É o caso, por exemplo, do artigo 132, inciso XI, da Lei 8.112/1990, relativo à prática de corrupção, infração disciplinar que pode levar, inclusive, à exclusão do funcionário dos quadros da Administração Pública⁴⁴³. Quando o administrado estiver vinculado a diferentes regimes de sujeição especial, aplica-se o princípio do *non bis in idem* para impedir que haja reiteração punitiva. Não pode uma autoridade administrativa competente impor sanção a servidor público em decorrência de processo administrativo disciplinar e, posteriormente, outra autoridade administrativa, igualmente competente, instaurar novo processo administrativo disciplinar, no qual determine a aplicação de outras sanções em razão da mesma infração administrativa e sob um mesmo fundamento jurídico.

descentralizada (...). Dicho en otras palabras, el Estado se reserva el ejercicio de las funciones constituyente, legislativa y jurisdiccional, mientras que la función administrativa la comparte con las secciones o provincias. En la realidad la fórmula se traduce en que solo existe en Colombia una Constitución para todo el país; que las leyes, entre ellas los principales códigos, también son necesariamente nacionales y que la administración de justicia se imparte siempre en nombre de la república. Por ello la rama legislativa del poder la integra solamente el Congreso Nacional, con sus dos cámaras, sin que existan organismos regionales de carácter legislativo. De manera que la rama legislativa está completamente centralizada y ni siquiera utiliza el fenómeno de la descentralización territorial, pues ejerce todas sus funciones desde la capital. Las asambleas departamentales y los concejos municipales son ‘corporaciones político-administrativas’, como los denomina la Constitución Política en sus artículos 299 y 312, respectivamente, modificados por los artículos 3º y 5º del acto legislativo 1 de 2007.

A su vez, la rama judicial también está centralizada, es decir, en manos del Estado, pero en relación con ella se utiliza el mecanismo de la desconcentración territorial, pues existen tribunales y juzgados en todos los departamentos y municipios del país, que administran justicia en nombre de la república.

La rama administrativa, según la fórmula que venimos estudiando, está descentralizada. Sin embargo, esto no quiere decir que esta función esté otorgada totalmente a los departamentos y municipios. Simplemente quiere decir que parte de esa función se otorga a las entidades territoriales, pero que el Estado se reserva otra parte, la más importante, al conservar las funciones del presidente de la república, los ministros y demás autoridades administrativas nacionales. También sabemos que se presenta descentralización administrativa en relación con las entidades descentralizadas por servicios.

En conclusión, la fórmula de la ‘centralización política y descentralización administrativa’, que pretendía ser intermedia, realmente implica un predominio de la centralización sobre la descentralización, aun en lo correspondiente a la función administrativa, aunque debe reconocerse que en los últimos años se ha presentado una tendencia hacia el fortalecimiento de la descentralización” (RODRIGUEZ, Libardo. **Derecho Administrativo General Y Colombiano**. 19. ed. Bogotá: Temis, 2015, p. 82-83).

⁴⁴² MEDINA, Paola Raquel Alvarez. **El principio de non bis idem en el derecho disciplinario abogadil colombiano**. Thesis (Magister en Derecho). Fundación Universidad del Norte, Barranquilla, 2012, p. 06.

⁴⁴³ COSTA, José Armando da. **Direito disciplinar: temas substantivos e processuais**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 162.

Em suma, quando o ato ilícito praticado por particular que possua vínculo especial com a Administração Pública também caracterizar infração decorrente do regime de sujeição geral, será possível acumular as sanções aplicadas, em razão dos diversos bens jurídicos protegidos. Quando o particular mantiver mais de um vínculo especial ou estiver sujeito a mais de um órgão ou entidade de controle em razão do regime especial, deve-se verificar no caso concreto se resta configurada a tríplice identidade.

5.5 Vertente processual

A vertente processual do princípio do *non bis in idem* estabelece a impossibilidade de o administrado ser processado e julgado mais de uma vez pelos mesmos fatos e sob um mesmo fundamento jurídico. Trata-se de garantia processual do administrado de não se submeter a um duplo processo administrativo sancionador, independente de serem diversas as autoridades administrativas⁴⁴⁴.

O aspecto processual do princípio do *non bis in idem*, como visto, encontra-se estabelecido em tratados internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário: o Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas, que prescrevem em todas as instâncias do Direito, inclusive na esfera administrativa, a garantia do indivíduo não ser processado mais de uma vez pelo mesmo ato ilícito, independente de resolução absolutória ou condenatória.

Lucía Alarcón Sotomayor⁴⁴⁵, em monografia sobre o tema, propõe como critério para a determinação da vertente processual do princípio da proibição do *bis in idem* checar se o segundo processo afeta de alguma forma o que já fora decidido em processo anterior ou se simplesmente complementa aquela decisão.

Se o processo administrativo posterior afastar de alguma forma o que tenha sido decidido em prévia decisão administrativa, deve-se ter em conta que a existência de identidade de fundamento no caso concreto impede a tramitação de mais de um processo administrativo com base nos mesmos fatos praticados pelo agente. Quando verificada a

⁴⁴⁴ HÉRNANDEZ MENDOZA, Liliana. **El Non bis idem en el ámbito sancionador**: estudio comparado de los sistemas español y mexicano. Thesis (Doctorado en Derecho administrativo). Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 201, p. 157.

⁴⁴⁵ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. **La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador**. Madrid: Iustel, 2008, p. 190.

tríplice identidade, é vedada a instauração e tramitação de mais de um processo administrativo com o mesmo objeto, sob o enfoque do princípio do *non bis in idem*.

Com efeito, não se pode admitir, sob pena de violação do princípio do *non bis in idem*, a tramitação de um segundo processo administrativo para retomar o julgamento de processo instaurado anteriormente com a finalidade de se sobrepor à decisão proferida, seja para aplicar sanção mais grave, seja para reformar a decisão que concluiu pela absolvição para condenar o administrado⁴⁴⁶.

Sob essa perspectiva, a vertente processual do princípio é também uma garantia para que não concorram interpretações contraditórias na Administração Pública, sendo vedada a tramitação simultânea ou sucessiva de processos administrativos que tenham por finalidade a punição da mesma infração com o mesmo fundamento jurídico.

A Administração Pública tem apenas uma oportunidade para apurar e sancionar o administrado pela prática de um ilícito na esfera administrativa, pelos mesmos fatos e fundamento jurídico. Entendimento contrário obrigaria o administrado a tolerar uma ilimitada e indefinida intromissão sobre sua esfera de liberdade⁴⁴⁷, acarretando situação de insegurança jurídica.

Nesta primeira situação, portanto, em regra, fica obstada a tramitação de mais de um processo administrativo, sob pena de violação do princípio do *non bis in idem* processual.

Situação diversa ocorre diante de concurso de infrações. Neste caso, o novo processo administrativo sancionador não pretende o afastamento de decisão proferida em processo anterior, razão pela qual não será violado o princípio do *non bis in idem* quando da tramitação sucessiva ou simultânea de processos administrativos. Em outras palavras, trata-se de situação em que se verifica, no caso concreto, a ausência de identidade de fato.

As hipóteses nas quais não há uma atuação no sentido de afastar a decisão anteriormente prolatada não se restringem ao concurso de infrações. De igual modo, não haverá o descumprimento do princípio da proibição de *bis in idem*, quando uma mesma conduta viole diversos bens jurídicos protegidos pelo ordenamento. Em cada um dos processos, o órgão competente pela sua instauração exercerá sua parcela de competência.

⁴⁴⁶ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. **La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador**. Madrid: Iustel, 2008, p. 192.

⁴⁴⁷ CORIA, Dino Carlos. El principio de *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim**, São Paulo, v. 15, n. 66, maio-jun., 2007, p. 20.

Em suma, o princípio do *non bis in idem*, no campo processual, assegura ao administrado o direito a não ser submetido a mais de um processo, simultânea ou sucessivamente, quando verificada a tríplice identidade, substrato material desse princípio⁴⁴⁸.

5.5.1 Fundamento

O fundamento da vertente processual da proibição do *bis in idem* reside na necessidade de evitar a carga arbitrária e desproporcionada de diversos processos administrativos sancionadores sobre o administrado investigado⁴⁴⁹.

O conteúdo processual do princípio do *non bis in idem* resulta de princípios basilares que regem as atividades da Administração Pública, já arrolados quando da análise do fundamento do conteúdo material, ligando-se também intimamente ao princípio do devido processo legal.

A doutrina de Paola Raquel Alvarez Medina concebe o princípio do *non bis in idem* dentro da esfera do princípio do devido processo legal, a limitar o exercício da atividade sancionatória da Administração Pública, de maneira que o agente não sofra mais de uma persecução em razão de uma mesma infração⁴⁵⁰.

No mesmo sentido, Fábio Medina Osório⁴⁵¹ destaca a íntima ligação do princípio do *non bis in idem* com o princípio do devido processo legal. Para o autor, a cláusula constitucional do *due process of law* constitui fonte formal direta da proibição do *bis in idem*.

O devido processo legal limita a atuação punitiva da Administração Pública na medida em que determina que o dever-poder punitivo seja exercido em um contexto que permita a defesa material do acusado. Tal garantia de defesa material não é assegurada quando se concede à Administração Pública desconsiderar a defesa apresentada pelo acusado na instauração de novos processos punitivos em relação ao mesmo ilícito⁴⁵².

⁴⁴⁸ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. **La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador**. Madrid: Iustel, 2008, p. 20.

⁴⁴⁹ PUERTA SEGUIDO, Francisco. "La prohibición de bis in idem" en la legislación de tráfico. **Revista de Documentación Administrativa**, Castilla-La Mancha, n. 284-285, mayo-diciembre, 2009, p. 224-225.

⁴⁵⁰ MEDINA, Paola Raquel Alvarez. **El principio de non bis in idem en el derecho disciplinario abogadil colombiano**. Thesis (Magister en Derecho). Fundación Universidad del Norte, Barranquilla, 2012, p. 48.

⁴⁵¹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 293-294.

⁴⁵² ARÊDES, Sirlene Nunes. *Ne bis in idem*: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 52, pp. 204-240, jan./jun., 2018, p. 228.

Deveras, não é razoável e muito menos compatível com o princípio do devido processo legal exigir do administrado a apresentação de defesa em diversos processos administrativos que visam apurar uma única infração, sob um mesmo fundamento jurídico.

Luis Alberto Jiménez Sánchez⁴⁵³ salienta que o princípio do *non bis in idem* processual seria uma garantia estrutural do devido processo legal e, por conseguinte, deve ser observado por todas as autoridades administrativas que detenham competência para a aplicação de sanções.

Isso porque, segundo o autor, o devido processo legal tem por propósito principal o respeito aos direitos fundamentais de todos aqueles que se deparam com algum tipo de atuação pública, sendo que o devido processo abarca o princípio da proibição de dupla sanção.

O princípio do devido processo legal impede a prolongação desnecessária do processo e, portanto, da apuração de eventuais infrações praticadas pelos administrados, além de proibir a retomada da investigação de infração já devidamente apurada e sobre a qual possa já ter sido cominada sanção administrativa⁴⁵⁴.

Neste sentido, a proibição da dupla incriminação evita que a experiência jurídica se converta em uma sucessão contínua e interminável de processos para a apuração de uma mesma infração administrativa, o que acarretaria violação grave ao princípio da segurança jurídica⁴⁵⁵.

O princípio do *non bis in idem* assegura o princípio do devido processo legal, permitindo que o indivíduo condenado possa invocar a seu favor as sanções anteriormente aplicadas, os fatos considerados como provados pela própria Administração Pública, ainda que por órgão ou entidade diversa, e a absolvição estabelecida em processo anterior⁴⁵⁶.

Em acréscimo, a vertente processual do princípio do *non bis in idem* tem por fundamento o princípio da eficiência, introduzido no *caput* do artigo 37 da Constituição

⁴⁵³ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Luis Alberto. El principio de doble incriminación: una mirada desde la jurisprudencia colombiana. **Justicia Juris**, Barranquilla, v. 9, n. 1, pp. 11-26, enero-junio, 2013, p. 11-26.

⁴⁵⁴ Neste ponto também se brinda o princípio da segurança jurídica, conferindo ao administrado a certeza jurídica de que não será submetido a novo processo administrativo instaurado em razão da prática de infração administrativa já apurada no âmbito administrativo, evitando que o administrado experimente uma condição permanente de ansiedade e insegurança.

⁴⁵⁵ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Luis Alberto. Op. cit., p. 13.

⁴⁵⁶ ARÊDES, Sirlene Nunes. *Ne bis in idem*: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 52, pp. 204-240, jan./jun., 2018, p. 228.

Federal pela Emenda Constitucional 19/98 e, em nível infraconstitucional, no artigo 2º da Lei 9.784/1999.

Gustavo Marinho de Carvalho assevera que “o princípio da eficiência impõe a toda a Administração Pública o dever de realizar todas as suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento”⁴⁵⁷. No Direito Administrativo, ser eficiente “significa que o administrador público deve alcançar o melhor rendimento possível, com os menores índices de erros e dispêndio de recursos, no menor tempo possível, e sem transbordar os limites da legalidade”⁴⁵⁸.

O princípio da eficiência da Administração Pública “diz respeito ao melhor modo de realização de suas finalidades, do interesse público”⁴⁵⁹. A Administração Pública, assim como a conduta dos agentes públicos que lhe são imputadas estão vinculadas à promoção de finalidades públicas, impondo-se uma coordenação de esforços para a realização do interesse público, com a obtenção dos melhores resultados.

Segundo este princípio, não se deve permitir que a Administração Pública, com todos os seus recursos e autoridades administrativas, empenhe atuações repetidas para condenar um indivíduo pela prática de uma infração, de maneira a exceder a finalidade prevista na norma sancionadora⁴⁶⁰. Nos dizeres de Guido Falzone, trata-se de desenvolver a atividade administrativa “do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os mais idôneos para tanto”⁴⁶¹.

Neste sentido, a Administração Pública tem o dever jurídico de utilizar os recursos de que dispõe no ensejo de satisfazer um interesse público, cessando sua atividade administrativa sancionatória quando o mesmo for alcançado, resguardando-se do gasto desnecessário de recursos públicos.

A Administração Pública, ao instaurar mais de um processo administrativo para apurar uma mesma infração, sob um mesmo fundamento jurídico, estará exercendo a

⁴⁵⁷ CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 141.

⁴⁵⁸ Ibidem, p. 141.

⁴⁵⁹ MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 40.

⁴⁶⁰ CORIA, Dino Carlos. El principio de ne bis in idem en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. **Revista Brasileira de Ciências Criminas: RBCCrim**, São Paulo, v. 15, n. 66, maio-jun., 2007, p. 20-21.

⁴⁶¹ Guido Falzone, Il Doveri di Buona Amministrazione, Milão, Giuffrè, 1953. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 126.

atividade sancionatória de maneira indevida e desproporcionada, em flagrante violação dos princípios da eficiência e do devido processo legal.

5.5.2 Tramitação sucessiva de processos administrativos

O princípio do *non bis in idem* impossibilita a tramitação sucessiva de processos administrativos, ou seja: é vedada a instauração de novo processo administrativo após o trânsito em julgado de decisão proferida em processo anterior.

Se o primeiro processo administrativo instaurado for concluído com uma resolução firme, condenatória ou absolutória, não poderá ser aberto novo processo administrativo sancionador com base nos mesmos fatos e fundamento jurídico⁴⁶².

Luiz Eduardo Diniz Araújo e Raíssa Roese da Rosa⁴⁶³, citando a doutrina de Suzana Lorenzo, leciona que, encerrado o processo instaurado para apurar determinada infração administrativa, não pode a Administração Pública instaurar novo processo pretendendo renovar o exercício de sua atividade sancionatória.

Conforme já exposto, o princípio do *non bis in idem* tem por fundamento o princípio da segurança jurídica, que determina que o administrado não poderá ser submetido a novo julgamento pelos mesmos fatos e fundamento jurídico que já tenham sido objeto de análise, desde que tal análise tenha resultado em decisão firme, seja pela absolvição ou condenação.

Neste tópico, desempenha particular importância uma das implicações do princípio da segurança jurídica, qual seja: o da coisa julgada administrativa. O fenômeno da coisa julgada administrativa garante ao administrado o direito de não sofrer uma nova persecução sancionatória que tenha adquirido firmeza⁴⁶⁴.

A coisa julgada administrativa pode ser entendida como a situação sucessiva a algum ato administrativo em decorrência do qual a Administração fica impedida de retratar-se

⁴⁶² HÉRNANDEZ MENDOZA, Liliana. **El Non bis idem en el ámbito sancionador**: estudio comparado de los sistemas español y mexicano. Thesis (Doctorado en Derecho administrativo). Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2013, p. 165.

⁴⁶³ ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz; ROSA, Raíssa Roese da. O princípio do non bis in idem no âmbito do processo administrativo sancionador. **Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo**, São Paulo, n. 15, ago., 2012, p. 514.

⁴⁶⁴ HÉRNANDEZ MENDOZA, Liliana. Op. cit., p. 30.

dele na esfera administrativa⁴⁶⁵. Para Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁶⁶, esse impedimento de retratação por parte da Administração Pública engloba também a esfera judicial.

Por óbvio, a coisa julgada no âmbito administrativo não possui as mesmas características da coisa julgada judicial. Somente o pronunciamento expedido pelo Poder Judiciário possui força definitiva, dado que os atos administrativos atingidos pela coisa julgada administrativa poderão ainda ser revisados pelo Poder Judiciário. A doutrina de Sérgio Ferraz e Adílson Abreu Dallari anota que “a própria ideia de coisa julgada administrativa sempre foi um *punctum dolens*”⁴⁶⁷, considerando-se não só a possibilidade de reexame em sede jurisdicional, como também de autorrevisão e anulação do ato administrativo pela Administração (autotutela).

Isso não significa, no entanto, que a coisa julgada administrativa não se preste a garantir a vertente processual do princípio do *non bis in idem* no âmbito administrativo. Conforme assevera Liliana Hernández Mendoza⁴⁶⁸, a construção doutrinária e jurisprudencial do princípio do *non bis in idem* desde sua origem guarda relação com o instituto da coisa julgada, tanto em seu sentido positivo, quanto negativo⁴⁶⁹. O sentido positivo garante que aquilo que foi declarado por sentença firme constitua uma “verdade jurídica”; e o sentido negativo implica na impossibilidade de que se produza uma nova deliberação sobre os mesmos fatos e com base nos mesmos fundamentos jurídicos.

De acordo com Belén Marina Jalvo, o sentido negativo da coisa julgada impede que seja instaurado um novo processo com o mesmo objeto de processo anterior que já tenha sido resolvido⁴⁷⁰. A autoridade administrativa, quando emite um juízo valorativo de maneira definitiva, configurando a coisa julgada administrativa, não pode submeter aquela conduta já

⁴⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 33. ed., 2016, p. 475.

⁴⁶⁶ Ibidem, p. 476.

⁴⁶⁷ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adílson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 70.

⁴⁶⁸ HÉRNANDEZ MENDOZA, Liliana. **El Non bis idem en el ámbito sancionador**: estudio comparado de los sistemas español y mexicano. Thesis (Doctorado en Derecho administrativo). Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2013, p. 30.

⁴⁶⁹ Há ainda outra classificação que costuma ser utilizada no âmbito do Direito Civil e do Direito Penal. Trata-se de classificação na qual a coisa julgada apresentaria duas manifestações: a coisa julgada material e a coisa julgada formal. A coisa julgada formal configura a impossibilidade de se interpor recurso contra determinada decisão e, de outro lado, a coisa julgada material impede novo pronunciamento sobre tema que possui sentença firme. No entanto, perfilha-se neste estudo o entendimento exarado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, de que a coisa julgada administrativa não se apresenta nestes dois aspectos, uma vez que, no processo administrativo, não há o mesmo rigor que se encontra no âmbito do Poder Judiciário, sendo admitida a apresentação de impugnações e recursos extemporâneos. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Coisa julgada: aplicabilidade a decisões do Tribunal de Contas da União. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 27, out./dez. 1996, p. 32).

⁴⁷⁰ JALVO, Belén Marina. **El régimen disciplinario de los funcionarios públicos**. 3. ed. Valladolid: Lex Nova, 2006, p. 185.

apreciada e julgada a novo juízo valorativo, sob pena de permitir a renovação permanente do *ius puniendi* da Administração Pública.

Como assevera a doutrina de Eduardo Stevanato Pereira de Souza e Guilherme Ferreira Gomes Luna⁴⁷¹, a principal ideia que subjaz à coisa julgada administrativa é a “proibição da Administração em atuar de forma vacilante, titubeante, de tal modo que, ora aplica o direito de uma determinada maneira, e, mais adiante, dentro de um mesmo caso, revisita o seu entendimento, como se, espontaneamente, houvesse uma alteração nos fatos que suscitaram a aplicação do direito ou a própria interpretação da norma jurídica dada ao caso”.

A decisão definitiva proferida em processo administrativo tem o condão de impedir a propositura de outras ações com vistas à responsabilização do administrado, com base nos mesmos fatos e fundamento jurídico. A coisa julgada obriga o órgão que detém competência sancionatória sobre determinada matéria a declarar a inadmissibilidade do processo quando se verifica que o objeto é idêntico ao de outro que o precede e que tenha sido prolatada decisão firme⁴⁷².

Em suma, a coisa julgada produz efeitos que se projetam em outros processos, o que significa que, caso seja instaurado um novo processo administrativo para apurar aqueles mesmos fatos já considerados em uma decisão administrativa firme, deverá se respeitar aquilo que fora determinado no primeiro processo⁴⁷³.

Aliás, concluído processo administrativo com decisão firme, o ulterior processo administrativo instaurado com base nos mesmos fatos e fundamento jurídico deverá ser anulado e, caso tenha sido imposta sanção administrativa em razão deste segundo processo, esta também deverá ser declarada nula⁴⁷⁴.

Haverá, contudo, a possibilidade de instauração de um novo processo administrativo sucessivo com base nos mesmos fatos e mesmo fundamento jurídico quando verificadas determinadas circunstâncias que excetuem a aplicação da vertente processual do *non bis in idem*.

⁴⁷¹ SOUZA, Eduardo Stevanato Pereira de; LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. Considerações sobre a coisa julgada administrativa. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO Augusto Neves. (Org.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo**. v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 684.

⁴⁷² HÉRNANDEZ MENDOZA, Liliana. **El Non bis idem en el ámbito sancionador**: estudio comparado de los sistemas español y mexicano. Thesis (Doctorado en Derecho administrativo). Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2013, p. 168.

⁴⁷³ Ibidem, p. 165.

⁴⁷⁴ Ibidem, p. 166.

A primeira delas implica a questão do “fato novo”. Quando um processo administrativo conclui pela absolvição ou condenação e, posteriormente, chegam ao conhecimento da Administração Pública fatos que não foram valorados no primeiro processo, poderá ser instaurado um segundo processo administrativo⁴⁷⁵. Eduardo Stevanato Pereira de Souza e Guilherme Ferreira Gomes Luna registram que “a apresentação de novas provas ou a comprovação de fatos supervenientes pode vir, em determinadas hipóteses, a ser causa de alteração da decisão administrativa, sem que haja prejuízo ao instituto da coisa julgada”⁴⁷⁶.

Em tais casos, A revisão da decisão proferida, mediante nova provocação, ou seja, após exaurido o processo original, só será possível quando não for prejudicial ao sancionado (vedação do *reformatio in pejus*), seja para absolver o infrator anteriormente condenado, seja para aplicar sanção menos gravosa. É inválido o agravamento da situação do administrado, ainda que em sede revisional, tendo por pressuposto o mesmo fato e fundamento jurídico⁴⁷⁷ (artigo 65 da Lei 9784/1999).

Outra circunstância que não impede a instauração de processo administrativo sucessivo se dá quando os fatos não são idênticos, mas apresentam uma certa conexão com aqueles apreciados no primeiro processo administrativo. Trata-se da concorrência dos mesmos fatos em período posterior com outras situações que podem levar a uma nova sanção⁴⁷⁸.

Ainda assim, deverá ser respeitada a decisão firme prolatada no primeiro processo. Se instaurado novo processo cujo objeto seja apenas parcialmente abrangido pelo primeiro, o novo processo deverá observar o conteúdo da decisão que ocasionou a coisa julgada material, sem contradizê-la. Deve tomar os juízos de valor emitidos na referida decisão como ponto de partida⁴⁷⁹. Do contrário, a dualidade de processos com atuação *a posteriori* da Administração Pública, isto é, quando já prolatada decisão administrativa para um determinado caso concreto, poderia acarretar conclusões diferentes inclusive quanto à existência e licitude dos fatos investigados.

⁴⁷⁵ HÉRNANDEZ MENDOZA, Liliana. **El Non bis idem en el ámbito sancionador**: estudio comparado de los sistemas español y mexicano. Thesis (Doctorado en Derecho administrativo). Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2013, p. 165.

⁴⁷⁶ SOUZA, Eduardo Stevanato Pereira de; LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. Considerações sobre a coisa julgada administrativa. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves. (Org.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo**. v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 400.

⁴⁷⁷ FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 134-135.

⁴⁷⁸ HÉRNANDEZ MENDOZA, Liliana. **Op. cit.**, p. 165.

⁴⁷⁹ *Ibidem*, p. 169.

Os fatos praticados pelo agente infrator não podem existir e, depois, deixar de existir para os órgãos e entidades da Administração Pública. Para evitar o absurdo jurídico de conclusões diferentes quanto à existência e licitude dos fatos investigados, os demais órgãos administrativos ficam inexoravelmente vinculados ao que foi declarado como provado ou não provado em decisão exarada pelo órgão que primeiro apreciou os fatos tidos como violadores da ordem jurídica, de modo a se evitar a prolação de decisões contraditórias no âmbito administrativo.

Os fatos declarados como provados por um dos órgãos administrativos vinculam o juízo de valor dos demais órgãos emitido posteriormente, de maneira que o resultado do processo pela existência ou não existência dos fatos apurados deve ser respeitado. Admite-se a produção de qualificações jurídicas distintas dos fatos apurados tão somente quando o fato ou o fundamento jurídico forem diversos⁴⁸⁰.

Dessarte, se um dos órgãos da Administração Pública declara existentes ou inexistentes os fatos apurados, os demais órgãos em processos subsequentes não poderão concluir o contrário, a menos que o ato administrativo anterior seja anulado. Trata-se da terceira hipótese que excepciona a aplicação da vertente processual do *non bis in idem* e que se relaciona com o exercício da prerrogativa de revisão da decisão administrativa pela própria Administração, titular do poder de autotutela de seus atos.

Quando ocorre a anulação do primeiro processo administrativo instaurado e, por conseguinte, da eventual sanção administrativa imputada ao administrado, em razão de grave violação da lei e do Direito⁴⁸¹, os fatos declarados como provados podem ser considerados inexistentes em posterior processo administrativo.

Referidas violações à lei e ao Direito consistem em vícios que atingem gravemente o ato administrativo, seja pela prática de atos desconformes com os princípios jurídicos, seja pela violação de regras jurídicas, o que conduz à invalidação do ato administrativo ilegal ou inconstitucional⁴⁸².

No caso dos atos administrativos restritivos de direitos, tais violações não podem ter seus efeitos mantidos, nem podem ser beneficiados com sua convalidação, posto que

⁴⁸⁰ CORIA, Dino Carlos. El principio de *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim**, São Paulo, v. 15, n. 66, maio-jun., 2007, p. 37-38.

⁴⁸¹ HÉRNANDEZ MENDOZA, Liliana. **El *Non bis idem* en el ámbito sancionador**: estudio comparado de los sistemas español y mexicano. Thesis (Doctorado en Derecho administrativo). Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2013, p. 166.

⁴⁸² SOUZA, Eduardo Stevanato Pereira de. **Atos administrativos inválidos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 109

contrários ao atual conceito de Estado de Direito⁴⁸³. Quanto aos atos restritivos de direito, Weida Zancaner⁴⁸⁴ assevera que a Administração Pública tem o dever jurídico de curar pela legalidade, dever este que não cessa se a invalidade que macula ato administrativo não for passível de convalidação. Nestes casos, quando constatado que o ato é inválido, o dever de invalidá-lo irá se impor *ex officio* à Administração Pública, pouco importando o tempo decorrido.

Pouco importa se decaiu, para o administrado, o direito de impugnar o ato administrativo editado ao arrepio da ordem jurídica, violador de um direito legal ou constitucionalmente assegurado. O administrado possui a faculdade de impugná-lo a qualquer tempo, uma vez que, nestas situações, impõem-se os princípios da estrita legalidade da Administração Pública e da confiança do administrado na supremacia da ordem jurídica⁴⁸⁵.

No Estado de Direito as restrições ao patrimônio jurídico dos administrados têm seu fulcro na lei. Impensável imaginar que atos restritivos de direito não tenham por fundamento a lei e que não obedeçam frontalmente o procedimento legal, o que subordina a Administração Pública ao princípio da legalidade, além de obrigá-la a assegurar aos destinatários os direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa, dentre outros.

Em verdade, não ser processado e sancionado sem observância dos princípios e regras de direito é uma garantia do administrado, e não uma restrição ao princípio do *non bis in idem* processual.

No entanto, quando da instauração de um novo processo em face de uma constatada prática de infração administrativa, tendo sido anulado o anterior e declarados provados os fatos antes considerados inexistentes, deve-se levar em conta a prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública⁴⁸⁶. Quando a conduta ilícita tiver sido alcançada pelo instituto da prescrição, não poderá a Administração Pública volver a analisar os fatos apurados em anterior processo para restringir direitos do administrado, seja para aplicar sanções administrativas ou mesmo para majorar as já aplicadas, ressalvada hipótese em que a

⁴⁸³ Ibidem, p. 117.

⁴⁸⁴ ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 70-71.

⁴⁸⁵ Ibidem, p. 77.

⁴⁸⁶ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. **La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador**. Madrid: Iustel, 2008, p. 192.

decisão anterior esteja maculada de má-fé, isto é, de vontade deliberada do administrado de fraudar o processo administrativo (artigo 54 da Lei 9784/1999)⁴⁸⁷⁻⁴⁸⁸.

Isso porque “as decisões viciadas com má-fé não fazem coisa julgada administrativa e podem, melhor, devem ser invalidadas por iniciativa da própria Administração, facultada ao administrado a possibilidade de exercício de seu direito de defesa prévio”⁴⁸⁹. O administrado que age de má-fé não pode se beneficiar dos efeitos da coisa julgada.

Por fim, cabe ainda a análise de uma outra hipótese que para um segmento da doutrina poderia levar à mitigação do princípio do *non bis in idem* processual: a possibilidade de tramitação de um novo processo administrativo sancionador quando o anterior tenha sido arquivado por caducidade e verifica-se que a pretensão punitiva da Administração Pública ainda não prescreveu.

Diante da caducidade não há resolução firme, nem absolutória, nem condenatória e, por conseguinte, alguns doutrinadores entendem que não resta vulnerado o princípio do *non bis in idem*, posto que afastada a pretensão de substituir o que foi decidido no processo administrativo⁴⁹⁰.

Perfilha-se neste estudo, entretanto, o entendimento de que a instauração de um novo processo administrativo diante da caducidade do primeiro viola o princípio do *non bis in idem*, considerando que se trata de uma reiteração sancionatória por parte da Administração Pública⁴⁹¹. Não pode o administrado arcar com as consequências negativas, alheias às suas ações, da passividade e falta de eficiência da Administração Pública para concluir o processo administrativo dentro do prazo estabelecido em lei⁴⁹².

⁴⁸⁷ SOUZA, Eduardo Stevanato Pereira de; LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. Considerações sobre a coisa julgada administrativa. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves. (Org.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo**. v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 401.

⁴⁸⁸ Neste sentido: STJ, MS 13.341/DF, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (desembargador convocado do TJ/CE), Terceira Seção, julgado em 22/06/2011, DJe 04/08/2011; STJ, MS 13523/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, julgado em 13/05/2009, DJe 04/06/2009.

⁴⁸⁹ SOUZA, Eduardo Stevanato Pereira de; LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. **Op. cit.**, p. 401.

⁴⁹⁰ HÉRNANDEZ MENDOZA, Liliana. **El Non bis idem en el ámbito sancionador**: estudio comparado de los sistemas español y mexicano. Thesis (Doctorado en Derecho administrativo). Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2013, p. 169.

⁴⁹¹ Ibidem, p. 169-170.

⁴⁹² HÉRNANDEZ MENDOZA, Liliana. **El Non bis idem en el ámbito sancionador**: estudio comparado de los sistemas español y mexicano. Thesis (Doctorado en Derecho administrativo). Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2013, p. 171.

Este contexto caracterizaria também uma violação ao princípio da segurança jurídica, ao colocar o administrado em uma situação de incerteza jurídica⁴⁹³, considerando que tal entendimento admitiria a prorrogação do prazo de caducidade estabelecido em lei, ao iniciar um novo prazo para a solução administrativa, sem respaldo na ordem jurídica.

Desta forma, a vertente processual do *non bis in idem* também impede a tramitação de um novo processo administrativo sancionador quando o processo anterior tiver sido arquivado por caducidade.

5.5.3 Tramitação simultânea de processos administrativos

A proibição do *bis in idem* veda a tramitação simultânea de mais de um processo sobre os mesmos fatos e que lesionem o mesmo fundamento jurídico⁴⁹⁴.

Entende-se por tramitação simultânea a instauração de um novo processo com o mesmo objeto de outro processo pendente. O processo pendente é aquele que foi constituído e ainda existe, sem ter sido alcançado pelos institutos da coisa julgada ou da caducidade⁴⁹⁵.

A vedação da tramitação simultânea de processos administrativos, segundo a doutrina de Liliana Hernández Mendoza⁴⁹⁶, tem por fundamento a litispendência, que impede a propositura de processo administrativo quando pendente a conclusão de outro processo com idêntico objeto.

Cândido Rangel Dinamarco assevera que o objetivo do instituto da litispendência é evitar a ocorrência do *bis in idem*⁴⁹⁷, impondo a extinção do segundo processo sempre que se verifique a pretensão de apuração dos mesmos fatos, sob o mesmo fundamento jurídico, que tenham sido praticados pelo mesmo sujeito infrator.

O instituto da litispendência foi estruturado no âmbito civil sob a ideia de um pressuposto processual negativo, ou seja, como um impedimento para a propositura de outra

⁴⁹³ Ibidem, p. 170.

⁴⁹⁴ CANO CAMPOS, Tomás. *Non bis in idem*, prevalencia de la via penal y teoria de los concursos en el derecho administrativo sancionador. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 156, pp. 191-250, septiembre-diciembre, 2001, p. 240.

⁴⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 2. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 54-55.

⁴⁹⁶ HÉRNANDEZ MENDOZA, Liliana. Op. cit., p. 168.

⁴⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 71.

ação e, para sua identificação, depende da compreensão adequada dos elementos da ação⁴⁹⁸. Conforme leciona Vicente Greco Filho⁴⁹⁹, para que reste configurada a litispendência, deve-se verificar, no caso concreto, a identidade dos seguintes elementos: partes, pedido e causa de pedir.

O primeiro elemento da ação, a parte, refere-se a quem pede e contra quem se pede a tutela de um determinado bem jurídico protegido pela norma. Para a identificação do elemento “parte” deve-se levar em conta a identidade jurídica: parte é quem pleiteia o direito e contra quem se alega a sua existência⁵⁰⁰. A identidade de partes caracteriza-se quando o autor e o demandado são os mesmos com relação àqueles existentes em processo anterior.

O segundo elemento, a causa de pedir, compreende um conjunto de fatos e de fundamentos jurídicos que embasam o pedido do autor. É o diálogo entre o fato e a norma que faz surgir a *causa petendi*, a junção dos fatos e de fundamentos jurídicos⁵⁰¹.

Por fim, o pedido é o objeto da ação, que se subdivide em imediato e mediato. Objeto imediato corresponde à espécie de providência postulada: declaratória, condenatória, entre outras, ao passo que o objeto mediato indica o bem da vida e revela a forma de tutela do direito. Para que se configure a identidade neste âmbito, tanto o pedido imediato quanto o mediato devem coincidir⁵⁰². O pedido é a conclusão a que chega o demandante, partindo dos fatos que alega terem ocorrido e que, em seu juízo, se enquadram em determinada norma jurídica.

No Direito Civil, a presença destes três elementos concomitantemente induz litispendência, sendo que a citação válida é o critério utilizado para que se defina a existência ou não de processo em que se verifique a ocorrência de litispendência (artigo 240 da Lei 13.105/2015). Quando da citação válida, tais elementos devem ser verificados de maneira cumulativa, caso contrário, não cabe falar em litispendência de processos.

⁴⁹⁸ ALVIM, José Manuel de Arruda. **Ensaio sobre a litispendência no direito processual civil**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 275.

⁴⁹⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 34-35.

⁵⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Nova circunstância de direito e diferença entre causas de pedir e pedidos como elementos descaracterizadores da litispendência e da coisa julgada. **Revista dos Tribunais**, Soluções Práticas, São Paulo, v. 1, p. 453-472, out., 2011.

⁵⁰¹ *Ibidem*.

⁵⁰² *Ibidem*.

No âmbito administrativo, a doutrina de Liliana Hernández Mendoza⁵⁰³ admite que o instituto da litispendência seja utilizado para evitar a pluralidade de processos administrativos instaurados por distintos órgãos sobre o mesmo assunto. Neste mesmo sentido é a doutrina de Rafael Munhoz de Mello⁵⁰⁴ que, no entanto, considera que o critério da data da instauração do processo administrativo mostra-se o mais adequado e não o da citação válida, como ocorre no Direito Civil.

Quando entre mais de uma entidade da Administração Pública tramitar de forma simultânea dois ou mais processos administrativos pelo mesmo fato e fundamento, uma delas deverá declinar a competência sancionatória, sob pena de violação do *non bis in idem*⁵⁰⁵, sendo certo que a existência do processo administrativo que induz a litispendência é determinada pela própria instauração e não pela citação válida.

Assim, o administrado pode defender-se quando da instauração de novo processo administrativo alegando a pendência de outro processo instaurado anteriormente e aduzindo que a própria obrigatoriedade de apresentar mais de uma defesa para a apuração dos mesmos fatos e com base nos mesmos fundamentos por si só caracteriza um exercício arbitrário e desproporcionado da atividade sancionatória da Administração Pública.

Em suma, é vedada a tramitação de mais de um processo administrativo de maneira simultânea quando ocorrer a identidade de sujeito, fato e fundamento jurídico. Tal proibição, assim como da tramitação sucessiva de processos, encerra um duplo significado: por um lado, assegura a vertente material do princípio em estudo, evitando que sejam cumuladas sanções administrativas quando da tríplice identidade; e, por outro lado, impede a tramitação de mais de um processo com o mesmo objeto simultaneamente.

⁵⁰³ HÉRNANDEZ MENDOZA, Liliana. **El Non bis idem en el ámbito sancionador**: estudio comparado de los sistemas español y mexicano. Thesis (Doctorado en Derecho administrativo). Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2013, p. 168.

⁵⁰⁴ 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. 212.

⁵⁰⁵ HÉRNANDEZ MENDOZA, Liliana. Op. cit., p. 163.

CAPÍTULO 6 - A CONFORMAÇÃO DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE SANCIONATÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AO PRINCÍPIO DO *NON BIS IN IDEM*

6.1 A indispensável leitura constitucional do tema

O Direito Administrativo traduz a ação do Estado dentro da Constituição Federal. “O direito constitucional precede ao direito administrativo. Este tem como origem a limitação de poder que se inaugura com a submissão do Estado ao princípio da legalidade”⁵⁰⁶, com o advento do Estado de Direito. Daí que surgem as bases para o estudo do Direito Administrativo.

Rafael Valim, citando expressão proclamada pelo antigo presidente do Tribunal Administrativo Federal alemão, Fritz Werner, anota que “o Direito Administrativo é o Direito Constitucional concretizado”⁵⁰⁷, “a significar que os traços fundamentais do Direito Administrativo estão abrigados, ineludivelmente, no Direito Constitucional”⁵⁰⁸.

Paulo Otero, ao analisar o poder de substituição no Direito Administrativo português, anota “que a análise dos fenómenos de Direito Administrativo, incluindo toda a temática respeitante ao direito da organização administrativa, apenas é compreensível se enquadrada numa perspectiva constitucional”⁵⁰⁹. O Direito Administrativo encontra seu fundamento no Direito Constitucional, de tal forma que “as questões sobre o poder de organização administrativa são hoje, tal como foram no passado, verdadeiros problemas de Direito Constitucional e apenas numa tal dimensão podem ser estudados e entendidos”⁵¹⁰.

Também a doutrina de Ruy Cirne Lima registra que “o Direito Constitucional qualifica, por implicação, a administração pública, enquanto atividade, e estabelece os fundamentos da existência e organização dos sujeitos ativos que a desempenham”⁵¹¹.

⁵⁰⁶ TÁCITO, Caio. Bases constitucionais do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 166, pp. 37-44, out.-dez., 1986, p. 37.

⁵⁰⁷ IBLER, Martin. Derecho Administrativo como Derecho Constitucional concretizado. *Respublica*, n. 2, p. 40. In: VALIM, Rafael. *A subvenção no Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 34.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, p. 34.

⁵⁰⁹ OTERO, Paulo. *O poder de substituição em direito administrativo*. Enquadramento dogmático-constitucional. v. 1. Lisboa: Lex, 1995, p. 122

⁵¹⁰ *Ibidem*, p. 122-123.

⁵¹¹ CIRNE LIMA, Ruy. *Sistema de Direito Administrativo brasileiro*. v. 1. Porto Alegre: Santa Maria, 1953, p. 40.

A dimensão da atividade administrativa, “as prerrogativas que lhe são inatas, as prestações a que deve atender, as limitações que legitimamente pode impor aos particulares, os deveres a que deve acudir em benefício do interesse geral, em suma toda a estrutura normativa dentro da qual vai agir”⁵¹² a Administração Pública, ou quem lhe faça as vezes, encontra sua moldura na Constituição Federal.

A Administração Pública deve então exercer suas atividades conforme as bases encontradas na Constituição Federal, assim como deve organizar-se com o objetivo de cumprir os valores e proteger os bens previstos na ordem constitucional.

A Constituição Federal, apesar de abrigar valores e interesses conflitantes, dá unidade ao sistema jurídico, de modo que as normas integrantes da ordem jurídica não podem contrariar a ideia de Direito subjacente à Constituição Federal, sob pena de inconstitucionalidade. A lei deve refletir a unidade do sistema jurídico que encontra na Constituição, mormente através dos princípios gerais de Direito⁵¹³.

Paulo Otero registra que, apesar de a Constituição traduzir a definição dos princípios gerais que estruturam e dão unidade à ordem jurídica, não raras vezes tais princípios devolvem ao legislador ordinário uma necessidade de concretização, remetendo à lei a difícil tarefa de encontrar um equilíbrio, harmonizando princípios concorrentes ou conflitantes⁵¹⁴.

É fundamentalmente em razão da existência de valores e princípios conflitantes que “a realização do direito através da aplicação da lei, seja pela Administração ou pelos tribunais, envolve sempre a necessidade de recurso às regras de um pensamento sistemático, sob pena de inadequação valorativa ou de quebra da unidade interna do sistema jurídico”⁵¹⁵.

A Administração Pública não pode atuar de maneira a consentir quebras do pensamento sistemático do Direito e, por esta razão, deve interpretar e aplicar a lei conforme os princípios gerais contemplados na Constituição. As atividades administrativas, inclusive e principalmente a atividade sancionatória, dado o caráter restritivo de direitos, deve ser compreendida à luz dos princípios gerais de Direito.

⁵¹² TÁCITO, Caio. Bases constitucionais do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 166, pp. 37-44, out.-dez., 1986, p. 39.

⁵¹³ OTERO, Paulo. **O poder de substituição em direito administrativo. Enquadramento dogmático-constitucional**. v. 1. Lisboa: Lex, 1995, p. 125-128.

⁵¹⁴ *Ibidem*, p. 128.

⁵¹⁵ *Ibidem*, p. 128.

Na atividade administrativa sancionatória, o fundamento constitucional do princípio do *non bis in idem* como um princípio geral de Direito, condiciona a interpretação da legislação ordinária para que seja compatível com as implicações derivadas deste princípio, tanto em sua vertente material quanto processual. Desta forma, não há como conceber a atividade administrativa sancionatória à margem do princípio geral de Direito da proibição do *bis in idem*. Pelo contrário, o referido princípio condiciona a interpretação e a aplicação das normas no Direito Administrativo sancionador.

6.2 A incidência do princípio do *non bis in idem* independente se autoridades administrativas diversas

As normas no âmbito administrativo acabam por possibilitar e, por que não dizer, estimular o exercício da atividade sancionatória de maneira simultânea e/ou sucessiva por diversos órgãos e entidades da Administração Pública, resultando na tramitação de mais de um processo administrativo sancionador referente a determinado fato.

A diversidade de processos é uma consequência da dispersão das competências sancionatórias entre órgãos e entidades da Administração Pública que, inclusive, podem ser de diferentes esferas da Federação, federal, estadual e municipal, considerando-se que nenhum dos órgãos é competente para aplicar sanções a todas as infrações administrativas⁵¹⁶. No entanto, a lei atribui o exercício da atividade sancionatória a órgãos e entidades autônomos, sem vínculo hierárquico entre si, para apurar infrações e impor sanções administrativas, o que radica na reiteração punitiva com relação a um mesmo fato e sob um mesmo fundamento jurídico quando não há uma atuação integrada da Administração Pública.

Como visto, a acumulação de sanções administrativas quando se verifica a tríplice identidade, isto é, identidade de sujeito, de fato e fundamento jurídico, viola o princípio da proibição de *bis in idem*. Além disso, esse exercício reiterado do *ius puniendi* pela Administração Pública, de igual modo, não se mostra compatível com a garantia processual do princípio do *non bis in idem*, ocasionando insegurança jurídica e ameaçando o próprio conteúdo material do princípio.

⁵¹⁶ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. **La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador**. Madrid: Iustel, 2008, p. 191-192.

Conforme assevera a doutrina de Rafael Munhoz de Mello, o princípio do *non bis in idem* “também se aplica às situações em que há mais de uma autoridade competente para a aplicação da mesma sanção administrativa”⁵¹⁷. Ou seja, restará violado o princípio da proibição do *bis in idem* quando verificada a tríplice identidade, independentemente da autoridade administrativa que aplicou a sanção.

De igual modo, o professor Sérgio Pinheiro Marçal⁵¹⁸, quando trata do problema do exercício da atividade sancionatória por diversos órgãos de controle, registra que aqueles que defendem a possibilidade de qualquer um dos órgãos impor sanções pelos mesmos fatos e fundamento encontram apoio tão somente na interpretação literal da lei, sendo certo que haverá uma violação do princípio da proibição do *bis in idem*.

A tolerância da dupla sanção aos administrados no âmbito administrativo brasileiro anda na contramão da experiência internacional, que tende a reconhecer explicitamente a proibição de mais de uma sanção mesmo diante de diversas esferas de responsabilidade, como as esferas administrativa e penal⁵¹⁹.

Admitir que cada órgão, cada unidade administrativa, ou cada entidade possa estabelecer processos administrativos sancionatórios próprios, com base na mesma infração e mesmo fundamento jurídico é uma regressão ao arcaísmo jurídico mais absoluto e patente⁵²⁰, além de não apresentar justificativa plausível ou razoável. A interpretação das normas sancionadoras não pode conduzir a um absurdo que seria o de permitir a reiteração punitiva. Conforme ensina Carlos Maximiliano, “deve o direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte

⁵¹⁷ 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. 211.

⁵¹⁸ MARÇAL, Sérgio Pinheiro. Múltipla penalidade administrativa: violação ao princípio do *non bis in idem*. **Revista do advogado**, São Paulo, n. 114, pp. 152-155, dez., 2011, p. 153.

⁵¹⁹ Neste sentido, Rafael Munhoz de Mello cita a aplicação do princípio do *non bis in idem* na Itália: “Não é assim em outros ordenamentos jurídicos, convém que se ressalte. Na Itália, a Lei 681/1981 determina que, se um mesmo fato é tipificado como infração administrativa e crime, 'si applica la disposizione speciale' (art. 9º), evitando-se, assim, a cumulação de sanção administrativa com sanção penal” (MELLO, Rafael Munhoz de. Op. cit., p. 213). Na Europa, e notadamente no Tribunal Constitucional espanhol, Fábio Medina Osório anota a aceitação da tese de unidade da pretensão punitiva do Estado: “O Tribunal Supremo espanhol elaborou a teoria da unidade de ilícitos penais e administrativos, construindo a base dogmática para aplicação de alguns princípios constitucionais às infrações administrativas, buscando uma aproximação das sanções penais e administrativas, tendo em conta a suposta ausência de distinção ontológica entre ambas” (OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 126-127).

⁵²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 12. ed. Bogotá: Temis, 2008, p. 149.

eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua ou este, juridicamente nulo”⁵²¹.

6.3 Os limites à autonomia dos órgãos e entidades administrativos: a unidade da Administração Pública

Os órgãos e entidades autônomos da Administração Pública não possuem vínculos de hierarquia, isto é, são dotados de certa autonomia quanto à sua capacidade decisória sobre determinada matéria. Esta autonomia, porém, não é absoluta, mas relativa.

Hugo Nigro Mazzilli⁵²², ao tratar da independência funcional e administrativa do Ministério Público, órgão constitucional independente e de cooperação com a Justiça, registra que mesmo a independência não é absolutamente ilimitada. “Não fosse assim, sob o manto da liberdade e da independência o promotor poderia arbitrariamente negar cumprimento à própria Constituição Federal”⁵²³.

O autor anota que “admitir limites à independência funcional não significa negá-la, e sim assegurar seu efetivo exercício dentro de padrões legais, fundados em supostos éticos e lógicos”⁵²⁴ e conforme a moldura estabelecida na Constituição Federal. Não há liberdade para violar a lei e a ordem constitucional.

Pela autonomia das entidades e órgãos administrativos, não se pode admitir que o administrado seja processado ou apenado mais de uma vez com fundamento na mesma infração administrativa, sob a justificativa de autoridades administrativas diversas, sob pena de violação do princípio do *non bis in idem*.

A autonomia dos órgãos e entidades da Administração Pública opõe-se tão somente à hierarquia em relação a órgãos superiores da mesma, mas não se opõe à unicidade. Pelo contrário, a autonomia dos órgãos para a apuração e aplicação de sanções à infração administrativa deve considerar a unidade da Administração Pública. Nesse sentido, a

⁵²¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p 166.

⁵²² MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. Análise do Ministério Público na Constituição, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Lei Orgânica do Ministério Público da União e na Lei Orgânica do Ministério Público paulista. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.144.

⁵²³ MAZZILLI, Hugo Nigro. Os Limites da Independência Funcional no Ministério Público. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 715, p. 571-575, maio, 1995.

⁵²⁴ *Ibidem*.

autonomia não se limita a uma garantia do órgão administrativo, mas deve ser considerada, essencialmente, como uma unidade na formação da Administração⁵²⁵.

Helena Taveira Torres, quando trata do “dever de uniformizar a jurisprudência administrativa”, considera que “a Administração é sempre una e indivisível quanto aos atos que emite, o que vale igualmente para afastar contradições entre atos de órgãos administrativos, em cumprimento às autolimitações administrativas”⁵²⁶.

Paulo Otero também defende a unidade da Administração Pública, que compreende relações internas que visam assegurar a homogeneidade da ação administrativa para a concretização e o desenvolvimento do modelo constitucional de Estado de Direito Democrático⁵²⁷.

Com efeito, em um primeiro momento, a unidade parece debater-se “com um movimento tendencialmente contraditório decorrente do pluralismo organizativo da Administração de um moderno Estado de Direito”⁵²⁸. “Quanto maior se apresenta a complexidade e a especialização da actividade administrativa, mais elevada é a perda de homogeneidade das tarefas da Administração e mais difícil se torna, por seu lado, a definição de linhas de unidade de acção”⁵²⁹.

Paradoxalmente, é justamente no cenário de fragmentação administrativa em órgãos e entidades autônomos que se fazem ainda mais necessários os mecanismos para garantir a uniformidade de realização das tarefas administrativas⁵³⁰.

A Administração Pública, por um lado, encontra-se sujeita aos reflexos da adoção das técnicas de organização administrativa de desconcentração e descentralização e, por outro lado, a ela impõe-se a unidade da atividade administrativa. Paulo Otero anota que entre as técnicas de desconcentração e descentralização e a unidade não existe divórcio, antes se registram relações de mútua interferência. A unidade deve conviver dentro do modelo de organização administrativa adotado⁵³¹.

⁵²⁵ BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do estado federal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 10.

⁵²⁶ TORRES, Helena Taveira. **Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 239.

⁵²⁷ OTERO, Paulo. **O poder de substituição em direito administrativo**. Enquadramento dogmático-constitucional. v. 2. Lisboa: Lex, 1995, p. 787.

⁵²⁸ Ibidem, p. 745.

⁵²⁹ Ibidem, p. 745-746.

⁵³⁰ Ibidem, p. 746.

⁵³¹ Ibidem, p. 749-750.

Para assentar a harmonia entre a unidade da Administração Pública e o pluralismo da organização administrativa, a ordem jurídica brasileira procurou estabelecer uma diretriz, um princípio que associasse estes dois setores, e assim garantir uma atividade administrativa homogênea: o princípio da coordenação.

6.4 A coordenação como princípio da organização administrativa brasileira

As entidades descentralizadas, dotadas de autonomia, como visto, não se inserem na estrutura organizacional típica da Administração Pública, ou seja, não possuem um vínculo de hierarquia. Qual seria, então, o vínculo existente entre elas? Para relacionarem-se, as entidades possuem um vínculo de coordenação⁵³². A descentralização administrativa impõe a coordenação.

Em Portugal, a Constituição faz referência explícita à coordenação como um dos princípios de organização⁵³³. Paulo Otero, ao tratar da hierarquia administrativa no Direito português, realiza uma análise do ordenamento jurídico concluindo que o fenômeno da descentralização é condicionado pela necessidade de eficácia da atuação administrativa, a qual envolve preocupações de unidade e coordenação de atividade⁵³⁴.

Com efeito, a importação acrítica dos princípios de organização do Direito português significaria ignorar a advertência de Celso Antônio Bandeira de Mello⁵³⁵ e Marcello Caetano⁵³⁶ de que são poucos os princípios de organização que assumem conceitos lógico-jurídicos, uma vez que a organização administrativa varia de país para país⁵³⁷.

Considerando tal advertência, Rodrigo Bordalo, em tese desenvolvida para a obtenção de título de doutoramento pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, realiza uma adequação entre os princípios tratados pelo Direito português e o ordenamento

⁵³² JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Os limites do poder fiscalizador dos TC'S. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 36, n. 142, p. 167-189, abr./jun., 1999, p. 169.

⁵³³ BORDALO, Rodrigo. **Os órgãos colegiados no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 47.

⁵³⁴ OTERO, Paulo. **Conceito e fundamento da hierarquia administrativa**. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 362.

⁵³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 107.

⁵³⁶ CAETANO, Marcello. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. 2. reimp. portuguesa da ed. brasileira de 1977. Coimbra: Almedina, 2003, p. 41.

⁵³⁷ BORDALO, Rodrigo. Op. cit., p. 47.

jurídico brasileiro, concluindo que a coordenação configura um dos princípios da organização administrativa no Brasil⁵³⁸.

A Constituição Federal de 1988 confere à coordenação o caráter de diretriz organizacional, dentro da descentralização político-administrativa, quando trata das ações governamentais na área da assistência social (artigo 204, I, CF).

De igual modo, o Decreto-Lei 200/1967, que dispõe acerca da organização da Administração Federal, em seu artigo 6º, inciso II, faz expressa referência à coordenação como princípio fundamental das atividades administrativas.

O princípio da coordenação envolve a ideia de harmonizar, de realizar uma integração das múltiplas competências públicas atribuídas aos órgãos administrativos, isto é, uma integração coerente dos comportamentos, das decisões de tais órgãos, de modo a evitar a duplicidade de atuação ou a prática de comportamentos contraditórios⁵³⁹.

De fato, a hierarquia também possui este escopo ordenador da organização administrativa e, justamente por esta razão, há um liame entre a hierarquia e a coordenação. Deve haver uma coordenação entre os órgãos subordinados, para que se evite a sobreposição de funções. No entanto, como visto, a hierarquia não se limita a esta finalidade ordenadora, mas tem como principal característica a implementação de uma relação de verticalidade entre os órgãos.

As transformações pelas quais passa a Administração Pública, tendente a mitigar ou mesmo a excluir os vínculos de hierarquia em sua estrutura interna, dá uma nova conotação à coordenação na atividade administrativa, agora desvinculada da hierarquia e empregada “a uma complexa organização policêntrica, em que deve ser assegurada e respeitada a autonomia dos órgãos e entidades envolvidas”⁵⁴⁰.

A doutrina de Odete Medauar e Gustavo Justino de Oliveira⁵⁴¹ registra que esta nova conotação da tarefa de coordenação administrativa ganhou ainda maior importância no terreno das relações entre órgãos e entidades administrativas e, em especial, em campos em que as competências administrativas são partilhadas, demandando a articulação entre os órgãos e entidades competentes para o mútuo desenvolvimento da atividade administrativa.

⁵³⁸ BORDALO, Rodrigo. **Os órgãos colegiados no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 47-83.

⁵³⁹ Ibidem, p. 77-78.

⁵⁴⁰ MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos**. Comentários à lei 11.107/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 33.

⁵⁴¹ Ibidem, p. 33-34.

Dessarte, não obstante a coordenação figurar como um dos elementos da hierarquia, não há uma correlação entre as noções de hierarquia e coordenação. Do mesmo modo que a hierarquia não se confunde com a coordenação, a coordenação também não se restringe a elemento da hierarquia. A coordenação, segundo Rodrigo Bordalo⁵⁴², é um princípio autônomo que rege a organização administrativa e se impõe de diversas formas, podendo, inclusive, ser dissociada da subordinação.

A doutrina de Hely Lopes Meirelles também concebe a coordenação como um princípio autônomo que visa “entrosar as atividades da Administração, de modo a evitar a duplicidade de atuação, a dispersão de recursos, a divergência de soluções e outros males característicos da burocracia”⁵⁴³.

Aliás, a cooperação se atesta não só entre órgãos e entidades do mesmo ente federativo, como também entre as esferas federal, estadual, municipal e distrital. Conforme registra José dos Santos Carvalho Filho, o federalismo, após a Primeira Guerra Mundial, passa “a assumir uma feição cooperativa – no qual o desiderato do sistema seria a coordenação e a conjugação de esforços por parte dos integrantes da federação”⁵⁴⁴.

A necessidade de cooperação entre os entes federativos é estabelecida inclusive na Constituição Federal, artigo 23, parágrafo único. Segundo o dispositivo, “Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”. Deste modo, “poderá a União providenciar a elaboração de uma lei complementar para regular a atuação conjunta relativa a determinada atividade”⁵⁴⁵.

José dos Santos Carvalho Filho anota que “não se trata de mera escolha do Constituinte federal, mas de fator inerente à própria forma federativa e à descentralização do poder que a caracteriza”⁵⁴⁶. As atividades exercidas por determinada entidade federativa devem ser respeitadas pelos demais entes, uma vez que a única forma de se buscar uma Administração eficiente é por meio da cooperação entre elas.

⁵⁴² BORDALO, Rodrigo. **Os órgãos colegiados no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 78-79.

⁵⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 844-845.

⁵⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Consórcios públicos**. Lei nº 11.107, de 06.04.2005, e Decreto nº 6.017, de 17.01.2007. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 05.

⁵⁴⁵ *Ibidem*, p. 05.

⁵⁴⁶ *Ibidem*, p. 05.

Em matéria de Direito Ambiental, em atenção ao artigo 23, parágrafo único da Constituição, a Lei Complementar 140, de 08 de dezembro de 2011, fixa diretrizes para a cooperação entre os entes federativos “nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora”.

Observe-se, contudo, que a lei complementar aludida pela Constituição Federal não foi editada com relação a algumas matérias que envolvem a fiscalização e o exercício da atividade sancionatória da Administração Pública de diferentes entes federativos, acarretando uma falta de vínculo cooperativo entre eles, o que resulta em uma Administração Pública ineficiente e em um maior dispêndio de recursos públicos⁵⁴⁷, do que são exemplos as contratações públicas que envolvem recursos de mais de um ente da Federação.

Não obstante a falta de preocupação do legislador, no Direito Administrativo brasileiro, diante de um cenário em que se conferiu autonomia a diversos órgãos e entidades administrativas, o mecanismo de coordenação assume particular importância na determinação das relações entre os órgãos autônomos, que são encarregados de promover a harmonização das competências públicas⁵⁴⁸. Dado que a Administração Pública é composta por variados órgãos e entidades autônomos, faz-se necessário estabelecer regras e mecanismos para que a atividade administrativa seja exercida de maneira coordenada.

Rodrigo Bordalo⁵⁴⁹ anota que o mecanismo da “coordenação horizontal” vem cada vez mais assumindo proeminência no cenário da organização administrativa brasileira. A coordenação horizontal é “assentada na ideia de que a integração advém não apenas do hierarca, mas dos próprios órgãos envolvidos, ou mesmo dos órgãos autônomos encarregados de promover a harmonização competencial”⁵⁵⁰.

A coordenação horizontal, como princípio da organização administrativa, tem por intuito que as atividades dos distintos órgãos administrativos sejam exercidas de maneira coerente, para obstar resultados contraditórios ou mesmo contraproducentes.

⁵⁴⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Consórcios públicos**. Lei nº 11.107, de 06.04.2005, e Decreto nº 6.017, de 17.01.2007. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 06.

⁵⁴⁸ BORDALO, Rodrigo. **Os órgãos colegiados no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 79.

⁵⁴⁹ Ibidem, p. 79.

⁵⁵⁰ Ibidem, p. 79.

Entretanto, considerando a atual configuração da organização administrativa brasileira, em que há a mitigação ou mesmo exclusão dos vínculos de hierarquia entre os órgãos autônomos e os órgãos superiores, a aplicação do princípio da coordenação tem como consectário inafastável a necessidade de consensualidade⁵⁵¹.

A consensualidade, fenômeno que desponta como alternativa à unilateralidade nas relações entre administrador e administrado, também possui faceta intra-administrativa, isto é, nas relações internas da Administração Pública. Sob o viés do consenso, os órgãos e entidades da Administração Pública devem atuar de maneira integrada para o exercício das atividades administrativas⁵⁵².

Quando os órgãos administrativos atuam em cooperação, exercendo suas competências públicas em conjunto, a competência se torna uma só, podendo ser exercida de maneira simultânea por mais de um órgão, considerando que resultará em um único ato administrativo⁵⁵³. Assim, poderá ser instaurado um único processo administrativo por mais de um órgão ou entidade que tenha por finalidade a apuração de determinada infração e, eventualmente, a aplicação de sanção.

Eurico Bitencourt Neto aponta a necessidade de atuação cooperativa dos órgãos administrativos, com a penetração recíproca de cada um destes em seus campos de atribuições, e registra o papel do processo “como âmbito de atuação concertada e coordenada, contribuindo para a institucionalização da cooperação e da participação interna, podendo ser evitados riscos como o de uma atuação fragmentada e estanque, comprometedora de uma necessária visão geral da atuação administrativa”⁵⁵⁴.

Exige-se o que Eurico Bitencourt Neto denomina de “organização administrativa em rede”. “As redes administrativas se formam pela conexão de diferentes unidades num processo de atuação coordenada, para trocar informações ou compartilhar recursos, seja para a formação de decisões, seja para prestar serviços, entre outros fins, tendo como matriz de interconexão o procedimento administrativo”⁵⁵⁵.

⁵⁵¹ BORDALO, Rodrigo. **Os órgãos colegiados no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 80.

⁵⁵² Ibidem, p. 80-81

⁵⁵³ NIETO, Alejandro. El principio. El principio “non bis in ídem”. **Revista Vasca de Administración Pública**, Oñati, n. 28, p. 157-172, 1990.

⁵⁵⁴ BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, p. 207-225, 2017, p. 213-214.

⁵⁵⁵ Ibidem, p. 215.

A coordenação tem como pressupostos “o compartilhamento de informações, o intercâmbio de entendimentos e a possibilidade de formar ideias ou objetivos”⁵⁵⁶, de maneira que, ainda que não haja a instauração conjunta do processo administrativo, os órgãos e entidades da Administração Pública deverão compartilhar informações, provas, documentos, para a instrução do processo administrativo. Como exemplo, destacam-se os acordos de cooperação firmados entre o Tribunal de Contas da União com os Tribunais de Contas dos Estados para ampliar a ação de controle e realizar o intercâmbio de informações quanto ao cumprimento do dever da União de repassar os recursos do FPE, FPM e Fundef e a efetiva entrada de tais recursos nos cofres do respectivo Estado, bem como a sua utilização⁵⁵⁷.

A organização administrativa coordenada ou em rede “deixa ver a relevância de meios concertados de atuação administrativa, na medida em que a dispersão administrativa pode revestir-se de sinal negativo, em situações de nociva fragmentação da atuação administrativa”⁵⁵⁸. Trata-se de uma alternativa à intervenção vertical por meio da cooperação entre órgãos e entidades da Administração Pública.

6.5 Atuação isolada (simultânea ou sucessiva) dos órgãos e entidades autônomos

Pode ocorrer que órgãos e entidades da Administração Pública que partilham competência para aplicar determinada medida sancionatória não atuem em cooperação. Neste contexto, não se pode repassar ao administrado os prejuízos da atuação desconforme com este princípio regente da organização administrativa, ainda mais considerando sua garantia de não ser processado ou apenado mais de uma vez pelo mesmo fato e fundamento.

Na hipótese de uma vez atribuída a diversos órgãos e entidades autônomos a competência para a instauração de processo administrativo e para a imposição de sanção e esta competência reste exercida de maneira isolada pelos mesmos, em nome de salvaguardar o princípio da proibição do *bis in idem*, deve ser estabelecido um critério para definir qual órgão poderá exercer, no caso concreto, a competência sancionatória.

⁵⁵⁶ BORDALO, Rodrigo. **Os órgãos colegiados no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 82.

⁵⁵⁷ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Os limites do poder fiscalizador dos TC'S. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 36, n. 142, p. 167-189, abr./jun., 1999, p. 176.

BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, p. 207-225, 2017, p. 216-217.

De fato, em determinadas matérias, a legislação específica estabelece critérios que devem ser utilizados quando a atuação não se dê pela cooperação entre os órgãos e entidades. No âmbito do Direito do Consumidor, por exemplo, para a resolução da tramitação de processos administrativos em diferentes esferas da Federação, o Decreto 2.181/97 prevê a possibilidade de remessa do processo ao órgão coordenador do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC (artigo 15) e a avocação pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC, quando envolvidos interesses difusos ou coletivos (artigo 16):

Art. 15 – Estando a mesma empresa sendo acionada em mais de um Estado federado pelo mesmo fato gerador de prática infrativa, a autoridade máxima do sistema estadual poderá remeter o processo ao órgão coordenador do SNDC, que apurará o fato e aplicará as sanções respectivas.

Art. 16 – Nos casos de processos administrativos tramitando em mais de um Estado, que envolvam interesses difusos ou coletivos, o DPDC poderá avocá-los, ouvida a Comissão Nacional Permanente de Defesa do Consumidor, bem como as autoridades máximas dos sistemas estaduais.

Conforme assevera Sérgio Pinheiro Marçal⁵⁵⁹, não obstante a utilização do comando “poderá” expresso nos dois artigos do Decreto 2.181/97, trata-se de poder vinculado e não discricionário, dada a necessidade de preservação do sistema e de se evitar a violação do princípio do *non bis in idem*, garantia constitucional do administrado.

No entanto, poderá restar configurada situação em que não haja a predeterminação de critérios para que se estabeleça o órgão competente. Em tais casos, na ausência de critérios em legislações específicas, deve-se determinar um critério geral que também deve ser estabelecido em lei e que tenha por finalidade estabelecer uma mutação orgânica, isto é, uma mudança do centro de decisão, pela qual um órgão age no lugar de outro, permanecendo idênticos os poderes e as competências dos órgãos. Seja qual for o critério adotado, o que não se pode admitir é a aplicação cumulativa de sanções pelos diversos órgãos e entidades competentes.

Para a identificação do órgão competente na hipótese de instauração do processo administrativo e aplicação de penalidade de forma isolada, Rafael Munhoz de Mello⁵⁶⁰ cita

⁵⁵⁹ MARÇAL, Sérgio Pinheiro. Múltipla penalidade administrativa: violação ao princípio do *non bis in idem*. **Revista do advogado**, São Paulo, n. 114, dezembro, pp. 152-155, 2011, p. 153-153.

⁵⁶⁰ 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. 212.

dois critérios que podem ser utilizados: abrangência de atuação do órgão e precedência do exercício da competência.

6.5.1 Critério da abrangência de atuação

Diante de competência atribuída a órgãos de diferentes entes federativos, para a identificação do órgão competente no caso concreto, a doutrina de Rafael Munhoz de Mello cita o critério da abrangência de atuação do órgão. Tal critério, em uma primeira análise, parece estabelecer a prevalência do órgão federal sobre os órgãos estadual e municipal, bem como do órgão estadual sobre o órgão municipal⁵⁶¹.

Com efeito, no modelo de federalismo adotado pelo Brasil, para a existência e permanência do Estado federal, a Constituição Federal de 1988 reconheceu a independência recíproca dos entes federativos, não ocorrendo entre eles relação de hierarquia, submissão ou subordinação.

Segundo a doutrina de Rafael Munhoz de Mello, a inexistência de relação hierárquica entre os entes federativos decorre da autonomia, que garante a cada um dos entes que integram o Estado federal a liberdade de atuação dentro do círculo de competências que lhes são atribuídas, com independência em relação aos demais entes federados⁵⁶².

A autonomia dos entes federativos deve ser entendida como autonomia política, isto é, a autonomia em seu grau máximo, que assegura aos entes federativos a capacidade de autodeterminação, a incluir auto-organização, autogoverno, autolegislação e auto-administração⁵⁶³.

Perfilha do mesmo entendimento Rafael Valim, ao tratar do tema do modelo de federalismo no Brasil e o princípio da cooperação, considerando que os entes não possuem um vínculo de hierarquia⁵⁶⁴.

⁵⁶¹ 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. 212.

⁵⁶² MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos essenciais do federalismo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 41, p. 125-155, out-dez, 2002, p. 06-07.

⁵⁶³ Ibidem, p. 06-07.

⁵⁶⁴ CALMES-BRUNET, Sylvia; SAGAR, Arun. **Fédéralisme, Décentralisation et Régionalisation de l'Europe**. Perspectives comparatives. t. 1/2. L'Epitoge Collection: L'Unité du Droit, Rouen, v. 17, p. 256, 2017, p. 61-72.

Igualmente, Dalmo de Abreu Dallari assevera que os entes federativos detêm o direito e o poder de autogovernar-se e decidem com autonomia sobre assuntos de sua competência, o que significa que não há uma relação de dependência entre eles⁵⁶⁵.

Em suma, não é possível extrair da Constituição Federal de 1988 um vínculo de hierarquia ou mesmo de subordinação entre os órgãos de diferentes entes federativos para a instauração de processo administrativo e aplicação de sanção administrativa em face de mesma competência.

O critério da abrangência de atuação não considera existir uma hierarquia entre os órgãos e entidades de diferentes esferas da Federação. Em verdade, trata-se de critério que leva em conta a incumbência de zelo do interesse público mais abrangente, sendo certo que poderá restar configurada hipótese em que um interesse municipal revele-se mais relevante que o federal ou o estadual.

Quando concorram para a aplicação de sanções administrativas órgãos de mais de um ente federativo – pela prática de uma mesma infração, sob o mesmo fundamento jurídico, isto é, verificada a tríplice identidade –, as decisões proferidas nos diversos processos instaurados no âmbito de cada ente são expressões de um mesmo *ius puniendi estatal* e, independentemente de sua forma de organização, a Administração Pública só pode perseguir e sancionar uma única vez.

Não se pode admitir que entidades da Administração Pública federal, estadual e municipal exerçam de modo cumulativo a competência para a instauração de processo administrativo e aplicação de sanções. Entendimento contrário significaria possibilitar a triplicação da sanção prevista em lei, violando, além do princípio do *non bis in idem*, o princípio da proporcionalidade⁵⁶⁶.

Instaurado o processo administrativo e aplicada sanção administrativa por órgão de ente federativo com a maior abrangência de atuação, os demais entes da federação deverão respeitar, sob pena de violação do princípio do *non bis in idem*, as sanções aplicadas, restando-lhes unicamente a apuração da responsabilidade civil pelos prejuízos causados ao erário.

O critério da abrangência de atuação do órgão, contudo, não se presta a solucionar casos em que haja uma equivalência de abrangência de interesses ou mesmo em que a mais de

⁵⁶⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. São Paulo: Ática, 1986, p. 79.

⁵⁶⁶ 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. 211.

um órgão ou entidade de um mesmo ente federativo seja outorgada competência para instaurar o processo administrativo e aplicar sanções sobre determinada matéria. Em tais casos, deve-se utilizar o critério da precedência do exercício da competência. Nesse sentido, a Lei Complementar Estadual 667/91, do Estado de São Paulo, em seu artigo 18, §§2º e 3º⁵⁶⁷, faz referência à abrangência do interesse público para fins de determinação de qual órgão do Ministério Público compete officiar no processo e, em caso de interesses de abrangência equivalente, estabelece a competência do órgão que primeiro officiar.

6.5.2 Critério da precedência do exercício da competência

Segundo o critério da precedência do exercício da competência, quando qualquer dos órgãos competentes para praticar o ato pode fazê-lo por si só, estará preventa a competência daquele que primeiro o praticou, isto é, ficará excluído o exercício da competência por qualquer dos demais órgãos competentes⁵⁶⁸.

Trata-se do instituto da prevenção, cuja noção se origina da expressão em latim *prae-venire*, que significa “chegar antes”, aquele que “chegar primeiro”, portanto, considera-se preventivo⁵⁶⁹. Conforme a doutrina de Diogo Freitas do Amaral, resta excluída, “pela prática do acto por um dos órgãos, a possibilidade de o mesmo caso concreto ser resolvido, em primeira mão, por qualquer dos outros órgãos competentes”⁵⁷⁰.

De acordo com Athos Gusmão Carneiro⁵⁷¹, a prevenção não é um critério de determinação da competência e sim de fixação da competência, uma vez que os órgãos seriam, em tese, igualmente competentes, no entanto, pela prevenção, apenas em um deles a competência é fixada, o que torna os demais incompetentes naquele determinado caso concreto. Pela prevenção, concentra-se em um único órgão administrativo a competência que abstratamente pertenceria a dois ou mais órgãos.

⁵⁶⁷“§ 2º - Se houver mais de uma causa bastante para a intervenção do Ministério Público no feito, nele funcionará o órgão incumbido do zelo do interesse público mais abrangente.

3º - Tratando-se de interesses de abrangência equivalente, officiará no feito o órgão do Ministério Público investido da atribuição mais especializada; sendo todas as atribuições igualmente especializadas, incumbirá ao órgão que por primeiro officiar no processo ou procedimento, ou a seu substituto legal, exercer as funções de Ministério Público”.

⁵⁶⁸ AMARAL, Diogo Freitas do. **Conceito e natureza do recurso hierárquico**. 2. ed., v. 1, Coimbra: Almedina, 2005, p. 67-68.

⁵⁶⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 15. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.109.

⁵⁷⁰ AMARAL, Diogo Freitas do. Op. cit., p. 67-68.

⁵⁷¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. Op. cit., p. 109.

Paulo Otero, quando trata da competência alternativa incondicionada nas relações entre órgãos, anota que a possibilidade de antecipação no exercício da competência alternativa incondicionada “tem um efeito imediato: o órgão que primeiro agir faz precluir a jurisdição de todos os restantes, isto é, exclui que os restantes órgãos simultaneamente competentes exerçam a respectiva competência dispositiva sobre a mesma situação concreta”⁵⁷².

Quando a lei não estipula um limite ou condição para o exercício de competência partilhada por mais de um órgão, a competência alternativa incondicionada constitui o fundamento para a antecipação do exercício, de maneira que o órgão que se antecipa age em vez dos restantes⁵⁷³.

Assim, o órgão que primeiro instaurar o processo administrativo para apurar determinada infração torna-se prevento para a apreciação daqueles fatos que colocaram em risco ou violaram determinado bem jurídico protegido pelo ordenamento. A instauração de processo administrativo por um dos órgãos que detêm competência para aplicar sanções tendo por pressuposto determinada infração administrativa, deve impedir que seja iniciado outro processo administrativo por autoridade diversa contra o mesmo sujeito, pelos mesmos fatos e fundamento jurídico, ainda que não tenha sido proferida decisão no processo administrativo.

⁵⁷² OTERO, Paulo. **O poder de substituição em direito administrativo**. Enquadramento dogmático-constitucional. v. 2. Lisboa: Lex, 1995, p. 415.

⁵⁷³ *Ibidem*, p. 415.

CONCLUSÃO

O controle realizado pelos órgãos e entidades da Administração Pública não é um fim em si mesmo. O atingimento da finalidade da medida sancionadora deve-se dar na exata proporção de atendimento do interesse público, respeitando-se a proporcionalidade e a adequação da medida, bem como o princípio da eficiência que rege a atividade administrativa sancionatória.

A multiplicação de centros decisórios de poder dotados de certa autonomia não significa necessariamente melhor eficácia da atividade de controle, caso não haja atuação eficiente e cooperativa entre os órgãos e entidades da Administração Pública. A fragmentação do quadro organizatório da Administração Pública sem que se estabeleça coordenação e cooperação entre os órgãos e entidades competentes, além de não raras vezes ensejar a ineficácia da atividade-fim, radica na sobreposição e excessividade do exercício de competências públicas.

A previsão de atribuição do exercício da atividade sancionatória da Administração Pública a várias entidades, sem que a cooperação entre elas tenha sido delimitada por parâmetros estabelecidos pelo legislador em um cenário em que todas intencionam protagonismo, ocasiona verdadeira corrida pela atuação e, conseqüentemente, pela aplicação de sanções.

Esse ambiente decorre de uma simplificação de realidades complexas para o combate de atos ilícitos, através da proliferação de órgãos e entidades fiscalizadores. Em detrimento de análises mais aprofundadas, opta-se pela valorização de discursos fáceis e medidas que aparentam um alto impacto, mas que, em verdade, não tornam o sistema punitivo mais qualificado e eficiente.

Além de não se revelar efetivo na prática, o quadro muitas vezes tem por consequência a reiteração do exercício do *ius puniendi* da Administração em relação a um mesmo sujeito, fato e fundamento jurídico, em flagrante violação ao princípio do *non bis in idem*, garantia dos administrados em processos administrativos restritivos de direitos.

O princípio do *non bis in idem* possui *status* constitucional e deriva dos princípios da legalidade, proporcionalidade e segurança jurídica, além de figurar expressamente previsto em tratados internacionais de Direitos Humanos. Para que não reste violado, este princípio

deve ser observado tanto em sua vertente material, pela qual se impõe a averiguação da tríplice identidade de sujeito, fato e fundamento jurídico, como em sua vertente processual, pela qual deve-se obstar a tramitação de processos administrativos de maneira sucessiva, tendo por fundamento principal a coisa julgada administrativa ou simultânea, em decorrência do fenômeno da litispendência administrativa.

Impõe-se o exercício da atividade administrativa sancionatória mais racional e lógico, através da atuação integrada entre os órgãos e entidades da Administração Pública, do que a decorre a necessidade de a atividade sancionatória se dar de forma cooperativa, como a própria Constituição Federal recomenda. A cooperação deve se dar entre órgãos e entidades de um mesmo ente federativo assim como entre os entes federativos diversos.

A sobreposição de centros decisórios de poder configura total desrespeito à parcela de competência exercida pelo órgão ou entidade que primeiro decidiu no caso concreto. Quando a atuação dos órgãos ou entidades autônomos não se der de maneira cooperativa, deve-se estabelecer em lei um critério que determine qual seria o órgão ou entidade competente para exercer a atividade sancionatória no caso concreto, dado que a autonomia dos órgãos e entidades da Administração Pública é relativa e deve se conformar à garantia de proibição de *bis in idem* perante os administrados.

Nesse âmbito, revelam-se dois critérios, conforme o entendimento de Rafael Munhoz de Mello: a abrangência da atuação e a precedência do exercício da competência.

Pelo critério da abrangência da atuação, considera-se competente o órgão ou entidade que possui o interesse público mais abrangente no caso concreto. Em regra, preponderam os interesses federais sobre os estaduais e distritais e, por último, os municipais. No entanto, pode ser que em determinada situação um interesse municipal revele-se mais relevante que o federal ou o estadual.

Quando não for possível solucionar a questão pelo critério da abrangência da atuação, ou seja, diante de equivalência de abrangência de interesses ou de exercício de competência sancionatória por órgãos ou entidades que integrem a mesma esfera da Federação, deve-se utilizar o critério da precedência do exercício da competência. Pelo critério da precedência do exercício da competência, a antecipação decisória de um dos órgãos ou entidades competentes impede o exercício da competência pelos demais no caso concreto.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. **La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador**. Madrid: Iustel, 2008.

ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. t. 1. 3. ed. trad. de Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970.

_____. **Principi di diritto amministrativo**. 3. ed., v. 1. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.

ÁLVAREZ, Tomás Prieto. La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 178, enero-abril, 2009.

ALVIM, José Manuel de Arruda. **Ensaio sobre a litispendência no direito processual civil**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Conceito e natureza do recurso hierárquico**. 2. ed., v. 1. Coimbra: Almedina, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAUJO, Edmir Netto de. **Administração indireta brasileira**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz; ROSA, Raíssa Roese da. O princípio do *non bis in idem* no âmbito do processo administrativo sancionador. **Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo**, São Paulo, n. 15, ago., 2012.

ARÊDES, Sirlene Nunes. *Ne bis in idem*: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 52, pp. 204-240, jan./jun., 2018.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. **Apontamentos sobre agentes e órgãos públicos**: regime jurídico dos funcionários públicos. 1. ed. 5. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. 2. ed., 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do estado federal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte Geral 1. 23. ed. rev., ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, pp. 207-225, jan./abr., 2017.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil**. Teoria e Prática. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BORDALO, Rodrigo. **Os órgãos colegiados no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. t. 1. 10. ed. rev. atual. 10. reimp. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. 2. reimp. portuguesa da ed. brasileira de 1977. Coimbra: Almedina, 2003.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CALMES-BRUNET, Sylvia; SAGAR, Arun. Fédéralisme, Décentralisation et Régionalisation de l'Europe. Perspectives comparatives. t. 1/2. **L'Épitoge Collection: L'Unité du Droit**, Rouen, v. 17, p. 256, 2017.

CAMPOS, Patrícia Toledo. Comentários à Lei nº 12.846/2013 – Lei anticorrupção. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 1, v. 2, p. 160-185. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/80943>. Acesso em: 13 nov. 2018.

CANDIDO, Daniele Chamma. **Competência sancionatória nos contratos administrativos**. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

CANO CAMPOS, Tomás. *Non bis in idem*, prevalencia de la via penal y teoria de los concursos en el derecho administrativo sancionador. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 156, pp. 191-250, septiembre-diciembre, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 15. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 31. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2017.

CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Consórcios públicos**. Lei nº 11.107, de 06.04.2005, e Decreto nº 6.017, de 17.01.2007. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Sistema de Direito Administrativo brasileiro**. v. 1. Porto Alegre: Santa Maria, 1953.

CONTI, José Maurício. **Federalismo Fiscal**. São Paulo: Manole, 2004.

CORIA, Dino Carlos. El principio de ne bis in idem en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim**, São Paulo, v. 15, n. 66, maio-jun., 2007.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ne bis in idem* e Lei Anticorrupção: sobre os limites para a imposição de sanção pelo Estado. **Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=236102>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

COSTA, José Armando da. **Direito disciplinar**: temas substantivos e processuais. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

COUTO e SILVA, Almiro do. 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 do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun., 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44376>. Acesso em: 05 jul. 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. São Paulo: Ática, 1986.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. Transformações da organização administrativa. Diretrizes, relevância e amplitude do anteprojeto. In: MODESTO, Paulo (Coord.). **Nova organização administrativa brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. Coisa julgada: aplicabilidade a decisões do Tribunal de Contas da União. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 27, out./dez., 1996.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. v. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Ne bis in idem* material y procesal. **Revista de Derecho**, Universidad Centroamericana, Repositorio UCA, León, n. 9, pp.9-27, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 2. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**. 7 ed. rev., atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. 2. ed., rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adílson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed., rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

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

_____. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. rev., ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. 2. ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración. Contribución a la teoría del Estado de derecho. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 34, pp. 11-52, 1961.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho. Madrid: Civitas, 1984, pp. 79-81. Apud FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional. **Revista Española de Derecho Administrativo**, Madrid, n. 29, pp. 359-368, abril-junio, 1981.

_____; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 12. ed. Bogotá: Temis, 2008.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 13. ed., rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

GIL GARCIA, Luz Marina; GARCÍA CORONADO, Gloria; ESTEBAN GARCÍA, Raúl Hernando. Relaciones especiales de sujeción. Aproximación histórica al concepto. **Revista Prolegómenos. Derechos y Valores**, Universidad Militar Nueva Granada Bogotá, Colombia, Bogotá, D.C., v. 12, n. 23, enero- junio, 2009.

GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. **Teoria da proibição de bis in idem no Direito Tributário e Sancionador Tributário**. São Paulo: Noeses, 2014.

GÓMEZ PADILLA, Remedios. Concurso de normas y de infracciones en el derecho administrativo sancionador. **Revista jurídica de Castilla-La Mancha**, Castilla-La Mancha, n. 41, pp. 137-160, noviembre, 2006.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo; MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. **La relación especial de sujeción: estudios**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. **Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común**. 3. ed., v. 2. Madrid: Civitas, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1999.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime jurídico dos Tribunais de Contas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

HAKANSSON NIETO, Carlos. Una visión panorámica a la Constitución peruana de 1993. Veinte años después. **Pensamiento Constitucional**, Lima, n. 18, pp. 11-34, 2013.

HÉRNANDEZ MENDOZA, Liliana. **El Non bis idem en el ámbito sancionador**: estudio comparado de los sistemas español y mexicano. Thesis (Doctorado en Derecho administrativo). Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2013.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Do concurso aparente de normas penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HUNGRIA, Néelson. Comentários ao Código Penal. t. I. 4. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 140. Apud OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Os limites do poder fiscalizador dos TC'S. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 36, n. 142, p. 167-189, abr./jun., 1999.

JALVO, Belén Marina. **El régimen disciplinario de los funcionarios públicos**. 3. ed. Valladolid: Lex Nova, 2006.

_____. La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales. Nueva doctrina constitucional sobre el principio non bis in idem: Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero. **Revista de Administración Pública**, Alcalá, n. 162, pp. 175-188, septiembre-diciembre, 2003.

JIMÉNEZ MOSTAZO, Antonio; ALVARADO RODRÍGUEZ, Pedro. *Ne bis in ídem*, un principio constitucional de creación jurisprudencial (I): Aproximación. **Anuario de la Facultad de Derecho**, Universidad Extremadura, n. 23, pp. 315-329, 2005.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Luis Alberto. El principio de doble incriminación: una mirada desde la jurisprudencia colombiana. **Justicia Juris**, Barranquilla, v. 9, n. 1, pp. 11-26, enero-junio, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. t. I. Trad. José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003.

MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in ídem* e a Constituição Brasileira de 1988. **Boletim científico. ESMPU**, Brasília, ano 4, n. 16, p. 11-75, jul./set., 2005.

MARÇAL, Sérgio Pinheiro. Múltipla penalidade administrativa: violação ao princípio do *non bis in ídem*. **Revista do advogado**, São Paulo, n. 114, pp. 152-155, dez., 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. Nova circunstância de direito e diferença entre causas de pedir e pedidos como elementos descaracterizadores da litispendência e da coisa julgada. **Revista dos Tribunais**, Soluções Práticas, São Paulo, v. 1, p. 453-472, out., 2011.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade**. São Paulo: Contracorrente, 2015.

_____. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Poder de Polícia. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício (coord.). **Intervenções do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MATEU, Juan Carlos Carbonell. **Derecho Penal: concepto y principios constitucionales**. Madrid: Tirant lo Blanch, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Parte General. t. 1. Traduzido do francês por Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. Análise do Ministério Público na Constituição, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Lei Orgânica do Ministério Público da União e na Lei Orgânica do Ministério Público paulista. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Os Limites da Independência Funcional no Ministério Público. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 715, p. 571-575, maio, 1995.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos**. Comentários à lei 11.107/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEDINA, Paola Raquel Alvarez. **El principio de non bis idem en el derecho disciplinario abogadil colombiano**. Thesis (Magister en Derecho). Fundación Universidad del Norte, Barranquilla, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 43. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

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

_____. Aspectos essenciais do federalismo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 41, p. 125-155, out./dez., 2002.

MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MODESTO, Paulo. Anteprojeto de Nova Lei de Organização Administrativa: Síntese e Contexto. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 27, jul./set. 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-27-SETEMBRO-2011-PAULO-MODESTO.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann. Conselho Monetário Nacional, Banco Central do Brasil e Comissão De Valores Mobiliários. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 2, n. 6, pp. 106–122, set./dez., 1999.

MOREIRA, Vital. **Administração autónoma e associações públicas**. Coimbra: Coimbra, 2003.

MOTTA, Fabrício; ANYFANTIS, Spiridon Nicofotis. Comentários ao art. 5º. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coords.). **Lei Anticorrupção comentada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4. ed. Madri: Tecnos, 2006.

_____. El principio “non bis in ídem”. **Revista Vasca de Administración Pública**, Oñati, n. 28, p. 157-172, 1990.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 2º. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coords.). **Lei Anticorrupção comentada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Parcerias público-privadas: indelegabilidade no exercício da atividade administrativa de polícia e na atividade administrativa penitenciária *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.); DALLARI, Adílson Abreu et al. **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2007.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OTERO, Paulo. **O poder de substituição em direito administrativo**. Enquadramento dogmático-constitucional. v. 2. Lisboa: Lex, 1995.

_____. **Conceito e fundamento da hierarquia administrativa**. Coimbra: Coimbra, 1992.

PEREZ, Marcos Augusto. As agências reguladoras no direito brasileiro: origem, natureza e função. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, Juruá, v. 2, n. 5, pp. 59-99, 2000.

_____. Delegação das atividades chamadas de polícia administrativa ou poder de polícia. **Fórum Administrativo Direito Público**, Belo Horizonte, ano 10, n. 111, maio 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=67011>>. Acesso em: 10 out. 2018.

PETIAN, Angélica. **Regime jurídico dos processos administrativos ampliativos e restritivos de direito**. São Paulo: Malheiros, 2011.

PINTO JUNIOR, Mario Engler; PINTO, Henrique Motta. **Empresas estatais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 23, pp. 79-90, abr./jun., 1998.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. Sobre a delegação do “poder de polícia”. **Revista Brasileira de Direito Municipal**, Belo Horizonte, ano 15, n. 53, pp. 97-106, jul./set., 2014.

_____. **Limitações administrativas à liberdade e à propriedade**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PRADO FILHO, Francisco Octavio de Almeida. Segurança jurídica e sanções administrativas. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Org.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo**. v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PUERTA SEGUIDO, Francisco. "La prohibición de bis in idem" en la legislación de tráfico. **Revista de Documentación Administrativa**, Castilla-La Mancha, n. 284-285, mayo-diciembre, 2009.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

RAMÍREZ TORRADO, María Lourdes. El non bis in idem en el ámbito administrativo sancionador. **Revista de Derecho**, Universidad del Norte, Barranquilla, n. 40, pp. 1-29, julio-diciembre, 2013.

_____; ÁLVAREZ Paola. El principio non bis in idem en el derecho disciplinario del abogado, en Colombia. **Revista Ius et Práxis**, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Talca, v. 21, n. 1, pp. 345-376, 2015.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. **Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos ambientales**. Argentina: Universidad de Buenos Aires. Disponible em: <<https://huespedes.cica.es/gimadus/11/consideraciones.htm>>. Acesso em: 5 abr. 2018.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

RODRIGUEZ, Libardo. **Derecho Administrativo General Y Colombiano**. 19. ed. Bogotá: Temis, 2015.

SANDOVAL MESA, Jaime Alberto. El non bis in idem como fórmula del principio de legalidad que permite el ingreso del estatuto de Roma al Derecho interno. **Prolegómenos. Derechos y Valores**, Universidad Militar Nueva Granada Bogotá, Colombia, v. 12, n. 24, pp. 97-113, julio-diciembre, 2009.

SANTOS, Kleber Bispo dos. **Acordo de leniência na lei de improbidade administrativa e na lei anticorrupção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Novas anotações sobre as empresas estatais. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar/FGV, n. 239, pp. 209-240, jan./mar., 2005.

SOUZA, Eduardo Stevanato Pereira de. **Atos administrativos inválidos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____; LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. Considerações sobre a coisa julgada administrativa. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves. (Org.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo**. v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. 1. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

TÁCITO, Caio. Bases constitucionais do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 166, pp. 37-44, out./dez., 1986.

_____. O poder de polícia e seus limites. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 27, pp. 1-10, jan./mar., 1952.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro**. 2. ed. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, Governo da Suécia (ASDI), 1996.

VALIM, Rafael. **A subvenção no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015.

_____. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo. In: _____; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves. (Org.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo**. v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

VITTA, Heraldo Garcia. **Poder de polícia**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

WIMMER, Miriam. As relações de Sujeição Especial na Administração Pública. **Doutrina Brasileira. Direito Público**, Rio de Janeiro, n. 18, out.-nov.-dez., 2007.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ZANOBINI, Guido. **Le sanzioni amministrative**. Turim: Fratelli Bocca, 1924.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Sujeição Especial e Regime Jurídico da Função Pública no Estado de Direito Democrático e Social. In: CELY, Martha Lucía Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da Silveira. (Org.). **Direito Disciplinário Internacional: Estudos sobre a formação, profissionalização, disciplina, transparência, controle e responsabilidade da função pública**. v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2011.