

Edilson Pereira Nobre Júnior

Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Realiza investigação em sede de Pós-Doutoramento perante o Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra sob a supervisão do Professor Doutor Licínio Martins. Desembargador do Tribunal Regional Federal da Quinta Região.

Ana Cristina Aguilar Viana

Doutoranda em Direito Público e Fiscal pela Paris 1 Panthéon-Sorbonne e em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Diretora Jurídica do Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro – IDASAN. Advogada, professora e pesquisadora.
e-mail: anacristina_av@hotmail.com

Marília Barros Xavier

Doutoranda em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Advogada, professora e pesquisadora.
e-mail: mariliabarrosadv@me.com

A partir da segunda metade do século passado, tanto motivos de natureza política, caracterizados pela derrocada de regimes de exceção, com sua conversão às fileiras do Estado constitucional de Direito, ou – e principalmente – fatores de cunho técnico, como a ampliação do espaço da ação regulatória da Administração Pública, a qual se expandiu de forma aligeirada por novos e especializados setores, dentre os quais, numa perspectiva recentíssima, notabiliza-se o desafio do combate à corrupção, fizeram com que o direito administrativo sancionador alcançasse uma relevância de densidade inconteste.

É nesse contexto que se insere a presente obra. Para além do cumprimento da função social do livro, voltada a proporcionar uma leitura agradável ao leitor, a obra satisfaz, simultaneamente, à tentativa de se implementar, numa densa medida, a funcionalidade do estudo do direito comparado, sob a ótica: a) da melhoria das instituições jurídicas de um país; b) do aprimoramento do conhecimento do direito nacional; c) do enriquecimento do intercâmbio jurídico-cultural internacional; e d) da facilitação da unificação de legislações por áreas.



**DIREITO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR COMPARADO**

VOLUME 01

**DIREITO
ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR
COMPARADO**

COORDENADORES

Edilson Pereira Nobre Júnior
Ana Cristina Aguilar Viana
Marília Barros Xavier

DIREÇÃO

José Roberto Pimenta Oliveira
Francisco Zardo
Alice Voronoff

AUTORES

Ana Cristina Aguilar Viana - João Nuno Calvão da Silva - Rafael Wallbach Schwind
Marília Barros Xavier - Edilson Pereira Nobre Júnior - Adriano Farias Puerari
Dinorá Adelaide Musetti Grotti - José Roberto Pimenta Oliveira
Bruna Borghetti Camara Ferreira Rosa - Diogo Uehbe Lima
Theresa Nóbrega - Reynaldo Jorge Lam Peña



O Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro – IDASAN definiu o direito comparado como um dos temas que integrarão a Coleção de Direito Administrativo Sancionador promovida pelo Instituto, além de criar comissão específica sobre a temática. A pesquisa resultou exitosa. Prova disso são os dez trabalhos que ora se publicam, voltados a trazer ao leitor uma visão atual e ampla da matéria em outros ordenamentos jurídicos e seu cotejo com o direito brasileiro.

COLEÇÃO DE
DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

VOLUME 01

DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMPARADO

COORDENADORES

Edilson Pereira Nobre Júnior
Ana Cristina Aguilar Viana
Marília Barros Xavier

DIREÇÃO

José Roberto Pimenta Oliveira
Francisco Zardo
Alice Voronoff

AUTORES

Ana Cristina Aguilar Viana - João Nuno Calvão da Silva - Rafael Wallbach Schwind
Marília Barros Xavier - Edilson Pereira Nobre Júnior - Adriano Farias Puerari
Dinorá Adelaide Musetti Grotti - José Roberto Pimenta Oliveira
Bruna Borghetti Camara Ferreira Rosa - Diogo Uehbe Lima
Theresa Nóbrega - Reynaldo Jorge Lam Peña



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO DA COLEÇÃO DE DIREITO	
ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	17
APRESENTAÇÃO DA OBRA	21
SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E PROTEÇÃO DE DADOS: COMPARATIVO ENTRE O BRASIL E A UNIÃO EUROPÉIA	27

Ana Cristina Aguilar Viana

1. Introdução e nortes metodológicos	27
2. Percurso histórico das normas de proteção de dados	28
3. Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD): contexto e sanções	33
4. Lei Geral de Proteção de dados pessoais (LGPD): contexto e sanções	42
5. RGPD e LGPD: quadros comparativos.....	47
6. Considerações finais.....	50
Referências	57

PODERES SANCIONATÓRIOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: EXEMPLOS DE PORTUGAL E DA UNIÃO EUROPEIA	61
---	----

João Nuno Calvão da Silva

1. Estado Regulador: breve descrição	61
2. Agências Reguladoras: notas gerais	63
3. Poderes (em especial, sancionatórios) das Agências Reguladoras Independentes em Portugal	66
4. Poderes (em especial, sancionatórios) das Agências Reguladoras Independentes na União Europeia	71
5. Considerações finais.....	79
Referências	80

O SELF-CLEANING NO DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU E
SUA COMPATIBILIDADE COM O DIREITO BRASILEIRO85

Rafael Wallbach Schwind

1. Introdução.....	86
2. A suspensão do direito de participar de contratos públicos na União Europeia.....	87
2.1. As causas mandatórias de exclusão (mandatory exclusions)	87
2.2. As causas discricionárias de exclusão (discretionary exclusions)	88
2.3. Os objetivos das exclusões dos procedimentos de contratação pública	91
2.4. Dificuldades relacionadas à exclusão das contratações públicas	94
2.5. As medidas de self-cleaning como uma abordagem alternativa	95
3. Os fundamentos do self-cleaning no direito comunitário europeu	95
3.1. O conceito de self-cleaning	95
3.2. Os objetivos das medidas de self-cleaning.....	97
4. A positivação do conceito self-cleaning no direito comunitário europeu	99
4.1. Antecedentes	100
4.1.1. A possibilidade de afastamento de causas de exclusão mandatórias	100
4.1.2. A possibilidade de afastamento de causas de exclusão discricionárias.....	101
4.1.3. As menções ao self-cleaning antes da Diretiva atual	102
4.2. A introdução de regras de self-cleaning pela Diretiva nº 2014/24	103
5. A aplicação das medidas de self-cleaning de acordo com a Diretiva nº 2014/24	104
5.1. O âmbito de aplicação do self-cleaning	104
5.2. Não aplicação a decisões judiciais	105

5.3. O objetivo central das medidas de self-cleaning	107
5.4. O conteúdo das medidas de self-cleaning	107
5.4.1. Esclarecimento dos fatos	108
5.4.2. Reparação dos danos	109
5.4.3. Medidas de pessoal.....	110
5.4.4. Medidas estruturais e organizacionais.....	111
5.5. A definição das medidas em cada caso concreto	112
5.6. Critérios para a avaliação das medidas de self-cleaning	112
5.7. O direito a uma análise motivada das medidas adotadas	113
6. Aproximação com o direito brasileiro.....	114
6.1. Semelhança no conteúdo das sanções	114
6.2. Similaridade de princípios aplicáveis.....	115
6.3. Acordos em geral, acordos de leniência, termos de ajustamento de conduta e acordos de não persecução cível: veículos para a aplicação de medidas de self-cleaning	115
6.4. O reconhecimento de efeitos jurídicos a programas de integridade	116
6.5. A reabilitação de empresas.....	116
7. Encerramento	116
Referências	117

PROCESSOS SANCIONATÓRIOS EM BRASIL, PORTUGAL E ESPANHA: PRIMEIROS SIGNOS PARA UM ESTUDO NO DIREITO ADMINISTRATIVO DO NE BIS IN IDEM EM SUA VERTENTE PROCESSUAL

Marília Barros Xavier

1. Introdução.....	121
2. O sistema português no plano processual do ne bis in idem: algumas comparações com o Brasil	122
3. O sistema espanhol no plano processual do ne bis in idem: algumas comparações com o Brasil	135
4. Fecho	148
5. Considerações finais.....	149

Referências	149
-------------------	-----

A RESERVA LEGAL E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO MODELO BRASILEIRO E A CIVIL LAW	153
---	-----

Edilson Pereira Nobre Júnior

1. Esclarecimentos prévios	154
2 O direito sancionador administrativo e a reserva de lei	162
2.1 A consagração constitucional da reserva de lei para as infrações administrativas	164
2.2 A extensão às sanções administrativas do princípio da legalidade do direito penal.	170
2.3 Adoção de um modelo específico quanto à legalidade para as infrações administrativas (ilícito de mera ordenação social)	180
3 Palavras finais	188
Referências	191

O DIREITO DE MERA ORDENAÇÃO SOCIAL PORTUGUÊS COMO RUMO DE INSPIRAÇÃO AO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR BRASILEIRO	195
---	-----

Adriano Farias Puerari

1. Introdução.....	195
2. O Direito das contraordenações: a experiência alemã.....	198
3. O Direito de mera ordenação social português	205
4. O direito de mera ordenação social português como guia de superação do problema da independência entre as instâncias do direito administrativo sancionador e do direito penal	218
5. Considerações finais.....	225
Referências	227

DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E LGPD: BREVE ESTUDO DAS CONTRIBUIÇÕES DA PROTEÇÃO DE DADOS	
---	--

PESSOAS EM PORTUGAL PARA A COMPREENSÃO DO DAS
DA LGPD231

Dinorá Adelaide Musetti Grotti

José Roberto Pimenta Oliveira

Bruna Borghetti Camara Ferreira Rosa

1. Introdução.....	232
2. Direito Comparado e Direito Administrativo Sancionador Brasileiro	235
3. LGPD e Direito Administrativo Sancionador	242
3.1 Infrações, medidas cautelares e sanções previstas na LGPD ...	245
3.2 Âmbito pessoal de aplicação das sanções da LGPD	254
3.3 Necessidade de regulamentação do regime sancionatório da LGPD	260
3.4 Responsabilização por violações da LGPD no período de vacatio legis	263
3.5 Princípio do non bis in idem na aplicação das sanções da LGPD	267
3.6 Conciliação entre controlador e titular dos dados e seus efeitos nas potestades sancionadoras unilaterais da LGPD	271
4. Jurisprudência do STF em matéria de LGPD.....	274
5. Regime de proteção de dados em Portugal e possíveis contribuições para o DAS da LGPD brasileira	276
6. Conclusões	287
Referências	289

CONSENSUALIDADE E PROCESSO SANCIONADOR NO
MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS: UMA ANÁLISE
COMPARADA ENTRE BRASIL E EUA295

Diogo Uehbe Lima

1. Introdução.....	295
2. Direito administrativo globalizado e integração regulatória no mercado de valores mobiliários.....	300

3. A evolução da consensualidade no direito administrativo sancionador brasileiro	309
4. CVM: termo de compromisso e acordo de supervisão	316
5. SEC: cooperation agreement (CA), deferred prosecution agreement (DPA) e non-prosecution agreement (NPA).....	328
6. Breves reflexões comparativas	341
7. Conclusões	344
Referências	346

CONTRATOS PÚBLICOS NA EMERGÊNCIA EM SAÚDE PÚBLICA DA COVID-19: DIÁLOGOS ENTRE BRASIL, ARGENTINA, COLÔMBIA E MÉXICO.....355

Theresa Nóbrega

1. Introdução.....	355
2. A internacionalização do direito administrativo: o global e o local em tempos de COVID-19.....	361
3. O Brasil diante da OCDE: considerações gerais.....	369
4. Contratos públicos em tempos de COVID-19: relatório das medidas legislativas na Argentina, Brasil, Colômbia e México	372
4.1. A legislação de emergência nos contratos públicos da Argentina	373
4.2. A legislação de emergência nos contratos públicos do Brasil.....	376
4.3. A legislação de emergência nos contratos públicos da Colômbia	382
4.4. A legislação de emergência nos contratos públicos do México	393
5. Quadro comparativo: o comparável e o incomparável.....	396
6. Reflexões sobre a reordenação do desafio do Brasil diante da OCDE	400
7. Considerações Finais.....	403
Referências	406

EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO EN LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. REFLEXIONES TRAS LA
CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL «DEBIDO PROCEDIMIENTO»
ADMINISTRATIVO EN CUBA.....415

Reynaldo Jorge Lam Peña

1. Glosas introductorias	415
2. El procedimiento administrativo disciplinario como elemento de la potestad disciplinaria	419
3. El debido procedimiento como principio jurídico.....	423
4. El procedimiento administrativo disciplinario en Cuba	426
5. Retos en pos de la armonización del principio del debido procedimiento disciplinario en Cuba.....	435
a Principio de igualdad de partes.....	436
b Principio de imparcialidad.....	437
c Principio de contradicción	438
d Principio de razonabilidad.....	440
e Principio de prescripción	441
f Principio de reformatio in peius.....	443
6. Conclusiones	445
Referencias	446

APRESENTAÇÃO DA OBRA

O Direito, por sua imanência social, constitui um fenômeno universal. Contudo, isso não quer dizer que a sua manifestação se pauta por uma invencível uniformidade. Razões de ordem cultural, social, econômica ou histórica fazem com que das suas manifestações se verifiquem semelhanças e diferenças quanto ao tratamento dos problemas em torno dos quais gravitam os conflitos de interesse, conforme se apresente a correspondente ordem jurídica.

Daí a indispensabilidade da atenção de o jurista ir além do sistema jurídico do seu país, projetando-se sobre a experiência que outros povos vivenciaram. Assim se impõe tanto que, consoante destacado por Leontin-Jean Constantinesco¹, o direito comparado, ao qual é pelo autor atribuída a qualidade de ciência, resulta de dois fenômenos principais. São eles a necessidade de ampliação do nosso horizonte histórico e científico e, igualmente, a cada vez mais a mais radical e cada vez mais acelerada transformação pela qual passa o mundo.

Isso se torna evidente quando se tem que o século XXI nos transporta para um cenário mundial global, assinalado pelas comunicações cada vez mais velozes e eficientes, bem como pelo deslocamento de pessoas – e até mesmo conjuntos populacionais – para os mais variados e distantes locais do planeta.

A dinâmica social – inevitavelmente complexa e indefinida – faz com que assome importante para o profissional jurídico (juiz, advogado, membro do Ministério Público etc.) o conhecimento das soluções que noutros lugares do Globo são elaboradas para o enfretamento das situações de conflito, as quais vêm se apresentando, na atualidade, com um cariz cada vez mais homogêneo.

¹ Tratado de direito comparado. Introdução ao direito comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 1988, p. 8. Edição brasileira organizado por Maria Cristina Di Cicco. A edição dos originais em alemão e francês recua aos anos de 1971 e 1972, respectivamente.

Por isso, numa boa hora e, ainda, com um toque providencial, o Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro - IDASAN, sob a bússola dos Professores José Roberto Pimenta, Francisco Zardo e Alice Voronoff, inseriu no âmbito dos livros que irão integrar a Coleção de Direito Administrativo Sancionador volume dedicado ao direito comparado (Caderno de Direito Comparado), além da criação de comissão sobre a temática.

Não poderia ser diferente. A partir da segunda metade da centúria passada, tanto por motivos de natureza política, caracterizados pela derrocada de regimes de exceção, com sua conversão às fileiras do Estado constitucional de Direito, quanto – e principalmente – por fatores de cunho técnico, tais como a ampliação do espaço da ação regulatória da Administração Pública, a qual se expandiu de forma aligeirada por novos e especializados setores, dentre os quais, numa perspectiva recentíssima, notabiliza-se o desafio do combate à corrupção, fizeram com que essa fração do direito administrativo, qual seja o direito administrativo sancionador, alcançasse uma relevância de densidade inconteste.

A pesquisa resultou exitosa. Prova disso são os nove trabalhos que se publicam, os quais não se furtaram à metodologia adequada. De início, cônica não somente dos proveitos, mas também dos riscos trazidos com a sociedade da informação, e, ao mesmo tempo, numa tentativa de melhor compreensão acerca de nosso primeiro diploma legal protetivo de dados pessoais (Lei nº 13.709/2018 – LGPD), Ana Cristina Aguilar Viana se lançou a um propósito comparativo com a disciplina predominante na União Europeia (atualmente, o Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu), no que concerne à atividade de fiscalização e as sanções aplicáveis.

A percepção da importância do desempenho da função administrativa transnacional da mesma forma constou de João Nuno Calvão Silva, o qual procedeu à análise com detença sobre a competência de supervisão e sancionatória das agências da União Europeia,

distinguindo as peculiaridades das autoridades de regulação financeira frente às demais agências no plano institucional da União.

A fonte de inspiração do direito comunitário igualmente esteve presente na pena de Rafael Wallbach Schwind, o qual se propôs a investigar o instituto da competência de exclusão do direito de celebração de contratos administrativo (*self-cleaning*), gizado pelo artigo 57º da Diretiva 2014/24. O texto – e muito - vai além das exigências de erudição, pervagando a senda da utilidade prática, ao discorrer sobre a compatibilidade do instituto ao sistema jurídico nacional.

A projeção ibérica, no campo da família romano-germânica, mostra-se presente, seja com base nos sistemas lusitano e espanhol como com fundamento nestes e seus reflexos nos sul-americanos. Para tanto, ver a preocupação de Marília Barros Xavier com o princípio da vedação do *bis in idem*, delineando uma exposição, para fins de confronto, do panorama vivenciado em Portugal, Espanha e Brasil, sob a ênfase da prevalência do processo penal diante do procedimento administrativo.

Numa linha de pensar semelhante, Edilson Pereira Nobre Júnior expôs uma visão comparativa em torno do alcance atual do princípio da reserva legal, descortinando – a partir da influência imposta pelo tratamento constitucional - três modelos, envolvendo, para esse fim, os sistemas jurídicos da Espanha, Portugal, Brasil, Argentina e Colômbia.

Por sua vez, Adriano Farias Puerari se volta ao exame, com lastro no direito lusitano, mas sem esquecer as suas origens germânicas, do direito das contraordenações (ilícito de mera ordenação sociais), formulando uma comparação com o direito brasileiro quanto à especificidade da questão inerente à independência das instâncias do direito sancionador administrativo e do direito penal.

Complementando, com laivos de contemporaneidade, o exame sobre o relacionamento dos sistemas pátrio e português, é o contributo de Dinorá Adelaide Musetti Grotti, José Roberto Pimenta Oliveira e Bruna Borghetti Câmara Ferreira Rosa. Versa sobre as facetas essenciais da competência sancionatória no âmbito da proteção de dados pessoais, no qual, com objetividade, delineiam-se questionamentos relativos ao

âmbito de aplicação das sanções administrativas, às medidas cautelares, à proscrição do *bis in idem*, a consensualidade, entre outros, traçando-se, assim, um indispensável e alvissareiro confronto entre a Lei 13.708/2018 e a também Lei 58/2019, editada diante das diretrizes do Regulamento 2016/679 da União Europeia.

A família da *common law* – que, nos dias que correm, parece se aproximar gradativamente da romano-germânica – granjeou a atenção de Diogo Uehbe Lima, ao se voltar à influência da consensualidade no direito sancionador relativo ao mercado de valores mobiliários, trançando uma visão geral em torno das diferenças e semelhanças entre os modelos norte-americano e brasileiro.

Considerando as afinidades sociais e econômicas, decorrente de um semelhante passado e presente, não faltou inspiração para a comparação entre os sistemas jurídicos latino-americanos. Exemplo se encontra em Theresa Nóbrega quando se propôs a investigar o princípio da legalidade para a regência das contratações administrativas em circunstâncias especiais, na tentativa de visualizar uma aproximação entre Brasil, Argentina, Colômbia e México.

À derradeira, Reynaldo Jorge Lam Peña, atento às recentes transformações do regime jurídico-administrativo cubano, a partir do processo constituinte concluído em 2019, discorre sobre uma nova maneira de se interpretar o regime legal do procedimento administrativo disciplinar, laborando à luz do princípio do devido procedimento, consagrado no artigo 94 do texto sobranceiro.

Para um melhor proveito ao nível de resultados, optou-se, sem exceções, pelo emprego da técnica da microcomparação, examinando-se, desse modo, institucional ou funcionalmente, frações mínimas de relevo integrantes de vários ordenamentos².

O mais importante é que, demais do cumprimento da função social do livro, qual seja a de proporcionar uma leitura agradável ao

² Ver, no particular, Jorge Miranda (Sobre o direito constitucional comparado. Revista de Direito Constitucional Internacional, vol. 55, p. 246, abril/junho de 2006).

leitor, a obra satisfaz, simultaneamente, à tentativa de se implementar, numa densa medida, a funcionalidade do estudo do direito comparado, consistente: a) na melhoria das instituições jurídicas de um país; b) no melhor conhecimento do direito nacional; c) no enriquecimento do intercambio jurídico-cultural internacional; d) em facilitar a unificação de legislações por áreas³.

No mais, é de se invocar o pioneirismo de Beviláqua, quando, a propósito do ensinamento de Duquesne, pôde concluir que “aquelle que conhece sómente a sua legislação habitua-se, pouco a pouco, com as suas faltas e se inclina a considerá-la perfeita; e um olhar sobre o direito estrangeiro mostra-nos que outros povos encontraram, para os mesmos problemas que nos preocupam, outras e melhores soluções, propuzeram e resolveram questões que a nossa legislação desconhece”⁴.

Aos leitores, um excelente proveito.

São Paulo (SP), 08 de janeiro de 2021.

Os Coordenadores.

³ A menção sistematizada a esse arquétipo funcional consta de Graciela Medina (La enseñanza del Derecho Comparado. Estudios de derecho comparado. Buenos Aires: Eudeba, 2016, p. 39-44. Coord.: ABERASTURY, Pedro).

⁴ O desenvolvimento do estudo da legislação comparada. Revista Acadêmica, Faculdade de Direito do Recife, vol. 11, p. 220, 1903. Disponível em: www.periodicos.ufpe.br. A grafia da língua portuguesa recua àquela praticada no início da centúria passada.