STJ00110362

FÁBIO MEDINA OSÓRIO

DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

7.ª edição
revista e atualizada

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

STJ00110362

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
Juliana Mayumi Ono

Gerente de Conteúdo
Milisa Cristine Romera

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo e Quenia Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

Estagiários: Alan H. S. Moreira, Ana Amalia Strojnowski, Bárbara Baraldi e Bruna Mestriner

Produção Editorial
Coordenação
Andréia R. Schneider Nunes Carvalhaes

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Alana Fagundes Valério, Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Morais, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Thaís Pereira e Victória Menezes Pereira

Designer Editorial: Lucas Kfouri

Estagiárias: Maria Carolina Ferreira, Sofia Mattos e Tainá Luz Carvalho

Capa: Chrisley Figueiredo

Adaptação da Capa: Linotec

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação
Marcello Antonio Mastrorosa Pedro

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica
Mauricio Alves Monte

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Estagiária de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Osório, Fábio Medina
Direito administrativo sancionador / Fábio Medina Osório. -- 7. ed. rev. e atual. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

Bibliografia
ISBN 978-65-5614-141-1

1. Direito administrativo 2. Sanções (Direito) I. Título.

20-39047 CDU-35.076:343.24

Índices para catálogo sistemático: 1. Direito administrativo sancionador 35.076:343.24

Maria Alice Ferreira - Bibliotecária - CRB-8/7964

STJ00110362

SUMÁRIO

PREFÁCIO À 2.ª EDIÇÃO 9

NOTA À 7ª EDIÇÃO 21

NOTA À 6ª EDIÇÃO 23

NOTA À 5.ª EDIÇÃO 25

NOTA À 4.ª EDIÇÃO 27

NOTA À 3.ª EDIÇÃO 29

AGRADECIMENTOS E NOTA À 2.ª EDIÇÃO 35

LISTA DE ABREVIATURAS 43

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES 45

PARTE I
DO DIREITO ADMINISTRATIVO À SANÇÃO

1. DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO FORMAL E MATERIAL DO DIREITO ADMINISTRATIVO 71
   1.1 A importância de uma delimitação do tema 71
   1.2 Histórico do Direito Administrativo 72
   1.3 Conceito e objeto do Direito Administrativo 73
      1.3.1 O interesse público 74
      1.3.2 A Administração Pública 76
      1.3.3 O serviço público 77
      1.3.4 Crise do Direito Administrativo 81
      1.3.5 Critérios definitórios do Direito Administrativo 84
2. TEORIA DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA 88
   2.1 Da sanção administrativa 89
      2.1.1 Definição e elementos 90
      2.1.2 Do elemento subjetivo da sanção administrativa: a autoridade sancionadora 92
         2.1.2.1 Das autoridades administrativas e judiciárias no exercício de funções típicas 92

STJ00110362

2.1.2.2 Dos órgãos sancionadores de corporações de Direito Público 99
2.1.3 Do elemento objetivo: o efeito aflitivo da medida 103
2.1.3.1 Efeito aflitivo e sofrimento subjetivo 104
2.1.3.2 Efeito aflitivo variável e outros ramos jurídicos sancionadores 105
2.1.4 Do elemento teleológico: a finalidade punitiva 107
2.2 Um conceito de sanção administrativa 111
2.3 Sanção administrativa e outras medidas 112
2.3.1 Medidas de polícia 113
2.3.2 Medidas rescisórias 117
2.3.3 Medidas de ressarcimento ao erário 120
2.3.4 Medidas coativas e preventivas 123
2.3.5 Medidas de responsabilidade na gestão 124
2.4 Regime jurídico das sanções administrativas 126
2.4.1 Caracterização teórica da unidade do *ius puniendi* estatal 127
2.4.2 Unidade substancial de normas penais e normas administrativas repressoras: a fonte da unidade dogmática do poder estatal punitivo 127
2.4.3 A jurisprudência dos Tribunais Constitucional e Supremo espanhóis e a afirmação da unidade do poder punitivo do Estado 131
2.4.4 Críticas à tese da unidade do *ius puniendi* do Estado 134
2.4.4.1 Os poderes da Comunidade Europeia: a inexistência de uma dogmática unidade de poder punitivo estatal 134
2.4.4.2 Os poderes sancionatórios públicos dos particulares 136
2.4.4.3 As penas privadas e outras manifestações punitivas do Estado: o problema dos princípios gerais do direito punitivo 138
2.4.4.4 O regime jurídico distinto das diversas manifestações do *ius puniendi* estatal 140
2.4.4.5 A liberdade de configuração legislativa dos regimes jurídicos do *ius puniendi* estatal 147
2.4.4.6 Do uso de técnicas distintas pelo Estado para proteção de bens jurídicos 151
2.4.5 Das sanções disciplinares como espécies de sanções administrativas 152
2.4.6 Sanções penais e sanções administrativas: exame comparativo 166

PARTE II
DA NORMA PROIBITIVA E SUA APLICAÇÃO

3. TEORIA DAS FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR 171
3.1. Considerações iniciais 171

STJ00110362

3.2 Dos princípios constitucionais ... 183
3.3 O princípio do devido processo legal ... 186
3.3.1 Histórico ... 189
3.3.2 Devido processo legal formal ... 191
3.3.3 Devido processo legal substancial ... 194
3.3.4 Razoabilidade e devido processo legal substancial ... 203
3.4 O postulado da proporcionalidade ... 209
3.4.1 Estado de Direito, direitos fundamentais e proporcionalidade ... 211
3.4.2 O problema da ausência de proporcionalidade entre tipos sancionadores ... 215
3.4.2.1 Tipo sancionador instrumental com maior reprovabilidade do que o tipo principal ... 217
3.4.2.2 Tipos sancionadores administrativo e penal que tutelam desigualmente idênticos bens jurídicos ... 220
3.4.2.3 Da tipicidade material dos atos sancionados: o princípio da insignificância ... 222
3.4.2.4 Da aplicação da sanção administrativa ... 229
3.5 Tipos sancionadores de categorias distintas: diferenças de alcance dos princípios constitucionais em matéria de ilícitos praticados por agentes submetidos a especiais relações de sujeição e agentes particulares sujeitos à atividade punitiva do Estado ... 231
3.6 Princípio da legalidade ... 234
3.6.1 Vertentes da legalidade constitucional ... 236
3.6.2 A reserva de lei e as competências sancionadoras em matéria administrativa ... 237
3.6.3 Legalidade flexível no campo das atuações estatais sancionadoras amparadas no Direito Administrativo ... 238
3.7 Princípio da tipicidade ... 240
3.7.1 Fundamento constitucional da tipicidade ... 241
3.7.2 Funções dos tipos sancionadores ... 245
3.7.3 O alcance dos tipos sancionadores ... 246
3.7.3.1 Dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais ... 246
3.7.3.2 O problema das normas excessivamente vagas, as normas "em branco" e a deslegalização do poder sancionador ... 250
3.7.4 Dos tipos sancionadores disciplinares ... 257
3.7.5 Das infrações "morais": tipos que sancionam comportamentos privados sob justificativa de proteção do setor público ... 262
3.7.5.1 Moral pública e Moral privada: considerações gerais ... 263
3.7.5.2 Condutas de policiais civis, militares, membros do Exército, Marinha ou Aeronáutica que atentam contra exigências de moralidade ... 269

STJ00110362

3.7.5.3 Dos tipos sancionadores de condutas "imorais" dos membros do Ministério Público, Magistratura, Advocacia, altos cargos da Nação, Estados e Municípios 280
3.7.6 Tipificação da sanção 288
3.8 A reprovação jurídico-administrativa 289
3.8.1 O lícito e o ilícito 290
3.8.2 Tipo e ilicitude indiciada 292
3.8.3 Tipo e ilicitude formal 292
3.8.4 Tipo e ilicitude material 293
3.8.5 Causas de justificação 294

4. TEORIA DA APLICAÇÃO DA NORMA SANCIONADORA 296
4.1 Aplicação da norma sancionadora no tempo 297
4.1.1 Da irretroatividade da norma sancionadora mais gravosa 297
4.1.2 Da retroatividade da norma mais favorável 300
4.2 Seleção da norma sancionadora 304
4.2.1 Princípio do *non bis in idem* 305
4.2.1.1 Descrição do *non bis in idem* no cenário brasileiro 307
4.2.1.2 Hermenêutica do *non bis in idem*: uma proposta geral 315
4.2.1.2.1 Prognósticos e potencialidades do *non bis in idem* 333
4.2.1.2.2 A funcionalidade da regra geral 341
4.2.1.2.3 Independência das instâncias na tutela da probidade 351
4.2.2 Concurso de ilícitos 358
4.2.3 Concurso aparente de normas repressivas 359
4.2.3.1 Princípio da especialidade 360
4.2.3.2 Princípio da subsidiariedade 361
4.2.3.3 Princípio da alternatividade 362
4.2.3.4 Princípio da consunção 362
4.2.4 Concurso material de infrações e as penas perpétuas 365
4.2.5 Concurso formal de infrações 369
4.2.6 Continuidade de infrações 371

PARTE III
FUNDAMENTOS E FORMA DA IMPUTAÇÃO

5. TEORIA DA RESPONSABILIDADE DO AGENTE 375
5.1 Princípio da capacidade infratora 375
5.2 Princípio da culpabilidade 377
5.2.1 Fundamento constitucional da culpabilidade 377
5.2.2 Culpabilidade administrativa 386
5.2.2.1 Pena, dor e intimidação 386

STJ00110362

5.2.2.2 A evitabilidade do fato 388
5.2.3 Funções da culpabilidade 389
5.2.3.1 A responsabilidade subjetiva do agente 390
5.2.3.2 Ações ou omissões: dolo ou culpa 391
5.2.3.3 O erro jurídico-administrativo 404
5.3 Princípio da pessoalidade da sanção 407
5.4 Princípio da individualização da sanção 408
5.5 Responsabilidade das pessoas jurídicas 409

6. TEORIA DO PROCESSO SANCIONADOR 420
6.1 Princípio da presunção de inocência 422
6.1.1 Presunção de inocência e presunção de legitimidade de provas acusatórias 432
6.1.2 As condenações baseadas em prova indiciária 437
6.1.3 Ausência de obrigatoriedade de o acusado declarar contra si mesmo 444
6.1.4 As provas ilícitas produzidas pelos acusados 448
6.1.5 Medidas cautelares e presunção de inocência 450
6.2 Direitos de defesa 454
6.2.1 Defesa e devido processo legal 455
6.2.2 Graus diversos de amplitude de defesa 456
6.2.3 Contraditório processual e direitos de defesa 458
6.2.4 Direitos de informação 458
6.2.5 Direito de produzir provas, alegações e de ficar em silêncio: possibilidades e reflexos nos interesses dos acusados 460
6.2.6 As sanções "instantâneas" e a amplitude defensiva 462
6.2.7 A regra do *in dubio pro reo* 463
6.3 Princípio da motivação das decisões sancionadoras 464
6.3.1 O dever de congruência entre a decisão sancionadora e as alegações das partes 468
6.4. Princípio da prescrição 471
6.5 Considerações de política repressiva 474

BIBLIOGRAFIA 483

OBRAS DO AUTOR 495