XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

JOSE EVERTON DA SILVA

LIANE FRANCISCA HÜNING PAZINATO

EMERSON AFFONSO DA COSTA MOURA

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Emerson Affonso da Costa Moura; Jose Everton da Silva; Liane Francisca Hüning Pazinato. – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-657-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública.
XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

Com alegria que apresentamos a publicação dos artigos científicos apresentados no grupo de trabalho de Direito Administrativo II do XXX Congresso Nacional do Conselho de Pós-Graduação stricto sensu em Direito realizado no Balneário Camboriu em Santa Catarina.

Os trabalhos reúnem pesquisas que discutem as principais transformações do Direito Administrativo a partir de novos paradigmas incorporados precipuamente através das últimas reformas legislativas e decisões jurisprudenciais que alteraram os marcos na matéria.

A tradicional teoria dos motivos determinantes e sua aplicabilidade no controle da Administração Pública é discutida à luz das transformações dos tribunais superiores a partir das disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público trazidas pela lei nº 13.655/2018.

A discussão do regime dos servidores públicos é vista à partir da necessidade do reconhecimento da concessão do intervalo interjornada antes admitido de forma transversa pela Advocacia Geral da União, mas que enseja o debate acerca da possibilidade de responsabilização pela jurisprudência.

O novo marco de proteção de dados é abordada através de um estudo acerca da estruturação e gestão da autoridade nacional de proteção de dados instituído pela lei 13.079/2018, de modo a verificar de forma comparativa, a sua estruturação e a capacidade operacional de gestão das respectivas informações.

A questão organizacional da Administração Pública e o impacto no Direito Administrativo é discutido em artigo que versão sobre a estratégia dos modelos de unificação de ofícios voltados ao usuário de serviços judiciários e a tentativa de implementação de novos valores culturais.

O regime de improbidade administrativa é controvertido à luz dos limites do princípio do “non bis in idem” nas esferas de sancionamento administrativo geral funcional e da lei 8.429 /92, estudo importante em razão da forma da lei nº 14.230/21 que consagra o Direito Sancionador Administrativo na matéria.

Ainda em tema de improbidade administrativa um dos trabalhos discute a responsabilização do advogado público por sua manifestação através de parecer jurídico à luz da jurisprudência dos tribunais superiores em cotejo com os limites estipulados pela nova lei.

A definição do compliance como instrumento preventivo para práticas de corrupção na Administração Pública é debatida em um movimento de ampliação da governança pública alçada desde o decreto nº 9.203/17 que institui a integridade como princípio e ação contínua voltada à gestão estatal de riscos.

O alcance do desenvolvimento sustentável como princípio e objetivo das licitações e contratos administrativos é abordado a partir da previsão dos novos instrumentos de sua implementação na vertente socioambiental pela nova disciplina lei nº 14.133/21.

A implementação da sustentabilidade desta vez pelo viés da Agenda 2030 da ONU, em especial, quanto a adequação do processo administrativo disciplinar ao objetivo nº 16 das suas respectivas ODS, também, igualmente é investigada na busca de um conceito multidimensional e aplicado à Administração Pública.

O exercício do poder regulamentar pela Administração Pública, em específico, através das medidas provisórias editadas pelo chefe do Poder Executivo são tidas através das principais construções jurisprudenciais nacionais e estrangeiras de forma dar limites a possíveis abuso do exercício do poder.

Os debates demonstram profícuas discussões realizadas no âmbito dos respectivos programas de pós-graduação stricto sensu dos participantes que apontam a necessidade de deslocamento das discussões de Direito Administrativo tradicionalmente voltados ao Estado para a sociedade.

Os novos paradigmas do new public managment ¬e da public governance que se apresentam a disciplina oriundos das reformas legislativas – como sustentabilidade, integridade, gestão de riscos – apresentam desafios na construção de uma ação estatal voltada à boa administração.

A jurisprudência tem revisitado categorias tradicionais – como servidor público e controle da Administração Pública – com uma leitura através de paradigmas constitucionais – como direito sancionador e devido processo legal – reconduzem à um Direito Administrativo Constitucional.

Tais movimentos reforçam não uma necessidade de superação os institutos do Direito Administrativo cunhados no século XIX, em especial, com a profícua atuação jurisprudencial do Conselho de Estado Francês e a produção teórica da matriz romano-germânica, mas de adequação às transformações do século XXI.

Convidamos os leitores a aprofundarem nos respectivos textos que compõem esta obra e apontam as produções contemporâneas na matéria a acompanharem esse movimento de readequação, que busca reconstruir os fundamentos do Direito Administrativo em um Estado Democrático de Direito.

Balneario Camboriu, 07 de dezembro de 2022

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UNIRIO/UFRRJ

Profa. Dra. Liane Francisca Huning Pazinato, UFRG

Prof. Dr. Jose Everton da Silva, UNIVALI

O NON BIS IN IDEM COMO LIMITE À PERSECUÇÃO DO ESTADO À SERVIDORES PÚBLICOS ACUSADOS DA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

THE NON BIS IN IDEM AS A LIMIT TO THE STATE'S PERSECUTION OF PUBLIC SERVANTS ACCUSED WITH THE PRACTICE OF ACTS OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY

Renan Aguiar [1]
Eudes Bernardino Da Silva Junior [2]

Resumo

Este trabalho trata dos princípios da segurança jurídica, em especial do non bis in idem, como comando constitucional limitador do duplo julgamento por improbidade administrativa do servidor público. A prática de improbidade administrativa admite, em tese, três processos: um de acordo com o estatuto dos servidores civis da União (Lei 8.112/1990); um segundo regulado pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992) e um terceiro de natureza penal. No entanto, dentre estes três estatutos jurídicos sancionatórios, dois possuem natureza administrativa: o da improbidade administrativa da Lei 8.429/1992 e, também, o da improbidade prevista na Lei 8.112/1990. Mas, é possível haver dualidade de sanções na esfera administrativa pela prática de um mesmo ato? Caso sim, não violar-se-ia a independência das instâncias, a separação dos poderes e a segurança jurídica? Este trabalho busca responder, de forma exploratória, estas perguntas e, para tanto, revisa-se a literatura sobre o tema nas áreas do Direito Administrativo, do Direito Constitucional e da Teoria do Direito.

Palavras-chave: Non bis in idem, Improbidade administrativa, Estado de direito e non bis in idem, Estado de direito e improbidade administrativa

Abstract/Resumen/Résumé

This paper deals with the principles of legal certainty, especially the non bis in idem, as a limiting constitutional command of the double judgment for administrative improbity of the public servant. The practice of administrative improbity admits, in theory, three processes: a first according to the statute of civil servants of the union (law 8.112/1990); a second regulated by the administrative improbity law (law 8.429/1992); and, a third of a criminal nature. However, among these three sanctioning legal statutes, two have an administrative nature: that of the administrative improbity of law 8.429/1992 and, also, that of the improbity

[1] Doutor em Direito pela Universidade Federal Fluminense; Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Cândido Mendes.

[2] Mestrando em Direito pela Universidade Cândido Mendes. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Procurador-Chefe Adjunto da Procuradoria Federal junto à Universidade Federal do Rio de Janeiro.

provided for by law 8.112/1990. But, is it possible to have dual sanctions in the administrative sphere for the practice of the same act? If so, wouldn't the independence of the bodies, the separation of powers and legal certainty be violated? This work seeks to answer, in an exploratory way, these questions and, for that, the literature on the subject in the areas of administrative law, constitutional law and law theory is reviewed.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Administrative improbity, Rule of law and non bis in idem, Rule of law and administrative improbity, Non bis in idem

Introdução

Quando um órgão jurídico aplica uma norma (norma geral prescrita em um documento legal) a um caso concreto, ele determina o conteúdo que será dado à norma individual (uma decisão judicial, por exemplo), a partir da moldura oferecida pela norma geral. (KELSEN, 1998). Este exercício de interpretação está presente em todos os momentos em que o Direito é aplicado, seja no processo legislativo, quando há de ser realizada um filtro de constitucionalidade; seja quando da aplicação de uma norma do Direito internacional por um governo, tribunal ou órgão administrativo internacional ou nacional; e até mesmo pelos indivíduos, quando observam o Direito a fim de evitar possível sanção.

No processo interpretativo, o ato de criação de uma norma inferior está diretamente vinculado a existência de uma norma superior que institui a moldura que orientará o interprete a criar da norma inferior. No entanto, esta vinculação nunca é completa, pois a norma superior é incapaz suprir todas as possibilidades de aplicação, restando ao aplicador a discricionaridade para criar a norma individual. Por mais específica que seja uma ordem jurídica, quem a executa terá uma pluralidade de determinações a fazer, o que significa dizer que o ato de criação e aplicação do Direito é indeterminável, uma vez que haverá sempre uma grande variedade de possibilidades interpretativas, como Kelsen muito bem esclarece:

> O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador – determinar por qualquer forma que seja – ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou a outra das duas normas que se contradizem ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição se anulassem mutuamente. O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. (KELSEN, 1998. p. 390)

Assim, todos os métodos de interpretação direcionam o aplicador do Direito a um resultado possível, sem o condão de estabelecer um resultado único e certo. Quando duas ou mais são as interpretações possíveis para a criação de uma decisão, seria inútil tentar determinar a decisão correta, com a exclusão das demais. O órgão competente que aplica o direito é relativamente livre neste ato criativo, posto que, não obstante sua função de apreciação seja delimitada pela moldura que a norma superior impõe, realiza um ato de vontade, a partir do qual será produzida a norma individual. Assim, não se pode sustentar a ideia de sentença como um simples ato de subsunção.

Diante da insegurança promovida pelo processo de criação das normas jurídicas individuais, alguns casos parecem-nos merecer atenção especial. Dentre estes, os de natureza sancionatória, como aqueles em que um servidor público federal comete um ato de improbidade administrativa e deve ser processado segundo: (1) o estatuto dos servidores civis da União (Lei 8.112/1990); (2) a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992) e (3) as leis penais. Dentre estes três estatutos jurídicos sancionatórios, dois possuem natureza administrativa: (1) o da improbidade administrativa da Lei 8.429/1992 e, também, (2) a improbidade da Lei 8.112/1990. Mas, é possível haver dualidade de sanções na esfera administrativa pelo cometimento de um mesmo ato? Caso sim, não violar-se-ia a independência das instâncias, a separação dos poderes e a segurança jurídica? As linhas que seguem buscam responder, de forma exploratória, estas perguntas e, para tanto, revisa-se a literatura sobre o tema nas áreas do Direito Administrativo, do Direito Constitucional e da Teoria do Direito.

No primeiro tópico deste trabalho, aborda-se os princípios fundantes do Estado de Direito, com o propósito de perscrutar as teorias do Estado e do Direito sobre as diretrizes mínimas de funcionamento deste modelo organizativo estatal que foi adotado pela ordem constitucional brasileira de 1988. A identificação dos postulados e dos princípios do Estado de Direito servirão para confrontá-los com a prática do Direito Administrativo sancionatório, em especial quando da ocorrência do *bis in idem*, em confronto com o non bis in idem, que segue bem clarificado.

> A expressão ne bis in idem, quase sempre utilizada em latim, em sua própria acepção semântica já impõe de imediato que se esclareça o que (idem) não deve ser repetido (ne bis). Nessa linha provisoriamente pode-se antecipar que sua utilização jurídica, por via de regra, é associada à proibição de que um Estado imponha a um indivíduo uma dupla sanção ou um duplo processo (ne bis) em razão da prática de um mesmo crime (idem). No coração mesmo de sua assimilação normativa parece encontrar-se o intuitivo reconhecimento da existência de uma comezinha noção de equidade que torna inaceitável, quando menos incoerente, que alguém receba mais de uma punição pela mesma infração penal ou que sofra mais de uma vez com as inevitáveis agruras de um processo criminal. (MAIA, 2005, p. 27.)

No segundo tópico, introduz-se o Direito Sancionatório Administrativo e se debate sobre suas características e espécies, com especial atenção para os processos de improbidade administrativa e o processo administrativo disciplinar previsto pelo Estatuto do Servidor Público da União. O tópico é encerrado com a conclusão provisória sobre a natureza administrativa do processo de improbidade e questiona sobre a possibilidade do *bis in idem* no ceio do Direito Administrativo sancionatório.

O terceiro tópico associa as ideias debatidas nos tópicos que o precedem e prepara o caminho para a conclusão sobre a impossibilidade da existência em um Estado de Direito de conduta punida mais de uma vez, no âmbito de um mesmo ramo, regime ou subsistema jurídico.

1. O Estado de Direito e os seus princípios fundamentais

A essência do Estado de Democrático de Direito pode ser resumida na existência de uma convivência juridicamente organizada e pacífica da sociedade, legitimada pela representatividade popular. Esta estrutura jurídico-política, herdeira das concepções iluministas, delineia, através do império da lei, os limites dos poderes soberanos, com o propósito de se fomentar uma determinada paz social. Tal perspectiva se infiltra nos ambientes jurídicos e conduz o raciocínio dos mais diversos juristas, como o de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem: o Direito e o Poder são temas que envolvem os dois grandes instrumentos da civilização: o poder, como energia que move os homens e as sociedades para a realização de seus objetivos, e o direito, a técnica social criada para a disciplina e a contenção do poder. (MOREIRA NETO, 2016).

Desta forma, o estado de direito pode ser traduzido por conceitos que incorporam os seguintes elementos: garantia dos direitos individuais e limitação dos poderes políticos. A norma jurídica, no Estado de direito, realiza, a partir de sua supremacia, a sujeição isonômica de todos os membros da sociedade. Assim, o direito é instituído como estrutura limitadora da soberania, em benefício da liberdade dos indivíduos, tida, sob a perspectiva liberal clássica, como algo anterior ao Estado. Esta operação limitadora demandará, no entanto, institutos jurídicos que orientem a aplicação do direito, como: separação dos poderes; reserva de lei e legalidade administrativa. (AGUIAR, 2020)

A reserva de lei impõe o direito como o único meio possível para se restringir liberdades; o princípio da legalidade impõe às ações da administração a prévia permissão prescrita em lei. Ambos os princípios pressupõem a liberdade como ilimitada e a intervenção estatal nas esferas individuais como exceção. A separação de poderes, através de um sistema de controle mútuo de poderes, organiza a estrutura estatal, evitando a concentração de poderes. (AGUIAR, 2009). A importância destes institutos para o estado de direito é tão grande que foram prescritas já na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que, em seu artigo 16, assim prescreve: “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” e , naturalmente, são desprovidas de estado de direito. (MACIEL, 2019)

Além de desestimular a concentração do poder e evitar decisões arbitrárias dela decorrente, a separação dos poderes também preconiza a especialização funcional das atividades estatais, de modo a racionalizar as atividades públicas (FONTE, 2021). Nesta toada, apesar de restar estabelecida a função de cada poder, tal divisão deve ser entendida como preponderante, e não exclusiva, pois apesar do Judiciário ter como principal função a prestação jurisdicional, os demais poderes exercem o poder de julgar, ainda que sob denominação distinta da de jurisdição. O mesmo ocorre com o poder legislativo, cuja função legiferante também é exercida pelos demais poderes, tanto quanto o exercício da administração, função típica do executivo, que é exercida pelos demais poderes. Assim, diz-se que tais funções são preponderantes a um dos poderes, pois – como visto – não são exclusivas de determinado poder.

A possibilidade de se processar e julgar a mesma situação, ação ou ato pelos três poderes simultaneamente nas esferas civil, penal e administrativa impõe uma série de cautelas e diversos questionamentos jurídicos, sobretudo acerca do conflito entre a separação dos poderes e o *non bis in idem*. Este aforismo jurídico latino que permeia a cultura jurídica ocidental enuncia que não se deve processar e julgar mais de uma vez um mesmo agente pela prática da mesma ação. Mas, *o non bis in idem* encontra fundamento na ordem jurídica brasileira? Qual seria o fundamento? O *non bis in idem* é um comando, relativamente simples, que está ancorado no primado da segurança jurídica. Afinal, o trânsito em julgado de uma decisão obsta novos julgamentos sobre o mesmo fato, impondo a sua não revisão. Assim, caso alguém seja processado, julgado e absolvido pela prática de um delito, não parece proporcional que a mesma pessoa seja julgada novamente em outra esfera. O *non bis in idem*, portanto, é expressão da Segurança Jurídica e, também, do postulado da proporcionalidade que operacionalizará concretização da Segurança Jurídica.

Os princípios de distribuição, que norteiam a criação dos conteúdos normativos, objetivando assegurar os limites do Estado, comportam os Direitos fundamentais dos indivíduos, tais como: direito à propriedade, à liberdade de expressão, à liberdade de locomoção e são conjugados a institutos jurídicos e a outros princípios que proporcionem sua máxima efetivação. Dentre estes últimos são destacáveis a subjetividade individual dos direitos; a isonomia e a segurança jurídica. A subjetividade individual dos direitos deriva da concepção individualista liberal que, associada legalismo, determina o indivíduo como sujeito de direitos, ou seja, como detentor de um status jurídico a ser determinado pela lei. Assim, oblitera-se a qualificação política dos grupos sociais, estamentos, ordens ou do próprio indivíduo, pois o que deve ser exigido escapa à esfera política, sendo aprisionado pelo Direito na forma de capacidade para exigir a concretização de um direito previamente estabelecido. Subordinados ao direito, os

indivíduos asseguram-se mutuamente suas liberdades "originais" que deverão ser garantidas pelo Estado de direito contra ações de outros indivíduos ou do próprio Estado.

A isonomia, ou igualdade formal, determina o tratamento similar de todos, segundo a lei. Ou seja, a aplicação da norma jurídica não deve ser excetuada a um sujeito de direito salvo por determinação do próprio direito. A isonomia deslocou a desigualdade da esfera jurídica para a socioeconômica, dotando a ordem jurídica de uma igualdade capaz de, ao mesmo tempo, tratar todos como iguais em suas capacidades de exigir o direito e como desiguais em suas capacidades de usufruir de direitos. O direito à propriedade é exemplar para a compreensão crítica da isonomia, pois garante a todos o direito de serem proprietários, mas não oferece instrumentos para transformar todos em proprietários, garantindo a desigualdade real ou substancial através do igual direito que todos possuem de ser proprietários. Assim, a isonomia, sob o signo da igualdade, garante a desigualdade necessária para a realização dos valores liberais, como o direito à propriedade.

A segurança jurídica, por sua vez, garante ao sujeito de direito um horizonte de expectativas previsíveis, permitindo que os indivíduos, através da lei, estejam seguros quanto a eficácia de suas relações jurídicas privadas a serem garantidas pelo Estado ou em suas relações de sujeição ao Estado. A segurança jurídica operacionaliza a reserva de lei e busca garantir aos indivíduos a inviolabilidade de seus negócios privados ou em relação direta com o Estado.

2. O Direito Administrativo Sancionador

Os processos de elaboração de decisões fundadas nas regras e nos princípios do Direito Administrativo Sancionador possuem uma variedade de interpretações possíveis, mas todas elas devem ser ajustar ao Estado de Direito e aos seus preceitos constituintes, pois compõem a ordem jurídica encabeçada pela Constituição. Assim, o cuidado com estas interpretações é extremamente necessário, já que qualquer deslize poderia promover decisões incoerentes com a constitucional.

No âmbito liberal, duas concepções teóricas justificam a aplicação de uma pena pelo Estado: (1) a teoria dissuasória e a (2) teoria retributiva. A primeira, também denominada preventiva, justifica a aplicação da pena como forma de persuadir o propenso infrator a não praticar o ilícito. Esta perspectiva teórica, contemporaneamente, é exaustivamente trabalhada pelo movimento *Law and Economics* segundo o qual a sanção serviria para inibir o ato infracional, através de cálculos racionais do indivíduo propenso a praticar o ilícito, fazendo-o avaliar os custos e os benefícios de sua ação. Para esta teoria, quanto maior o custo, menor a

probabilidade de envolvimento em atividade ilegal. A teoria retributiva, por outro lado, trata a sanção como um castigo dirigido ao infrator em decorrência da sua culpabilidade, uma espécie de retribuição pelo desvio ético e moral no desempenho de suas ações (VORONOFF, 2018). Esta última perspectiva, em menor grau que a anterior, também pleiteia para si o efeito preventivo da aplicação de punições.

No direito administrativo sancionador prevalece a teoria dissuasória de justificação da pena. Esta predominância se dá por ser o direito administrativo sancionador guiado pela: manutenção da ordem administrativa; consecução do interesse público; o bom funcionamento estatal e a obediência aos princípios constitucionais da administração pública, o que acaba por impor ao exercício do poder punitivo do Estado uma perspectiva prospectiva e não vingativa (VORONOFF, 2018). Em que pese este caráter prospectivo, a sanção administrativa, em alguns casos, como no regime disciplinar dos servidores públicos, possui natureza preponderantemente retributiva à violação de normas ético-morais.

Independente dos fundamentos teóricos para a aplicação das sanções previstas no Estatuto do Servidor Público poderem ser distintas do restante do Direito Sancionatório, todas as áreas de aplicação do Direito Administrativo Sancionador subordinam-se à ordem constitucional, especialmente com os preceitos do Estado democrático de direito e os direitos e garantias individuais fundamentais, comumente expressos através de princípios: (1) materiais, como: legalidade, tipicidade, irretroatividade de norma mais prejudicial, imputação adequada, pessoalidade, proporcionalidade, prescritibilidade e *non bis in idem* e (2) processuais, como: devido processo legal; imparcialidade; contraditório; ampla defesa; presunção de inocência; garantia da não-auto-responsabilização; inadmissibilidade de provas ilícitas; motivação; duração razoável do processo e recorribilidade.

Entre as regras do regime disciplinar dos servidores civis da União, cujo endereço normativo é o Título IV, da lei 8112/1990, o artigo 132 aponta o ápice sancionatório, pois estabelece, desde a sua redação original, a pena de demissão para o servidor que praticar, dentre outras condutas: crime contra a administração pública; improbidade administrativa; corrupção; insubordinação grave em serviço; procedimento desidioso; recebimento de propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições. Dentre estes atos infracionais, vários possuem "tipicidade aberta", havendo um largo espaço para o exercício do poder de discricionariedade do administrador; outros, como o "crime contra a administração pública", o de "corrupção" e o de "improbidade administrativa", são normas em branco, cujo conteúdo se completará com prescrições presentes em outras normas jurídicas.

Dentre as normas em branco, acima referidas, a demissão por prática de crime contra a administração (inc. I, do art. 132, da Lei 8.112/1990), pressupõe, conforme o entendimento da Advocacia Geral da União (BRASIL, 2022), uma decisão judicial, transitada em julgado, que confirme a prática delituosa. Mas, no caso da demissão por ato de improbidade administrativa, cuja via processual própria está presente na ordem jurídica desde a vigência da Lei 8.429/1992, não haveria a mesma obrigação? Ou seja: esperar o trânsito em julgado da ação de improbidade? Em caso de resposta negativa, seria possível o Direito Administrativo Sancionador submeter o servidor a dois processos (um administrativo e outro judicial) pela prática do mesmo ato? E, ainda, tais procedimentos, por serem autônomos, poderiam produzir decisões contraditórias? Como superar tais problemas na aplicação da maior sanção do Direito Administrativo sancionatório?

A sobreposição de sistemas e de subsistemas punitivos não é privilégio da ordem jurídica brasileira. No Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), dois casos chamaram a atenção da doutrina nos últimos anos, no primeiro (*Oztürk v. Alemanha*), determinou-se que os princípios jurídico-penais deveriam se estender ao âmbito do direito administrativo sancionador, que pertenceria ao sistema penal em sentido lato. O segundo, oriundo da Itália ("*Grande Stevens v. Italia*"), considerou que decisões administrativas sancionatórias anteriores impediriam de se levar a cabo processos criminais pelos mesmos fatos. As decisões do TEDH possuem forte carga persuasiva e devem servir de combustível reflexivo ao debate, pois não há razoabilidade em se sustentar que, em um mesmo sistema punitivo estatal sejam aplicadas duas sanções pelo cometimento de um mesmo ato. Mais grave ainda, no caso brasileiro, é a possibilidade de se punir duplamente, no âmbito de um único subsistema disciplinar, um mesmo agente pela prática de um único ato delituoso, como ocorre no caso da improbidade administrativa, que pertence ao subsistema do Direito Administrativo Sancionador e é manejada tanto pelo Judiciário, quanto pelo Executivo.

As respostas para as perguntas colocadas acima dependem de uma outra questão, qual seja, a identidade do Direito Administrativo Sancionador. Prevalece o entendimento de que há um gênero comum denominado Direito Público Sancionador, no qual estariam contidas as espécies: Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. Inexistindo, assim, uma diferença fundamental entre tais instâncias sancionatórias (OLIVEIRA, 2011). Assim, podemos entender que a sanção por ato de improbidade administrativa prevista na Lei 8.429/1992 estaria inserida no Direito Administrativo Sancionador, como o faz o Supremo Tribunal Federal, mesmo sendo aplicada no âmbito judicial e conhecida como sanção civil. (OLIVEIRA, 2012.)

3. O Estado de Direito e a demissão do servidor público federal por ato de improbidade

Conforme destacado acima, o ato de improbidade administrativa, disposto no artigo 132 da Lei 8.112/1990 é motivo para a demissão do servidor público federal. Até a entrada em vigor da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), havia previsão expressa desta infração somente no estatuto dos servidores civis da União e na Consolidação das Leis Trabalhistas, que estabeleceu, em seu artigo 482, a rescisão do contrato de trabalho por justa causa nesta hipótese.

Sem a referência da Lei 8.429/1992, o ato de improbidade era definido como ato de desonestidade, deslealdade, falta de retidão, atuação maliciosa ou perniciosa, ou mesmo um desvio de conduta ético-moral com os seus deveres, sejam trabalhistas ou estatutários. A aplicação de ambas as sanções, tanto na seara trabalhista quanto naquela atinente ao regime disciplinar dos servidores públicos, se desenhava no âmbito de uma discricionariedade ampla, tamanha era a abertura de tais comandos normativos sancionatórios. Há quem entenda que esta abertura normativa seja a melhor técnica para determinar as infrações disciplinares, uma vez que seria "impossível precisar previamente e de forma detalhada, os deveres profissionais do agente público, sem que se exclua a exigência de concretizar, em cada caso, a conduta praticada e sua conexão com a violação antijurídica dos deveres administrativos" (GUARDIA, 2014).

A abertura demasiada de um comando normativo punitivo merece, ao menos, ser questionada e ponderada à luz da sua insegurança jurídica e da possibilidade do abuso do direito de punir, quiçá como instrumento de vingança política, pois o ato de improbidade administrativa deve ser interpretado para além de um mero descumprimento da norma de regência, devendo estar presente, principalmente, uma intenção dolosa do agente.

Embora já houvesse previsão na Constituição Federal (Art. 37, §4º) sobre os atos de improbidade, a sobredita norma constitucional se limitou a descrever as suas consequências, bem como que o tratamento por ela dispensado não traria prejuízo para eventual ação penal cabível. Foi com o advento da Lei de Improbidade em 1992, que o ato de improbidade passou a ser classificado em três modalidades: (1) aquele que resulta enriquecimento ilícito; (2) ações que provoquem dados ao erário; e (3) violações aos princípios da Administração. Cumpre ressaltar, neste ponto, que o § 1º, do artigo 1º, da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021, fez a ressalva da existência de outros atos de improbidade previstos e tipificados em leis especiais, sendo a Lei de Conflito de Interesses (Lei nº 12.813/2013, artigos 5º e 6º e 12) a única a definir de forma específica outros atos de improbidade e, mesmo assim, nos remete à classificação estabelecida nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade.

A Controladoria Geral da União - CGU recomentou, em seu Manual de Processo Administrativo Disciplinar a utilização, quando da aplicação da sanção disciplinar descrita no artigo 132, VI, da Lei 8.112/1990, dos conceitos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992, como segue:

> No plano prático, aconselha-se às comissões disciplinares a fazer uso dos conceitos de improbidade administrativa previstos na Lei nº 8.429/92, para o preenchimento do conceito do tipo indisciplinar previsto no art. 132, IV, mas com a recomendação de não enquadrarem a conduta tão-somente nos arts. 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92, posto ser norma voltada às sanções civis dos agentes públicos pela prática de ato de improbidade.
> Enquadrar a conduta apenas nos referidos dispositivos poderia ensejar a necessidade de manifestação do Ministério Público ou do Poder Judiciário acerca da configuração ou não da prática de ato de improbidade administrativa, a despeito da efetiva independência das instâncias civil e administrativa.
> (BRASIL, 2022)

Neste mesmo manual, o supracitado órgão de controle também ressalta, apesar da recomendação acima, que a autoridade administrativa não depende de qualquer influência externa para definir o ato de improbidade administrativa, uma vez que estaria acobertada pela teoria da independência das instâncias de poder.

> A própria autoridade administrativa tem competência para definição do ilícito específico de improbidade administrativa, não dependendo de prévia apreciação externa. Esta independência de instâncias, especialmente no que concerne à própria definição do ato de improbidade, é extraída de interpretação sistemática de dispositivos da Lei nº 8.429/92, conjugados com a previsão do art. 132, IV, da Lei nº 8.112/90.

Vê-se que a CGU recomenda que a autoridade administrativa, ao punir um servidor por ato de improbidade administrativa, fundamente sua decisão nos conceitos da lei 8.429/1992, mas não a utilize com exclusividade, pois tal fundamentação poderia ensejar a necessidade de manifestação do Ministério Público. Com todo respeito que merece a CGU, parece que o órgão criou uma forma de "jeitinho jurídico", ou seja, uma forma de "driblar" o Ministério Público, tomando a exclusividade da persecução e condenação para si. Por outro lado, a CGU, ao tratar da demissão do servidor público por crime contra a administração pública, subordina o juízo administrativo ao trânsito em julgado de sentença condenatória criminal. Se a decisão judicial parece ser "melhor", "superior" ou algo assemelhado, dever-se-ia utilizar o mesmo critério em ambos os casos, o que não é feito e se utiliza "dois pesos e duas medidas"

A maioria da doutrina e jurisprudência inclui a sanção por ato de improbidade, prevista na Lei 8.429/1992, no rol de sanções pertencentes ao sistema do Direito Administrativo Sancionador (VORONOFF, 2018), o que guarda coerência, inclusive, com o art. 8.4 do Pacto de São José da Costa Rica que dispõe que o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá se submetido a novo processo pelos mesmos fatos. O debate pode, ainda, ser alimentado pela ideia de sistema, trazida pela Lei 14.230/2021, que alterou a lei anterior e instituiu um "sistema de responsabilização por atos de improbidade", cujo objetivo é tutelar a probidade na organização e exercício das funções do Estado. A partir de então, poder-se-ia inferir que a demissão de um servidor por ato de improbidade, com fulcro no art. 132, IV da Lei 8.112/1990, estaria inserida neste sobredito sistema, exigindo-se, como típico de qualquer sistema, que suas normas não sejam contraditórias, o que naturalmente ocorre ao se admitir a duplicidade, sem vinculações, de esferas julgadoras. Afinal, poderiam haver decisões contraditórias entre as esferas cíveis e administrativas, o que reforça, o que reforçaria, ainda mais, a ideia de *non bis in idem* sancionatório. O descuido com o *non bis in idem* promoveria questões inusitadas, como a possibilidade de demissão por improbidade administrativa em um processo administrativo disciplinar e a absolvição em processo judicial de improbidade administrativa ou vice-versa, gerando insegurança jurídica.

O poder Judiciário, em especial o Superior Tribunal de Justiça, tem se manifestado pelo reconhecimento da independência das esferas administrativas e judiciais, como segue

> A autoridade administrativa pode aplicar a pena de demissão quando em processo administrativo disciplinar é apurada a prática de ato de improbidade por servidor público, tendo em vista a independência das instâncias civil, penal e administrativa. (EDcl no MS 17873/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/08/2013, DJe 09/09/2013; RMS 47351/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 26/06/2020)
>
> A Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992) não revogou, de forma tácita ou expressa, os dispositivos da Lei n. 8.112/1990, em relação aos processos administrativos disciplinares. (AgRg nos EDcl no REsp 1459867/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 13/11/2015)
>
> É possível utilizar a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.492/1992), em interpretação sistemática, para definir o tipo previsto no art. 132, IV, da Lei n. 8.112/1990 e justificar a aplicação de pena de demissão a servidor. (: MS 21937/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/08/2019, DJe 23/10/2019)
>
> Compete à autoridade administrativa aplicar a servidor público a pena de demissão em razão da prática de improbidade administrativa,

> independentemente de prévia condenação, por autoridade judicial, à perda da função pública. (MS 18761/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/06/2019, DJe 01/07/2019; Súmula n. 651/STJ)

Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, um servidor público federal pode ser demitido por ato de improbidade administrativa em processo administrativo disciplinar, independentemente de uma condenação sob o rito da Lei 8.429/1992, com fundamento na independência entre as instâncias, mas admite que a autoridade administrativa, ao aplicar a pena de demissão no âmbito de um processo administrativo disciplinar, se utilize da Lei 8.429/1992 para definir o tipo previsto no art. 132, IV, da Lei n. 8.112/1990.

Apesar de reconhecer a drasticidade da penalidade de perda do cargo, bem como da existência do princípio do *non bis in idem*, a segunda Turma do STJ firmou entendimento no REsp nº 1.364.075/ DF de que a que a demissão em Processo Administrativo Disciplinar (PAD) não impede posterior condenação judicial à perda da função pública em ação de improbidade. Desse modo, não obstante toda a argumentação trazida pela Doutrina, sobre a matéria em questão, por melhor que seja sua fundamentação, ao fim e ao cabo, prevalece o ato de vontade dos órgãos competentes para aplicar a lei, mesmo que seja para legitimar um bombardeio de sanções de igual natureza, e pela prática de um mesmo ato.

Conclusão

Partindo das premissas apresentadas por Hans Kelsen sobre a interpretação do Direito, Tercio Sampaio Ferraz nos instigou a desvendar o que denominou de "Desafio Kelsiano", ou seja, "Não teria, pois, realmente, nenhum valor racional procurar um fundamento teórico para a atividade metódica da doutrina, quando esta busca e atinge o sentido unívoco das palavras da lei?" (FERRAZ Jr., 2022) Na busca por uma resposta ao desafio, constatou-se haver um ordenamento jurídico carregado de palavras e expressões abertas e indeterminadas, o que proporciona a interpretação e aplicação do direito com considerável carga de discricionariedade. Nestes casos, a moldura normativa, descrita por Hans Kelsen, é bastante larga e permite que cada aplicador valore e determine a prescrição contida no texto da lei, segundo suas pré-compreensões, que podem ser muito distintas daquelas oferecidas por outros operadores do direito, criando-se normas individuais bastante díspares, o que atenta, naturalmente, contra a segurança jurídica. A superação deste desafio pode não ser totalmente possível, mas, em muitos casos, o manejo dos princípios e dos valores expostos na ordem constitucional nos auxiliam na busca pela interpretação mais razoável, mais adequada.

É de se esperar que as autoridades competentes para aplicar o direito estejam atentas aos valores constitucionais, pois a condenação por ato de improbidade é extremamente severa e não deve ser realizada de forma desproporcional ao ato praticado e muito menos em duplicidade. Assim, em que pese a necessidade de preservar a probidade como valor indiscutível ao serviço público, não é possível prescindir-se dos direitos e garantias fundamentais existentes no ordenamento jurídico.

O Estado de Direito, através do princípio da segurança jurídica, é o principal fiador do *non bis in idem*. São dois os núcleos da segurança jurídica: (1) certeza e (2) estabilidade. A certeza busca garantir o conhecimento seguro das normas jurídicas, para que haja previsibilidade das consequências jurídicas, ou seja, da produção da norma individual. (VALIM, 2010). Assim, é necessário que se possua, com antecedência, o conhecimento sobre as possíveis aplicações das normas sancionadoras, pois o Estado só deve punir quando tiver dado ao infrator as condições necessárias para saber, previamente e com razoável grau de certeza, que poderiam ser as consequências de seus atos. (PRADO FILHO, 2013). A duplicidade de sanções ou a incerteza sobre qual autoridade possui competência para julgar o caso promove o excesso sancionatório da Administração Pública, pois aniquila a previsibilidade da sanção que poderia ser imposta ao agente, pela prática de ato ilícito. Afinal, aproximando-se dos ditames do princípio da reserva de lei, a Segurança Jurídica, através da necessária certeza, exige que todos possuam o direito de saber com a devida antecedência quais as possíveis consequências de seus atos.

Já sob o prisma da estabilidade, constituem-se o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. (VALIM, 2010), mas também não pode o Estado, após exercer a persecução da improbidade em uma de suas esferas possíveis, pretender realizar a nova análise dos mesmos fatos, sob o argumento de que errou ou omitiu elemento que poderia modificar a compreensão sua compreensão. Caso o Estado aja desta forma, viola o princípio da confiança legítima, segundo o qual não é possível que o Estada maneje argumentos de forma contraditória no tempo, modificando sua compreensão sobre fatos e direito segundo os resultados de pelejas jurídicas. (COUTO E SILVA, 2005). Ao Estado não é conferido o direito à uma "segunda chance", não sendo possível, na vigência do Estado de Direito, submeter-se o cidadão ao mero desejo de punição de qualquer um dos Poderes.

Referências Bibliográficas

AGUIAR, Renan. Estado e Direito. In: FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladymir Lombardo. (Org.). **Curso de Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

AGUIAR, Renan. O Estado de Direito e a Fundação Teórica da Democracia Burguesa. In: Mello, Cleyson de Moraes; Mezzaroba, Orides; Borba, Rogério. (Org.). **Estudos em homenagem ao professor Aurélio Wander Bastos**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020.

BRASIL, Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021.

BRASIL, Lei nº 8.112, de 11 de dezembro 1990.

BRASIL. Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013.

BRASIL. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar da Controladoria Geral da União** – CGU, Brasília, maio 2022. Disponível em: (https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/68219/10/Manual_PAD%20_2022%20%281%29.pdf). Acesso em 12/09/2022.

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

FERRAZ JUNIOR, Tercio Ferraz. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 11. Ed. São Paulo. Atlas. 2022.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. Saraiva Educação SA, 2021.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Tradução de Flávio Paulo Meuer. 15. ed. – Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015.

GUARDIA. Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios Processuais no Direito Administrativo Sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. **Revista**

da Faculdade de Direito da Univiversidade de São Paulo v. 109 p. 773 - 793 jan./dez. 2014

GUSSOLI, Felipe Klein. "Processamento Por Improbidade Administrativa e Proibição Do Bis in Idem Pelo Pacto De São José Da Costa Rica." **Cadernos Da Ordem Dos Advogados Do Brasil**, 2019.

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

MACIEL, José Fabio Rodrigues; AGUIAR, Renan. **Manual de história do direito. São Paulo: Saraiva, 2019**.

MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do ne bis in idem e a Constituição Brasileira de 1988. **Boletim Científico**, Brasília, ano. 4, n. 16, p. 11-75, jul./set. 2005.

MENDONÇA JÚNIOR, Etéocles Brito; LIMA, Ricardo Alves de. Non bis in idem penal, processual e na sanção administrativa. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 6, n. 01, p. 99-142, 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro. Renovar, 2006.

OLIVEIRA, Ana Carolina. **Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador:** o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2012

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico**. – rda – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 256, p. 129-63, jan./abr. 2011.

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.

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

VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil**: justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2018.