STJ00113896

FÁBIO MEDINA OSÓRIO

DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

8.ª edição
revista e atualizada

De acordo com a
Lei 14.230/2021
(Nova Lei de Improbidade
Administrativa)

1912 • 2022 110 anos
THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

STJ00113896

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 Martino 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 Conteúdo Editorial Júnior: Bárbara Baraldi

Estagiários. Ana Amalia Strojnowski, Mariane Cordeiro e Mirna Adel Nasser

Produção Editorial
Gerente de Conteúdo
Andréia R. Schneider Nunes Carvalhaes

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

Analistas de Operações Editoriais: Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danieile Castro de Morais, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra e Vanessa Mafra

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

Estagiários: Bianca Satie Abduch, Gabrielly N. C. Saraiva, Maria Carolina Ferreira e Sofia Mattos

Capa: Chrisley Figueiredo

Adaptação de capa: Ariel Vilialba e Cinthia Riveros

Líder de Inovações de Conteúdo para Print
Camila Furegato da Silva

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

Assistente de Produção Gráfica: Ana Paula de Araújo Evangelista

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

Osório, Fábio Medina
Direito Administrativo Sancionador / Fábio Medina Osório. -- 8. ed. rev. e atual. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2022.

Bibliografia
ISBN 978-65-5991-456-2

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

21-93009 CDU-35.076:343.24

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

Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

STJ00113896

SUMÁRIO

PREFÁCIO À 2.ª EDIÇÃO 9
NOTA À 8.ª EDIÇÃO 21
NOTA À 7.ª EDIÇÃO 23
NOTA À 6.ª EDIÇÃO 25
NOTA À 5.ª EDIÇÃO 27
NOTA À 4.ª EDIÇÃO 29
NOTA À 3.ª EDIÇÃO 31
AGRADECIMENTOS E NOTA À 2.ª EDIÇÃO 37
LISTA DE ABREVIATURAS 45
CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES 47

PARTE I
DO DIREITO ADMINISTRATIVO À SANÇÃO

1. DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO FORMAL E MATERIAL DO DIREITO ADMINISTRATIVO 73
   1.1 A importância de uma delimitação do tema 73
   1.2 Histórico do Direito Administrativo 74
   1.3 Conceito e objeto do Direito Administrativo 76
      1.3.1 O interesse público 76
      1.3.2 A Administração Pública 78
      1.3.3 O serviço público 80
      1.3.4 Crise do Direito Administrativo 84
      1.3.5 Critérios definitórios do Direito Administrativo 87
2. TEORIA DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA 92
   2.1 Da sanção administrativa 93
      2.1.1 Definição e elementos 94
      2.1.2 Do elemento subjetivo da sanção administrativa: a autoridade sancionadora 96
         2.1.2.1 Das autoridades administrativas e judiciárias no exercício de funções típicas 97

STJ00113896

2.1.2.2 Dos órgãos sancionadores de corporações de Direito Público ... 106
2.1.3 Do elemento objetivo: o efeito aflitivo da medida ... 109
2.1.3.1 Efeito aflitivo e sofrimento subjetivo ... 110
2.1.3.2 Efeito aflitivo variável e outros ramos jurídicos sancionadores ... 112
2.1.4 Do elemento teleológico: a finalidade punitiva ... 113
2.2 Um conceito de sanção administrativa ... 117
2.3 Sanção administrativa e outras medidas ... 119
2.3.1 Medidas de polícia ... 119
2.3.2 Medidas rescisórias ... 124
2.3.3 Medidas de ressarcimento ao erário ... 126
2.3.4 Medidas coativas e preventivas ... 129
2.3.5 Medidas de responsabilidade na gestão ... 130
2.4 Regime jurídico das sanções administrativas ... 133
2.4.1 Caracterização teórica da unidade do *ius puniendi* estatal ... 133
2.4.2 Unidade substancial de normas penais e normas administrativas repressoras: a fonte da unidade dogmática do poder estatal punitivo ... 133
2.4.3 A jurisprudência dos Tribunais Constitucional e Supremo espanhóis e a afirmação da unidade do poder punitivo do Estado ... 138
2.4.4 Críticas à tese da unidade do *ius puniendi* do Estado ... 140
2.4.4.1 Os poderes da Comunidade Europeia: a inexistência de uma dogmática unidade de poder punitivo estatal ... 141
2.4.4.2 Os poderes sancionatórios públicos dos particulares ... 142
2.4.4.3 As penas privadas e outras manifestações punitivas do Estado: o problema dos princípios gerais do direito punitivo ... 145
2.4.4.4 O regime jurídico distinto das diversas manifestações do *ius puniendi* estatal ... 146
2.4.4.5 A liberdade de configuração legislativa dos regimes jurídicos do *ius puniendi* estatal ... 153
2.4.4.6 Do uso de técnicas distintas pelo Estado para proteção de bens jurídicos ... 158
2.4.5 Das sanções disciplinares como espécies de sanções administrativas ... 159
2.4.6 Sanções penais e sanções administrativas: exame comparativo ... 172

PARTE II
DA NORMA PROIBITIVA E SUA APLICAÇÃO

3. TEORIA DAS FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ... 177
3.1 Considerações iniciais ... 177

STJ00113896

3.2 Dos princípios constitucionais 189
3.3 O princípio do devido processo legal 193
3.3.1 Histórico 195
3.3.2 Devido processo legal formal 197
3.3.3 Devido processo legal substancial 201
3.3.4 Razoabilidade e devido processo legal substancial 210
3.4 O postulado da proporcionalidade 217
3.4.1 Estado de Direito, direitos fundamentais e proporcionalidade 219
3.4.2 O problema da ausência de proporcionalidade entre tipos sancionadores 222
3.4.2.1 Tipo sancionador instrumental com maior reprovabilidade do que o tipo principal 224
3.4.2.2 Tipos sancionadores administrativo e penal que tutelam desigualmente idênticos bens jurídicos 227
3.4.2.3 Da tipicidade material dos atos sancionados: o princípio da insignificância 229
3.4.2.4 Da aplicação da sanção administrativa 236
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 243
3.6 Princípio da legalidade 246
3.6.1 Vertentes da legalidade constitucional 247
3.6.2 A reserva de lei e as competências sancionadoras em matéria administrativa 249
3.6.3 Legalidade flexível no campo das atuações estatais sancionadoras amparadas no Direito Administrativo 250
3.7 Princípio da tipicidade 252
3.7.1 Fundamento constitucional da tipicidade 253
3.7.2 Funções dos tipos sancionadores 257
3.7.3 O alcance dos tipos sancionadores 258
3.7.3.1 Dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais 258
3.7.3.2 O problema das normas excessivamente vagas, as normas "em branco" e a deslegalização do poder sancionador 262
3.7.4 Dos tipos sancionadores disciplinares 269
3.7.5 Das infrações "morais": tipos que sancionam comportamentos privados sob justificativa de proteção do setor público 274
3.7.5.1 Moral pública e Moral privada: considerações gerais 275
3.7.5.2 Condutas de policiais civis, militares, membros do Exército, Marinha ou Aeronáutica que atentam contra exigências de moralidade 281

STJ00113896

3.7.5.3 Dos tipos sancionadores de condutas "imorais" dos membros do Ministério Público, Magistratura, Advocacia, altos cargos da Nação, Estados e Municípios 292
3.7.6 Tipificação da sanção 300
3.8 A reprovação jurídico-administrativa 301
3.8.1 O lícito e o ilícito 303
3.8.2 Tipo e ilicitude indiciada 304
3.8.3 Tipo e ilicitude formal 305
3.8.4 Tipo e ilicitude material 305
3.8.5 Causas de justificação 306

4. TEORIA DA APLICAÇÃO DA NORMA SANCIONADORA 308
4.1 Aplicação da norma sancionadora no tempo 309
4.1.1 Da irretroatividade da norma sancionadora mais gravosa 309
4.1.2 Da retroatividade da norma mais favorável 312
4.2 Seleção da norma sancionadora 317
4.2.1 Princípio do *non bis in idem* 319
4.2.1.1 Descrição do *non bis in idem* no cenário brasileiro 320
4.2.1.2 Hermenêutica do *non bis in idem*: uma proposta geral 328
4.2.1.2.1 Prognósticos e potencialidades do *non bis in idem* 346
4.2.1.2.2 A funcionalidade da regra geral 355
4.2.1.2.3 Independência das instâncias na tutela da probidade 365
4.2.2 Concurso de ilícitos 371
4.2.3 Concurso aparente de normas repressivas 373
4.2.3.1 Princípio da especialidade 374
4.2.3.2 Princípio da subsidiariedade 375
4.2.3.3 Princípio da alternatividade 375
4.2.3.4 Princípio da consunção 376
4.2.4 Concurso material de infrações e as penas perpétuas 378
4.2.5 Concurso formal de infrações 382
4.2.6 Continuidade de infrações 384

PARTE III
FUNDAMENTOS E FORMA DA IMPUTAÇÃO

5. TEORIA DA RESPONSABILIDADE DO AGENTE 389
5.1 Princípio da capacidade infratora 389
5.2 Princípio da culpabilidade 391
5.2.1 Fundamento constitucional da culpabilidade 391
5.2.2 Culpabilidade administrativa 400

STJ00113896

5.2.2.1 Pena, dor e intimidação 401
5.2.2.2 A evitabilidade do fato 402
5.2.3 Funções da culpabilidade 403
5.2.3.1 A responsabilidade subjetiva do agente 404
5.2.3.2 Ações ou omissões: dolo ou culpa 406
5.2.3.3 O erro jurídico-administrativo 418
5.3 Princípio da pessoalidade da sanção 420
5.4 Princípio da individualização da sanção 421
5.5 Responsabilidade das pessoas jurídicas 423

6. TEORIA DO PROCESSO SANCIONADOR 433
6.1 Princípio da presunção de inocência 435
6.1.1 Presunção de inocência e presunção de legitimidade de provas acusatórias 445
6.1.2 As condenações baseadas em prova indiciária 450
6.1.3 Ausência de obrigatoriedade de o acusado declarar contra si mesmo 459
6.1.4 As provas ilícitas produzidas pelos acusados 463
6.1.5 Medidas cautelares e presunção de inocência 465
6.2 Direitos de defesa 469
6.2.1 Defesa e devido processo legal 470
6.2.2 Graus diversos de amplitude de defesa 471
6.2.3 Contraditório processual e direitos de defesa 472
6.2.4 Direitos de informação 473
6.2.5 Direito de produzir provas, alegações e de ficar em silêncio: possibilidades e reflexos nos interesses dos acusados 475
6.2.6 As sanções "instantâneas" e a amplitude defensiva 477
6.2.7 A regra do *in dubio pro reo* 478
6.3 Princípio da motivação das decisões sancionadoras 479
6.3.1 O dever de congruência entre a decisão sancionadora e as alegações das partes 482
6.4 Princípio da prescrição 486
6.5 Considerações de política repressiva 489

BIBLIOGRAFIA 499

OBRAS DO AUTOR 511