

REINCIDÊNCIA NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

RECIDIVISM IN THE SANCTIONING ADMINISTRATIVE LAW

Carlos Ari Sundfeld*
Rodrigo Pagani de Souza**

Como citar: SUNDFELD, Carlos Ari. SOUZA, Rodrigo Pagani de. Reincidência no direito administrativo sancionador. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, n. 1, p.175-203, abr. 2017. DOI: 10.5433/26272-117423-1.2017v12n1p175. ISSN: 1980-511X.

* Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela PUC-SP. Professor Titular da FGV DIREITO SP. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público. Advogado. E-mail: carlos.sundfeld@fgv.br

** Doutor e mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre (LL.M.) pela Yale Law School, nos Estados Unidos. Bacharel pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e da Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. E-mail: rodrigo.pagani@usp.br

Resumo: O artigo discute como, na legislação brasileira, se caracteriza a reincidência de infrações administrativas, para fins de punição agravada.

Palavras-chave: Direito administrativo. Sanção administrativa. Infração administrativa. Reincidência.

Abstract: This paper discusses recidivism in Brazilian administrative law. Nevertheless, Brazilian Legislation typifies it as aggravated punishment.

Keywords: Administrative law. Administrative sanctions. Administrative offenses. Recidivism.

INTRODUÇÃO

O presente estudo procura identificar o regime jurídico da reincidência no direito sancionador administrativo brasileiro, a partir da discussão de seus principais pontos de dúvida.¹

O primeiro debate é se a existência de decisão definitiva quanto à infração administrativa anterior é ou não pressuposto do reconhecimento de que a nova infração caracteriza um caso de reincidência.

A segunda dificuldade é como distinguir a reincidência, que costuma gerar pena agravada, da simples reiteração de infração administrativa, punida com pena comum.

A terceira questão é quanto ao tipo de identidade que precisa haver entre as infrações para que se caracterize a reincidência. O tema é particularmente complexo no âmbito administrativo, pela superposição de legislações punitivas.

Por fim, tendo em conta que todo ato punitivo exige regular motivação, a discussão seguinte é esta: como deve ser a motivação para que o ato administrativo sancionador possa reconhecer a reincidência?

Feitas as considerações sobre todos esses pontos de dúvida, o estudo apresenta uma palavra sobre possível aperfeiçoamento legislativo em matéria de caracterização da reincidência administrativa. A sugestão é de incorporação, às leis gerais de processo administrativo, de solução padronizada para o problema, o que conferiria maior segurança jurídica a este importante tema de nosso direito sancionador.

1 A REINCIDÊNCIA REQUER DECISÃO DEFINITIVA QUANTO

¹ Os autores agradecem a excelente colaboração da professora Vera Monteiro, da FGV Direito SP, e do advogado Liandro Domingos, na pesquisa que serviu de base a este trabalho e na discussão de seus resultados.

A UMA “INCIDÊNCIA”

A figura da reincidência é daquelas pertencentes ao Direito em geral, ao invés de se revelar exclusiva de um ramo qualquer (p.ex., do direito penal, muito lembrado quando se trata da matéria). Em Direito, a reincidência é a prática de nova infração posteriormente à conclusão de processo em que punida outra infração de mesma natureza, cometida pelo mesmo sujeito.

A figura jurídica da reincidência supõe, portanto, que a infração objeto do segundo processo sancionador tenha ocorrido após se tornar definitiva a decisão de sancionar a infração objeto do primeiro processo. Logo, não se verifica propriamente reincidência, de Direito, se ainda não houver uma decisão definitiva acerca da infração paradigma no caso concreto (paradigma no qual o infrator possa reincidir).

Só se pode admitir uma reincidência se houver certeza jurídica quanto a uma “incidência” anterior. Não reincide quem ainda não “incidiu”. E só se pode considerar, com toda certeza, que alguém “incidiu” no passado – isto é, incorreu efetivamente em infração – se houver decisão, fruto do devido processo, que o tenha declarado em definitivo.

Esta “definitividade” da penalização anterior pode ser verificada em âmbito judicial ou administrativo, o que dependerá da legislação aplicável. Algumas leis preveem a figura da reincidência em infrações administrativas (a legislação antitruste, por exemplo), enquanto outras preveem a reincidência em infrações judicialmente decretáveis (é o caso do Código Penal, por exemplo).

Mas tanto na esfera administrativa como na judicial, quando a lei prevê a reincidência, ela está a se reportar a situações em que a infração objeto do segundo processo somente terá sobrevindo quando a infração

objeto do anterior já tiver sido declarada em definitivo.

A figura da reincidência é nesses termos reconhecida por diversas leis no Direito brasileiro. Nelas sobressaem sempre os mesmos aspectos, com destaque para esta exigência de imutabilidade da decisão sancionadora anterior. Vejam-se os múltiplos regramentos setoriais sobre o tema.

A começar pelo Código Penal (que, como dito, costuma ser muito lembrado em matéria de reincidência):

Código Penal (decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, conforme alterado)

[...]

CAPÍTULO III DA APLICAÇÃO DA PENA

Circunstâncias agravantes

Art. 61 – São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I – **a reincidência**; [...] (BRASIL, 1940).

Reincidência

Art. 63 – Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, **depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.**

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I – não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II – não se consideram os crimes militares próprios e políticos”. Grifos acrescentados. (BRASIL, 1940).

No Código Penal, a reincidência somente se verifica quando o agente comete novo crime “depois de transitar em julgado” sentença condenatória anterior (art. 63). (BRASIL, 1940). Este trânsito em julgado da sentença condenatória anterior é, portanto, condição *sine qua non* para a caracterização da reincidência em matéria penal.

A Lei de Contravenções Penais segue na mesma trilha:

Lei das Contravenções Penais (decreto-lei 3.688, de 3 de outubro de 1941, conforme alterado)

PARTE GERAL

[...]

Art. 7º Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção **depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado**, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção”. (BRASIL, 1941, grifo nosso).

A reincidência, segundo esta lei, também supõe um novo ilícito após o trânsito em julgado de sentença condenatória pela prática de ilícito anterior.

Por isso se pode afirmar que, em direito penal ou das contravenções penais, a reincidência pressupõe sentença condenatória irrecorrível.

Exigência análoga se encontra no direito administrativo sancionador – embora, em lugar de sentença irrecorrível (transitada em julgado), exija-se decisão administrativa definitiva.

São exemplos os dispositivos da lei 4.502, de 30 de novembro de 1964, conforme alterada, todos referentes à reincidência em infração tributária:

Lei 4.502, de 30 de novembro de 1964 (“Dispõe sobre o Imposto de Consumo e reorganiza a Diretoria de Rendas Internas”)

Art. 68. A autoridade fixará a pena de multa partindo da pena básica estabelecida para a infração, como se atenuantes houvesse, só a majorando em razão das circunstâncias agravantes ou qualificativas provadas no processo.

§ 1º. **São circunstâncias agravantes:**

I – **a reincidência;**

[...]

Art. 70. Considera-se reincidência a nova infração da legislação do Imposto do Consumo, cometida pela mesma pessoa natural ou jurídica [...], dentro de cinco anos da **data em que passar em julgado, administrativamente, a decisão condenatória referente à infração anterior.**

Parágrafo único. Diz-se a reincidência:

I – genérica, quando as infrações são de natureza diversa;

II – específica, quando as infrações são da mesma natureza, assim entendidas as que tenham a mesma capitulação legal e as referentes a obrigações tributárias previstas num mesmo capítulo desta lei.

[...]

Art. 80. A falta de lançamento do valor, total ou parcial, do imposto sobre produtos industrializados na respectiva nota fiscal ou a falta de recolhimento do imposto lançado sujeitará o contribuinte à multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento) do valor do imposto que deixou de ser lançado ou recolhido.

[...]

§ 6º. O percentual de multa a que se refere o caput deste artigo, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis,

será:

I – aumentado de metade, ocorrendo apenas uma circunstância agravante, exceto a reincidência específica;

II – duplicado, ocorrendo reincidência específica ou mais de uma circunstância agravante e nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 desta Lei (BRASIL, 1964, grifo nosso).

Note-se que um requisito para a caracterização da reincidência, nessa lei, é o haver passado “[...] em julgado, administrativamente, a decisão condenatória referente à infração anterior” (BRASIL, 1964, art. 70).

A lei faz distinção, ainda, entre o que chama de “reincidência genérica” e “reincidência específica”, punindo com percentual duplicado de multa apenas a reincidência específica (BRASIL, 1964, art. 80, § 6º, I e II). Essa distinção diz respeito ao grau de identidade entre as infrações objeto do primeiro e do segundo processos, exigido pela lei para que ambas possam ser consideradas como da mesma natureza para fins de reincidência – tema ao qual se voltará mais adiante no presente estudo.²

O que importa reter, no momento, é a circunstância de que a reincidência também neste caso pressupõe decisão administrativa definitiva atinente à infração objeto de processo anterior.

Pode-se também conferir – ainda no campo do direito

2 Nisto tais disposições da legislação administrativa em matéria tributária parecem se inspirar nas disposições originais do Código Penal brasileiro, que também faziam distinção entre “reincidência geral” e “reincidência específica” para fins criminais, a qual, todavia, veio a ser abolida. Como explica Edgard Magalhães Noronha (1979, p. 278): “Antes do advento da Lei nº. 6.416, a reincidência era classificada em *genérica e específica*, consoante dispunham os parágrafos do art. 46. A primeira ocorreria quando os delitos fossem de diversa natureza; a segunda quando de idêntica natureza. A rigor, anteriormente à nova lei, ainda se discutia o conceito de reincidência específica, e, como lembra DAMÁSIO E. DE JESUS, em mais de trinta anos de vigência do estatuto penal não foi obtida a harmonização da exegese jurisprudencial a respeito da reincidência entre furto e roubo, se genérica ou específica. Para o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em maioria, a reincidência era, simplesmente, genérica. Para o Supremo Tribunal Federal, específica. Com a revogação dos §§ 1º e 2º do art. 46 do Código Penal pela Lei nº 6.416, conclui-se estar abolida a distinção entre reincidência genérica e reincidência específica...”

administrativo sancionador, só que agora em matéria de sanções regulatórias – o conjunto de disposições da lei 9.847, de 26 de outubro de 1999 sobre a reincidência na área de petróleo, gás natural e biocombustíveis:

Lei 9.847, de 26 de outubro de 1999

Art. 8º **A pena de suspensão temporária, total ou parcial, de funcionamento de estabelecimento ou instalação, será aplicada:**

I – quando a multa, em seu valor máximo, não corresponder, em razão da gravidade da infração, à vantagem auferida em decorrência da prática infracional; ou

II – **no caso de segunda reincidência.**

§ 1º **Verifica-se a reincidência quando o infrator pratica uma infração depois da decisão administrativa definitiva que o tenha apenado por qualquer infração prevista nesta Lei.**

§ 2º **Pendendo ação judicial na qual se discuta a imposição de penalidade administrativa, não haverá reincidência até o trânsito em julgado da decisão.** [...]

Art. 9º A pena de cancelamento de registro será aplicada a estabelecimento ou instalação que já tenha tido seu funcionamento suspenso, total ou parcialmente, nos termos previstos no § 4º do artigo anterior.

Art. 10. **A penalidade de revogação de autorização para o exercício de atividade será aplicada quando a pessoa jurídica autorizada: [...]**

III – **reincidir nas infrações previstas nos incisos VIII e XI do art. 3º desta Lei; [...].** (BRASIL, 1999b, grifo nosso).

Também nesse caso a reincidência se verifica pela prática de

infração “depois da decisão administrativa definitiva” de penalização do sujeito por outra infração (art. 8º, §1º).³

Enfim, na esfera penal como na administrativa, a reincidência é figura que sempre se revela pelo mesmo quadro: a prática de nova infração depois de decisão definitiva de penalização do infrator por prática infracional de mesma natureza.

Mesmo quando a legislação não tenha sido explícita a esse respeito, é essa a interpretação oficial que se lhe deu. Nesse sentido, confira-se o caso do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União (BRASIL, 1990), que apresenta as seguintes disposições sobre a reincidência em infração disciplinar:

Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990

“Capítulo V Das Penalidades

Art. 129. A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave.

Art. 130. **A suspensão será aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão**, não podendo exceder de 90 (noventa) dias.
[...]

Art. 131. As penalidades de advertência e de suspensão terão seus registros cancelados, após o decurso de 3 (três) e 5 (cinco) anos de efetivo

3 Tais disposições legais foram regulamentadas por normas da ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, a Resolução ANP 8, de 17 de fevereiro de 2012, que estabeleceu critério temporal para “agravamento da pena de multa pela existência de antecedentes” e para “aplicação das penalidades decorrentes da constatação de reincidência” (AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, 2012, art. 1º).

exercício, respectivamente, se o servidor não houver, nesse período, praticado nova infração disciplinar. Parágrafo único. O cancelamento da penalidade não surtirá efeitos retroativos (BRASIL, 1990, grifo nosso).

A lei não definiu, expressamente, como se caracterizaria a reincidência nela prevista (disse apenas que “em caso de reincidência...”). Porém, sobre o ponto, assim esclareceu o Manual de Processo Administrativo Disciplinar da CGU – Controladoria-Geral da União:

Para caracterização da reincidência, entende-se que é suficiente a ocorrência de uma segunda transgressão disciplinar punível com advertência. Isso significa, na prática, que a CPAD, ao se deparar com transgressão disciplinar punível com advertência, deve, quando constatar que o servidor faltoso já fora devidamente punido anteriormente com advertência ou suspensão, sugerir aplicação de suspensão devido à reincidência. Marcos Salles Teixeira explica:

[...] configura-se a reincidência quando, do cometimento de uma segunda irregularidade, qualquer que seja, punível com advertência **já tenha sido a primeira infração definitivamente julgada na esfera administrativa e a advertência aplicada** [...].

Como resultado, o servidor apenado com advertência, nos últimos 3 (três) anos, ou com suspensão, nos últimos 5 (cinco) anos, deverá, se cometer uma segunda transgressão disciplinar punível com advertência, ser apenado com suspensão. Tal entendimento decorre do art. 131 da Lei nº 8.112/90, que prevê o cancelamento dos registros constantes do assentamento funcional, utilizados para caracterização da reincidência, após 3 (três) anos no caso de advertência ou 5 (cinco) anos no

caso de suspensão.

Alerta-se, porém, que **a penalidade de advertência ou suspensão necessária para caracterizar a reincidência deve ter sido efetivamente aplicada.**

Se a sanção disciplinar não foi aplicada devido à ocorrência de prescrição, a primeira falta disciplinar do servidor transgressor não poderá, devido à extinção da punibilidade, ser considerada para caracterizar reincidência, visto que ela pressupõe a prática de ilícito disciplinar passível de advertência ou suspensão e a devida aplicação da penalidade cabível” (BRASIL, 2014, p. 270, grifo nosso).

[...]

Atente-se para a diferenciação entre concurso material ou formal de infrações e a reincidência, no intuito de se evitar a confusão de conceitos e o consequente erro no reflexo sancionatório. **A condenação em mais de uma hipótese legal no mesmo processo administrativo disciplinar (concurso material ou formal de infrações) não torna o servidor público reincidente. Ele somente o será quando, uma vez condenado e apenado, sobrevier nova condenação em processo distinto, dentro do intervalo de tempo disposto na lei**” (BRASIL, 2014, p. 204, grifo nosso).

Existe regra disciplinar implícita na lei 8.112/90, tal qual interpretada pela CGU, no sentido de que a reincidência somente se verifica quando a prática da infração nova for posterior à decisão administrativa definitiva sobre a infração anterior.

Ou seja, quando a lei fala em “reincidência”, mas não esclarece como ela se caracteriza, reconhece-se que o uso da expressão “reincidência” está ligado à figura invariavelmente reproduzida em distintos diplomas legais. Prova disso está neste regime disciplinar, tal como interpretado pela CGU.

A figura da reincidência tem, pois, esta feição própria, assim sedimentada no Direito brasileiro.

Por isso é que a reincidência é uma figura do Direito em geral. Em todo o direito sancionador brasileiro ela é acolhida da mesma forma, inclusive na seara administrativa. É a prática de nova infração após ter sido punida em definitivo, em processo anterior, outra de mesma natureza, cometida pelo mesmo infrator. Não existe, de Direito, reincidência se não for assim.

Essa diretriz é importante para analisar situações em que, embora a legislação administrativa específica preveja a figura da reincidência (e a punição agravada), não a defina.

É o caso, por exemplo, da atual lei antitruste:

Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011 (vigente)

[...]

Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I – no caso de empresa, 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, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; [...]

§ 1º Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

§ 2º No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do caput deste artigo, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for apresentado

de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea. (BRASIL, 2011, grifo nosso).

Havendo reincidência, aplicam-se em dobro as multas por infração da ordem econômica (art. 37, § 1º), inclusive quando a infração tenha sido cometida por empresa (art. 37, I).

A reincidência é ainda listada como um dos fatores a levar em conta na aplicação de quaisquer das penas previstas (art. 45, VIII). Veja-se:

Lei 12.529/2011 (vigente)

Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração:

- I – a gravidade da infração;
- II – a boa-fé do infrator;
- III – a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- IV – a consumação ou não da infração;
- V – o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;
- VI – os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;
- VII – a situação econômica do infrator; e
- VIII – a reincidência** (BRASIL, 2011, grifo nosso).

Disposições semelhantes encontravam-se na lei antitruste revogada (a lei 8.884, de 11 de junho de 1994), (BRQASIL, 1994)⁴ em que o principal tipo de pena aplicável à infração da ordem econômica

4 Diz-se “revogada” apenas por questão de simplicidade, mas não se olvida o fato de que referida lei 8.884/94 não foi revogada por inteiro pela subsequente lei 12.529/2011. Esta última, ao reestruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, manteve, pelo seu art. 127, intactos os arts. 86 e 87 da lei 8.884/94, os quais introduziram alterações no CPC (Código de Processo Penal) e no CDC (Código de Defesa do Consumidor), respectivamente.

também era a multa (art. 23, I a III). Também previa a lei que, em caso de reincidência, as multas seriam aplicadas em dobro (art. 23, parágrafo único).⁵ A reincidência ainda era prevista como um dos fatores a levar “em consideração” na “aplicação das penas” previstas na lei (art. 27, VIII). Nesses pontos essenciais sobre a reincidência, portanto, a lei nova não trouxe mudanças.

A reincidência é, assim, significativamente apenada pela legislação antitruste – hoje como ontem. Todavia, nada além foi explicitado. Além da sua consequência particularmente gravosa para o infrator (penalização em dobro), a lei não esclarece sobre a reincidência – p.ex., como ela se caracteriza na prática.

Daí a indagação: que é reincidência na legislação antitruste?

As premissas reunidas anteriormente ajudam a compreender como a reincidência se manifesta no âmbito da legislação antitruste. O seu significado só pode ser consentâneo com o da figura do Direito em geral (do contrário, o legislador não teria escolhido a expressão “reincidência” para se reportar ao fenômeno que pretendeu regular, penalizando-o em dobro). Se o legislador se referiu à reincidência é porque quis se reportar à figura jurídica, de significado invariável em múltiplos setores do Direito brasileiro. Com o setor antitruste não foi diferente: nele, reincidência é reincidência, não outra coisa qualquer nomeada com palavra imprópria. Assim, embora a legislação antitruste fale em “reincidência” sem esclarecer como se caracteriza (BRASIL, 2011, art. 37, § 1º), só pode estar se referindo à figura da reincidência em Direito admitida.

Isto supõe que, para se caracterizar a reincidência, há que se verificar a presença do citado elemento temporal entre as infrações

5 “Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: [...] Parágrafo único. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro” (BRASIL, 1994).

consideradas. Só haverá reincidência no âmbito administrativo se a nova infração houver sido posterior à punição definitiva do infrator noutro processo por outra infração de mesma natureza.

2 SIMPLES REITERAÇÃO DE INFRAÇÕES NÃO É REINCIDÊNCIA

Outra distinção conceitual importante é que reiteradas infrações, todas cometidas pelo mesmo sujeito, não constituem, necessariamente, reincidência.

Reiteradas infrações, quando constituam objeto de um mesmo processo e sejam capituladas em mais de uma hipótese legal, podem consistir em “[...] concurso material ou formal de infrações” (como diz o Manual da CGU, interpretando a legislação disciplinar) (BRASIL, 2014). Quando constituam objeto de distintos processos, podem significar mera “reiteração criminal”, como diz a doutrina penalista. Podem, ainda, caracterizar mera “repetição de infrações” na esfera administrativa. Em qualquer caso, tais situações não se confundem com a reincidência, visto que esta, para caracterizar-se, pressupõe decisão definitiva acerca da infração objeto do primeiro processo e superveniência de nova infração de mesma natureza, objeto de um segundo processo.

A explicação de conhecido penalista, a propósito, é elucidativa:

Casos

a) o sujeito comete um crime no dia 10 de janeiro, vindo a praticar outro no dia 12 de janeiro: não é reincidente (trata-se de reiteração criminal); *b)* o sujeito comete um crime; no transcorrer da ação penal, vem a cometer outro: não é reincidente; *c)* o sujeito pratica um crime, sendo condenado, recorre;

enquanto os autos se encontram no Tribunal, vem a cometer outro: não é considerado reincidente (*RT, 503: 350*); *d*) o sujeito, condenado irreccorivelmente pela prática de um crime, dias após pratica novo delito: é considerado reincidente. (JESUS, 2009, p. 234).

Em suma, a decisão judicial transitada em julgado ou a decisão administrativa definitiva (conforme o caso), pela qual se tenha punido o infrator pela prática de infração anterior de mesma natureza, é requisito para que a nova infração cometida pelo infrator possa vir a constituir, propriamente, reincidência. Sem tal decisão irreccorível anterior (na esfera judicial ou administrativa) não pode haver reincidência. Pode até existir repetição de infrações, que é fenômeno distinto. Mas não reincidência.

As consequências da mera repetição de infrações e da reincidência costumam também diferir umas das outras.

Para que se compreenda a diferença, pode-se partir de uma constatação: o legislador é em princípio livre para estipular critérios de agravamento ou atenuação de sanções segundo os parâmetros de justiça que tiver eleito (respeitada, evidentemente, a Constituição).

Um desses critérios tem sido a reincidência. Ela é adotada pelas leis brasileiras, normalmente, como critério de agravamento da pena. E a maneira ou *quantum* de agravamento em função da reincidência, isto é, a consequência jurídica específica da reincidência, tem sido objetivamente definida pelas leis, especialmente as do direito administrativo sancionador: no caso da legislação antitruste (BRASIL, 2011), a pena em dobro (art. 37, § 1º); no da lei tributária (BRASIL, 1964), o aumento de metade do percentual de multa ou a sua duplicação,

conforme o caso (art. 80, § 6º, I e II); no da legislação do petróleo e gás (BRASIL, 1999b), a pena de suspensão temporária de funcionamento (art. 8º, II) ou a pena de revogação de autorização para o exercício de atividade (art. 10, III), conforme o caso; no da lei disciplinar (BRASIL, 1990), a pena de suspensão do servidor por período não excedente a 90 dias (art. 130).

A simples repetição de infrações também pode vir a ser considerada pela lei como circunstância agravante; ou, então, se não estiver prevista expressamente, pode vir a ser tomada pelo aplicador da lei, no momento da dosimetria da pena, como elemento indicativo da presença de alguma outra agravante explicitamente prevista.

Mas, diferentemente da reincidência, o comum é que a mera repetição não dê ensejo a um *quantum* de agravamento preciso, exato, objetivamente estipulado pela legislação administrativa. A mera repetição de infrações tem servido apenas como um dos aspectos a considerar no momento da dosimetria da pena pelo aplicador.⁶

De modo que as majorações específicas de pena, exatas, previstas em comandos legais próprios, na seara do direito administrativo sancionador, têm sido atreladas à reincidência, e não à repetição de infrações. Só podem ser disparadas se estiverem em pauta, efetivamente, situações de reincidência. Não se aplicam diante de situações de mera repetição, que até podem levar a alguma majoração no momento da dosimetria, como dito, mas não à sanção própria da reincidência – fenômeno específico e bem delineado em Direito.

6 O caso das infrações ambientais é exceção. O *quantum* de majoração da pena por força da repetição de infrações ambientais já está regulamentado no âmbito federal, prevendo-se “aplicação da multa em triplo, no caso de cometimento da mesma infração”, ou “aplicação da multa em dobro, no caso de cometimento de infração distinta” (BRASIL, 2008, art. 11, I e II). Provavelmente, a medida é fruto da grande máquina administrativa necessária à fiscalização de infrações ambientais e da necessidade de padronização de toda esta fiscalização.

Em suma, as consequências da reincidência e da mera repetição de infrações também têm se afigurado distintas umas das outras. Sanções próprias são previstas para a reincidência; não para a mera repetição, que, quando muito, costuma ensejar majoração da pena inferior à da reincidência.

3 REINCIDÊNCIA PRESSUPÕE INFRAÇÕES DE MESMA NATUREZA

A caracterização da reincidência requer também a prática de infrações de mesma natureza pelo mesmo sujeito.

Verifica-se a reincidência não apenas pelo aspecto temporal do fenômeno jurídico (segundo o qual a nova infração deve ser posterior a uma decisão definitiva noutro processo relativo à infração anterior), mas também pelo aspecto da identidade entre as infrações consideradas. Ou seja, só haverá reincidência se houver infrações com identidade entre si. Trata-se, esta identidade, de elemento característico da figura da reincidência.

Não é qualquer comportamento em algum aspecto semelhante a comportamento infracional anterior que justifica a configuração de uma infração como reincidente. Para haver infração reincidente é preciso, por razões lógicas, que esta tenha não um resquício qualquer de identidade ou semelhança, mas identidade forte com infração anteriormente punida em definitivo.

O comportamento infracional reincidente deve ser da mesma natureza do comportamento infracional anteriormente punido. E o que significa este ser da mesma natureza, ou este guardar uma identidade forte com o comportamento anterior?

É simples identificar situações infracionais de natureza completamente distinta. Quem comete infração ambiental e posteriormente infração de trânsito, por certo não é reincidente, pois a única identidade relevante nesse caso é a do sujeito. O outro aspecto comum às infrações, serem ambas infrações administrativas, também não é bastante para configurar identidade forte quanto à natureza da infração. A todos nós parece evidente que o mundo ambiental e do trânsito são diferentes, que uma coisa não tem a ver com a outra.

Basta para configurar a identidade de natureza – e, assim, a reincidência – o fato de duas infrações serem punidas pela mesma *lei* (a Lei Antitruste, ou a Ambiental, ou a Tributária, ou a Disciplinar)? Ou, ainda que não previstas pela mesma lei, basta que envolvam os mesmos valores, bens ou interesses jurídicos (p.ex., a concorrência, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, a boa ordem e eficiência do serviço público, etc.)?

A questão não tem resposta fácil. Todavia, essencial para a resposta correta, em qualquer caso, parece ser a identificação dos ambientes jurídicos em que cometidas as infrações. Para a identidade quanto à natureza, é preciso haver identidade de ambientes jurídicos. Para fins de reincidência, infrações da mesma natureza – isto é, que guardem entre si identidade suficientemente forte para que uma seja reincidência da outra – são aquelas que ocorrem, acima de tudo, no mesmo ambiente juridicamente relevante.

Imagine-se o docente universitário que cometa infração disciplinar no âmbito da Escola Politécnica da USP, pela qual seja definitivamente punido (nos termos do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de São Paulo, aplicável aos docentes daquela universidade), após um devido processo legal. Será ele reincidente se

cometer, posteriormente, outra infração, também disciplinar, no exercício da profissão de engenheiro, apenável nos termos de outra lei (a que regula o exercício da engenharia)?

Parece evidente que não. São dois âmbitos ou ambientes bem distintos, em que o mesmo sujeito atua e é apenado, ainda que por infrações do mesmo “gênero” (é dizer, ao mesmo valor jurídico do padrão de conduta ou disciplina exigível): um é o da docência, o outro é o ambiente do exercício da engenharia. Ainda que ambas sejam infrações disciplinares, os ambientes juridicamente relevantes são distintos.

Suponha-se, agora, que o mesmo docente punido pela USP venha a cometer nova infração disciplinar, desta vez como docente numa escola pública do ensino médio no Estado de São Paulo. Aqui a proximidade entre as situações é maior: trata-se do mesmo sujeito, cometendo em ambos os casos infrações disciplinares, em ambos no exercício da docência, e atentando em ambos contra deveres previstos na mesma lei (o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de São Paulo, aplicável tanto à USP quanto à escola pública). Será ele reincidente? Parece claro que não, pois as instituições, a USP e a escola de ensino médio, são bem diversas, conquanto integrem o mesmo Estado da Federação.

É normal que o mesmo sujeito (no sentido técnico da expressão em Direito, isto é, o mesmo sujeito de direitos e obrigações, a mesma pessoa) atue em múltiplos ambientes juridicamente relevantes, uns distintos dos outros. É como se incorporasse “*personas*” diferentes – o docente universitário, o docente do ensino médio, o engenheiro, o motorista, o pai, o cônjuge, etc. Caso cometa infrações em cada um destes seus âmbitos de atuação, malferindo as legislações pertinentes, não será um “reincidente”. A reincidência supõe a prática de infrações

no mesmo ambiente juridicamente relevante. É por isso que a infração de trânsito não constitui “reincidência” da infração disciplinar como servidor público, ou da infração ambiental, ou da infração aos deveres da paternidade ou aos deveres do matrimônio – ainda que todas sejam do mesmo sujeito. Cada uma das condutas infracionais está relacionada a ambiente jurídico específico.

É por isso, também, que a infração disciplinar perante uma instituição pública (a universidade, no exemplo citado) não constitui reincidência de infração disciplinar perante outra (a escola estadual). Cada qual se relaciona a um ambiente – ainda que, como neste caso do docente que infringe na USP e volta a infringir na escola pública estadual, tais ambientes distintos sejam primariamente demarcados pela mesma lei. Mudando os ambientes, não faz sentido reconhecer “reincidência”.

Os exemplos ilustram que não basta a proximidade entre infrações para se caracterizar a reincidência. Nem que tenham sido praticadas, sempre pelo mesmo sujeito, em atentado aos mesmos bens jurídicos genéricos ou, ainda, à mesma lei. É preciso uma identidade forte – identidade essa em grau tal que permita afirmar que as infrações foram cometidas dentro do mesmo ambiente juridicamente relevante.

4 O RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA EXIGE MOTIVAÇÃO CONCRETA

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em matéria de reincidência e outras agravantes da pena, é firme em exigir motivação concreta.

Por motivação concreta entende-se aquela que esclareça cabal e suficientemente as razões de fato, para além das de Direito,

justificadoras da específica decisão tomada. Nas palavras do STJ, exige-se “fundamentação concreta” para a estipulação do “*quantum* do aumento” devido pela “reincidência”; “[...] o incremento da pena pela aplicação dessa agravante deve ser devida e concretamente fundamentado [...]” (BRASIL, 2012a).

Logo, ainda que o *quantum* do aumento já esteja prefigurado objetivamente na legislação, como ocorre frequentemente na esfera administrativa, deve haver a devida e concreta justificativa quanto à constatação de reincidência e sua penalização específica. Seria desarrazoado que o rigor característico da pena por reincidência pudesse vir desacompanhado de justificativa à altura.

Ainda de acordo com a jurisprudência do STJ, na dosimetria da pena e, particularmente, na estipulação da pena-base, repudia-se a “falta de indicação de elementos concretos que justifiquem o aumento da reprimenda”; nesse sentido, rechaçou-se, em caso concreto,

[...] a avaliação negativa da culpabilidade do agente e dos motivos, circunstâncias e consequências dos ilícitos [que] foi fundamentada de forma totalmente genérica e com base em elementos integrantes dos tipos penais violados, sem menção a qualquer elemento concreto que justificasse a exasperação da reprimenda (HC 222.525/ES, rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 18 jun. 2013) (BRASIL, 2013).

Ao individualizar a pena, salienta-se que “[...] o julgador deve examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime”. Não pode “[...] majorar a pena-base fundando-se, tão somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas

de fundamentação objetiva para justificar a exasperação”. Nem pode considerar circunstâncias desfavoráveis ao réu “questões inerentes ao tipo penal” (BRASIL, 2012b).

Ainda na individualização da pena, repudia-se considerar apenas a “gravidade em abstrato do delito”; nesse sentido, aponta-se que “[...] a gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição de regime [...]” de cumprimento da pena mais gravoso (BRASIL, 2007).

Exige-se, enfim, que a dosimetria da pena seja “fundamentada [...] em aspectos peculiares ao caso, intimamente relacionados com as circunstâncias fáticas da prática delituosa” (BRASIL, 2006).

Tudo a demonstrar que a jurisprudência exige uma motivação concreta para majorações de pena por circunstâncias agravantes, inclusive a reincidência. Trata-se de jurisprudência do STJ acerca da reincidência em matéria penal, mas que aproveita à reincidência em geral, inclusive no âmbito da legislação administrativa. Como visto, está-se diante de figura que não se limita às “fronteiras” deste ou daquele ramo jurídico, mas que consiste em figura do Direito em geral.

Portanto, não basta que a autoridade administrativa, após haver constatado a ocorrência de nova infração (constatação bem fundamentada, claro), refira vagamente um fato ou processo anterior para afirmar que o caso é de reincidência, e para aplicar a pena agravada. É que também a reincidência deve estar concretamente fundamentada. E, para haver motivação concreta quanto a isso, é fundamental que o ato punitivo analise com cuidado todos os aspectos que exploramos no presente estudo: 1) a existência ou não de identidade entre os sujeitos; 2) a existência ou não de decisão definitiva quanto à infração anterior na data da nova infração; e 3) a existência ou não identidade forte de

natureza entre as duas infrações.

CONCLUSÃO

A simples existência de todos os pontos de dúvida aqui enfrentados leva facilmente à conclusão de que o regime legal da reincidência no direito sancionador administrativo brasileiro requer aperfeiçoamentos. Ainda que tenha sido possível responder, neste estudo, a cada uma das inquietações, resta nítida a percepção de que isto exigiu algum esforço. Foi visto que, especialmente nas situações em que a lei prevê a reincidência, mas não a define, acaba se tornando necessário o recurso à analogia para a sua adequada interpretação.

Mas a analogia seria desnecessária se uma lei estabelecesse normas básicas sobre reincidência em infrações administrativas, ainda que aplicáveis apenas subsidiariamente a processos administrativos sancionadores regidos por leis próprias. Isto traria maior segurança jurídica para todos os envolvidos com este importante tema.

Este papel poderia ser desempenhado pelas leis gerais de processo administrativo existentes nas distintas esferas da federação brasileira. Elas poderiam incorporar solução padronizada para o problema da caracterização da reincidência em infrações administrativas.

A Lei Federal de Processo Administrativo (lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999) (BRASIL, 1999a) não trata do tema da reincidência. Mesmo a Lei Paulista de Processo Administrativo (lei estadual 10.177, de 30 de dezembro de 1998) (SÃO PAULO, 1998), por exemplo, que tem uma seção dedicada ao procedimento sancionatório (vide arts. 62 a 64), nada diz sobre o tema. O mesmo se diga da Lei Baiana de Processo Administrativo (lei estadual 12.209, de 20 de abril de 2011) (BAHIA,

2011), que, embora mais recente e também com capítulo dedicado ao processo sancionatório – extenso capítulo, aliás (vide arts. 101 a 124) – também não faz alusão alguma à caracterização da reincidência.⁷

Tais lacunas não se justificam. Foi visto que este é um tema transversal; reincidência é figura do Direito em geral, e com aparição frequente em normas de direito administrativo sancionador. A matéria é, pois, relevante o suficiente para que normas básicas sejam estabelecidas, preenchendo as lacunas ainda existentes. A persistência de tantas dúvidas em torno da caracterização da reincidência sugere que o ponto, afinal, está mesmo a reclamar um tratamento legislativo básico mais sistematizado.

As leis gerais de processo administrativo parecem o *locus* apropriado para uma solução-padrão, visto que isto incrementaria a segurança jurídica em matéria de caracterização da reincidência administrativa e, simultaneamente, preservaria soluções outras para processos administrativos específicos regidos por leis próprias, aos quais aspectos pertinentes da solução-padrão aplicar-se-iam apenas subsidiariamente.

Nossa proposta de texto normativo com essa finalidade é a seguinte: Art. A reincidência administrativa será punida nos termos da legislação específica, por ato cuja motivação deverá demonstrar a prática de nova infração, pelo mesmo sujeito, após se haver tornado definitiva, no âmbito administrativo, a sanção por infração anterior de mesma natureza, ocorrida no mesmo ambiente juridicamente relevante.

7 Há, todavia, leis gerais de processo administrativo de outros Estados da Federação que fazem alusões ao tema da reincidência. A de Minas Gerais (lei estadual 14.184, de 31 de janeiro de 2002) (MINAS GERAIS, 2002), por exemplo, prevê que “a autoridade ou o servidor que descumprirem prazo ou qualquer outra disposição” nela prevista “serão punidos com ... “suspensão de até 15 dias, quando for reincidente em falta já punida” (art. 67, IV). A alusão à reincidência em *falta já punida* é algo elucidativa, mas é pouco para extirpar quaisquer dúvidas em matéria de reincidência e, ainda, cinge-se às infrações àquela lei de processo – não é solução para todos os casos de reincidência administrativa verificáveis em Minas.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO (Brasil). **Resolução nº 8, de 17 de fevereiro de 2012**. Disponível em: <http://www.simepetro.com.br/wp-content/uploads/ANP-RES.No-8-17.02.2012-DOU-22.02.2012.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2016.

BAHIA. **Lei nº 12.209, de 20 de abril de 2011**. Dispõe sobre o processo administrativo, no âmbito da Administração direta e das entidades da Administração indireta, regidas pelo regime de direito público, do Estado da Bahia, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=249288>. Acesso em: 22 jan. 2016.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Manual de processo administrativo disciplinar**. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/publicacoes/guiapad/Arquivos/ManualPAD.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008**. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm. Acesso em 22 jan. 2016.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 22 jan. 2016.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm. Acesso em: 22 jan. 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura

o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 22 jan. 2016.

BRASIL. Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964. Dispõe Sobre o Impôsto de Consumo e reorganiza a Diretoria de Rendas Internas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4502.htm>. Acesso em: 22 jan. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm>. Acesso em: 22 jan. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm>. Acesso em: 22 jan. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. 1999a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 22 jan. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.847, de 26 de outubro de 1999. Dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, de que trata a Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997,

estabelece sanções administrativas e dá outras providências. 1999b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9847.htm>. Acesso em: 22 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 200.900/RJ**, 6ª Turma. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 27 de setembro de 2012a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1182044&num_registro=201100601179&data=20121031&formato=PDF>. Acesso em: 22 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 203.326/DF**, 5ª Turma. Relatora: Min. Laurita Vaz, 6 de novembro de 2012b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1191732&num_registro=201100811029&data=20121116&formato=PDF>. Acesso em: 22 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 222.525/ES**, 5ª Turma, Relator: Min. Jorge Mussi. 4 de junho de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1240008&num_registro=201102523909&data=20130612&formato=PDF>. Acesso em: 22 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 90.019/CE**, 5ª Turma. Relator: Min. Feliz Fischer, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=733397&num_registro=200702095560&data=20080310&formato=PDF>. Acesso em: 22 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 738.550/ES**, 5ª Turma. Relator: Min. Gilson Dipp, 14 de novembro de 2006. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/>

documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=606458&num_registro=200500449362&data=20061218&formato=PDF>. Acesso em: 22 jan. 2016.

JESUS, Damásio. **Código penal anotado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINAS GERAIS. **Lei nº 14.184, de 31 de janeiro de 2002**. Dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da administração pública estadual. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=14184&comp=&ano=2002>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1979. v. 1.

SÃO PAULO (Estado). **Lei nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/norma/?id=7505>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

Como citar: SUNDFELD, Carlos Ari. SOUZA, Rodrigo Pagani de. Reincidência no direito administrativo sancionador. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, n. 1, p.175-203, abr. 2017. DOI: 10.5433/26272-117423-1.2017v12n1p175. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 20/06/2016

Aprovado em: 15/12/2016