PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC/SP

MARÍLIA DE ARAÚJO BARROS XAVIER

O MODELO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR:

DO PROCESSO CIVIL SANCIONADOR AO *NE BIS IN IDEM*

DOUTORADO EM DIREITO

São Paulo

2022

MARÍLIA DE ARAÚJO BARROS XAVIER

O MODELO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR:

DO PROCESSO CIVIL SANCIONADOR AO *NE BIS IN IDEM*

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de DOUTOR em Direito Administrativo, sob orientação do Prof. Dr. Marcio Cammarosano

São Paulo

2022

Banca examinadora

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – nº do processo 88887.357683/2019-00.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, tão presente e perfeito na minha vida. Agradeço aos meus pais, muitíssimo amorosos, e a minha irmã, amiga e zelosa, pelo apoio de sempre.

Agradeço ao Amigo e Professor Marcio Cammarosano, orientador da tese, pela oportunidade e apoio para a pesquisa, sobretudo, pela convivência fraterna e feliz.

Agradeço, antes, diante da amizade a mim demonstrada, aos Professores Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, Edilson Pereira Nobre Júnior, Eduardo Arruda Alvim, Jacintho Dias de Arruda Câmara, José Roberto Pimenta Oliveira e Vladimir da Rocha França, pelo qualificado e honroso aceite em participarem como avaliadores do trabalho; ao Professor Valter Shuenquener de Araújo pelo recebimento da tese como contribuição à Comissão de Juristas para proposições legislativas no processo administrativo nacional; e, especialmente, ao Professor Fábio Medina Osório, pelos diversos debates ao longo da pesquisa, o que nos encorajou a este resultado.

Agradeço, enfim, aos amigos administrativistas, penalistas e processualistas que me ouviram, pacientemente, argumentar e questionar sobre temas sutis, e por isso difíceis; além de todos os professores acima mencionados, nomeadamente ainda: Carolina Jatobá, José Américo Zampar Júnior, Juliana Bizarria e Carolina Uzeda.

Meu (emocionado) muito obrigada!

Aos Professores que me fizeram compreender o amor à pesquisa.

Hermes, o Mercúrio de Roma, possuía em Acaia, ao norte do Peloponeso, um templo onde se manifestava, respondendo as consultas dos devotos pela singular e sugestiva fórmula das vozes anônimas. Purificado o consulente, dizia em sussurro ao ouvido do ídolo o seu desejo secreto, formulando a súplica angustiada. Erguia-se, tapando as orelhas com as mãos, e vinha até o átrio do templo, onde arredava os dedos, esperando ouvir as primeiras palavras dos transeuntes.

Essas palavras eram a resposta do oráculo, a decisão do deus. Vox Populi, vox Dei, na sua expressiva legitimidade.

(CASCUDO, Luís da Câmara. *Coisas que o povo diz*. Voz do Povo, Voz de Deus. Rio de Janeiro: Bloch Editores, 1968).

Uma interpretação não é uma atitude imóvel e definitiva, como é possível nas artes plásticas. A vida aviva, apaga, retifica, substitui o que julgávamos permanente na hora da elaboração. Quando um pesquisador da cultura humana cristaliza conceitos e opiniões em livros que ficam valendo os pontos cardeais, para mim, professor de Província, apenas finca um marco para que se vá medindo as distâncias contemporâneas das derivas. O que era terra, é mar e onde quebravam as ondas, está uma cidade.

(CASCUDO, Luís da Câmara. *Coisas que o povo diz*. Prefácio. Rio de Janeiro: Bloch Editores, 1968).

RESUMO

O estudo do *ne bis in idem* é dos temas que têm preocupado juristas mundo afora, diante da presença do Estado nas sociedades como gestor da segurança em inúmeros cenários. É também assunto de destacada complexidade, prática e teórica, com interfaces no direito processual, direito penal, direito internacional público, direito comunitário e, mais recentemente, direito administrativo. No Brasil, esse estudo tem uma peculiaridade: as escolhas do legislador. Desde as nossas disposições constitucionais sobre a tutela da probidade, a proibição ao *bis in idem*, que inclua o direito administrativo, somente pode ser compreendida no estudo do processo; é um signo da nossa cultura: o modelo brasileiro, onde, ousamos dizer, não vulnera o *ne bis in idem* o duplo processo sancionador, para todo o direito administrativo, impondo-se a técnica de desconto. O resultado é uma demonstração maior, do que é: o modelo brasileiro de direito administrativo sancionador.

Palavras-chave: *Ne bis in idem*. Direito administrativo sancionador. Processo civil sancionador. Improbidade administrativa. Técnica de desconto.

ABSTRACT

The study of *ne bis in idem* is one of the themes that have worried jurists around the world, given the presence of the State in societies as a manager of security in countless scenarios. It is also a matter of outstanding complexity, both practical and theoretical, with interfaces in procedural law, criminal law, public international law, community law and, more recently, administrative law. In Brazil, this study has a peculiarity: the legislator's choices. From our constitutional provisions on the protection of probity, the prohibition of *bis in idem*, which includes administrative law, can only be understood in the study of the process; is a sign of our culture: the Brazilian model, where, we dare say, the double sanctioning process does not violate the *ne bis in idem*, for all administrative law, imposing the discount technique. The result is a greater demonstration of what it is: the Brazilian model of sanctioning administrative law.

Key words: *Ne bis in idem*. Sanctioning administrative law. Sanctioning civil process. Improbity administrative. Discount technique.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO..... 17

PARTE I

FUNDAMENTOS DE PARTIDA

CAPÍTULO I

SOBRE RAZÃO, CULTURA, HISTÓRIA E LIBERDADE..... 24

1.1 Racionalidade, dignidade e cultura no Direito..... 24

1.2 História e outros aspectos para o *ne bis in idem*..... 33

1.3 A liberdade do legislador e o exemplo do sistema norte-americano..... 39

PARTE II

RAZÕES PARA NOVOS CONCEITOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

CAPÍTULO II

SOBRE O CÚMULO DE SANÇÕES..... 47

2.1 Penas e sanções..... 47

2.2 Problemas e solução no cúmulo de sanções..... 50

2.3 A sanção acessória..... 53

2.4 A "sanção acessória" no Brasil..... 55

CAPÍTULO III

SOBRE O CÚMULO DE PROCESSOS SANCIONADORES..... 61

3.1 Sentido funcional do processo sancionador..... 61

3.2 Justificações, funções e motivações: por que punir?..... 64

3.3 Processos materialmente penais..... 68

PARTE III

PROCESSO CIVIL SANCIONADOR

CAPÍTULO IV

PROCESSO CIVIL SANCIONADOR: O MODELO BRASILEIRO NO PROCESSO..... 73

4.1 O conceito de sanção administrativa de Fábio Medina Osório..... 73

4.2 Sanção administrativa e processo civil..... 76

4.3 Processo civil sancionador..... 84

4.4 *Civil forfeiture* e *Double Jeopardy Clause* no sistema norte-americano: uma distinção necessária..... 93

PARTE IV

NE BIS IN IDEM

CAPÍTULO V

***NE BIS IN IDEM* EM PORTUGAL E ESPANHA: PAÍSES DE HISTÓRICA INFLUÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO**..... 98

5.1 Comparações do sistema brasileiro com o sistema português..... 98

5.2 Comparações do sistema brasileiro com o sistema espanhol..... 105

CAPÍTULO VI

***NE BIS IN IDEM* NO DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU: UMA SAGA QUE DEVEMOS CONHECER**..... 113

6.1 Tribunal Europeu de Direitos Humanos e Tribunal de Justiça da União Europeia: "o movimento necessário das coisas"..... 113

6.2 Atual posição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos..... 116

6.3 Breve comparação entre sistemas nacionais europeus..... 126

CAPÍTULO VII

***NE BIS IN IDEM* NO BRASIL: INTERPRETAÇÕES PARA O PROCESSO CIVIL E PARA O PROCESSO ADMINISTRATIVO**..... 130

7.1 Coisa julgada e relacionamento entre processos..... 130

7.2 Publicismo e questões prejudiciais no processo civil..... 133

7.3 Processo administrativo sancionador e *reformatio in pejus*..... 146

7.4 A decisão na Rcl 41557 e outras decisões sobre o *ne bis in idem*..... 152

PARTE V

DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

CAPÍTULO VIII

DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: DO MODELO BRASILEIRO PARA O *NE BIS IN IDEM*..... 161

8.1 A influência de Alejandro Nieto em nossa interpretação..... 161

8.2 A cultura jurídica brasileira..... 166

8.3 O modelo brasileiro de Direito Administrativo Sancionador..... 170

a A decisão do legislador constituinte no art. 37, § 4º, da Constituição Federal..... 170

b A decisão do legislador infraconstitucional para o Processo Civil Sancionador..... 173

c O modelo constitucional brasileiro para o *ne bis in idem*..... 176

8.4 Pluralidade de processos administrativos sancionadores..... 178

CAPÍTULO IX

NOVOS CONCEITOS PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR..... 187

9.1 Sanção de natureza administrativa..... 187

9.2 Função concreta da sanção e do processo sancionador..... 192

9.3 Técnica de desconto: o intangível do *ne bis in idem*..... 196

CAPÍTULO X

TÉCNICA DE DESCONTO E ESCOLHAS DO LEGISLADOR BRASILEIRO..... 200

10.1 O art. 22, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro..... 200

10.2 A Lei de Improbidade Administrativa..... 203

a Brevemente: aspectos gerais..... 203

b *Ne bis in idem*..... 206

CONCLUSÃO..... 213

REFERÊNCIAS..... 219

INTRODUÇÃO

O nome do trabalho parece ambicioso: "O modelo brasileiro de direito administrativo sancionador – do processo civil sancionador ao *ne bis in idem*". Surgiu o objeto da pesquisa ao longo da própria pesquisa, tendo chegado até nós, então, não o pudemos negar.

A ideia inicial era estudar o *ne bis in idem* no Direito Administrativo Sancionador, dando continuidade ao trabalho de Mestrado, feito também na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, quando nos detivemos a dois outros princípios a respeito do Direito Administrativo Sancionador, a legalidade e a culpabilidade; sendo, esses, os três princípios nucleares da matéria, restaria agora estudar o *ne bis in idem*.

O Direito Administrativo Sancionador no Brasil, entretanto, tem uma peculiaridade – que o torna tão mal compreendido, aliás: as decisões do legislador – próprias, se se olha para o direito comparado.

Isso não acontece, é importante dizer, somente a respeito do direito administrativo sancionador: há exemplos outros que demonstram decisões próprias para o sistema jurídico brasileiro, a exemplo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Tratam, tais escolhas legislativas, antes, de simbolizar a nossa cultura – é dizer, como nas coisas que o povo diz: voz do povo, voz de Deus;[1] ora, se o direito nada mais é, por fim, que um objeto cultural, é certo que o sistema jurídico e os modelos jurídicos sejam o resultado também de uma cultura jurídica.

Daí que a pesquisa ganhou um novo percurso: o enfrentamento das escolhas legislativas singulares no Brasil, mas nunca perdendo de vista a linha de chegada originalmente pensada. Eis o resultado (e nome da pesquisa): o modelo brasileiro de direito administrativo sancionador – do processo civil sancionador ao *ne bis in idem*.

Pois bem.

Dividimos o trabalho em partes, para melhor clareza no raciocínio: Parte I - Fundamentos de partida (capítulo I); Parte II – Razões para novos conceitos no direito administrativo sancionador (capítulos II e III); Parte III – Processo Civil Sancionador

[1] Dissemos como epígrafe: CASCUDO, Luís da Câmara. *Coisas que o povo diz*. Voz do Povo, Voz de Deus. Rio de Janeiro: Bloch Editores, 1968.

(capítulo IV); Parte IV – *Ne bis in idem* (capítulos V, VI e VII); Parte V – Direito Administrativo Sancionador (capítulos VIII, IX e X).

Na Parte I, fundamentos de partida, expusemos o Capítulo I, "Sobre razão, cultura, história e liberdade", nos posicionando sobre aspectos filosóficos e empíricos.

São fundamentos axiológicos no estudo do *ne bis in idem* para o Direito Administrativo Sancionador: a dignidade da pessoa humana, a busca da racionalidade no exercício do *ius puniendi* e a consideração da cultura (jurídica) como elemento ético.

Explicamos que o cenário atual do *ne bis in idem* é novo, se pode dizer, em cerca de duzentos anos para hoje, para um tema tão antigo quanto a história do direito, dadas recentes sutilezas e complexidades, na presença do Direito Administrativo Sancionador. Nesse cenário, fundamento empírico para o estudo do *ne bis in idem* é a discricionariedade do legislador: a liberdade do Poder Legislativo desde a definição de políticas para o *ius puniendi*, dentre as quais, para o modelo no qual se realiza o *ne bis in idem* em cada Estado.

Na Parte II, mostramos "Razões para novos conceitos no direito administrativo sancionador" – os conceitos ficaram apresentados, à guisa de conclusão, na última parte do trabalho – com dois capítulos, "Sobre o cúmulo de sanções" (Capítulo II) e "Sobre o cúmulo de processos sancionadores" (Capítulo III).

Aqui já está a apresentação da tese: são argumentos e conclusões que direcionam todo o trabalho, com a demonstração mesma da racionalidade que conduz a pesquisa e que exigiu a percepção de novos conceitos para o direito administrativo sancionador.

Demonstramos, então: a possível duplicidade de *processos sancionadores*, por escolha do legislador, diante de uma *justificação* por *funções concretas*: desde *sanções funcionalmente diversas*.

Na Parte III da pesquisa está o Capítulo IV, "Processo civil sancionador: o modelo brasileiro no processo".

Nossa definição de processo civil sancionador equivale ao *aspecto processual* do conceito material de *sanção administrativa* enunciado por Fábio Medina Osório, começamos por essa explicação; depois, falamos da sanção administrativa diante do processo civil, demonstrando, entre outros pontos, nossa posição sobre o sistema brasileiro de processo coletivo.

Apontamos, então, um paralelismo entre processo penal e processo civil, para demonstrar que o processo civil sancionador é uma *acusação (= penal)* na forma de *ação (= civil)*: é um processo *formalmente civil* e *materialmente penal*.

E fizemos uma distinção entre o processo civil sancionador e *civil forfeiture* do sistema norte-americano, ou *civil punishment*, e da *multiple punishment*, no debate a respeito da proibição ao duplo sancionamento ou *Double Jeopardy Clause*.

Na Parte IV está, então, uma exposição sobre o *Ne bis in idem* distribuída em três capítulos; tendo, em todos três, uma especial compreensão a respeito de aspectos processuais para o tema.

"*Ne bis in idem* em Portugal e Espanha: países de histórica influência no direito brasileiro", é o Capítulo V.

Aqui fizemos uma detalhada comparação entre os sistemas jurídicos, primeiro de Portugal com o Brasil, e depois, da Espanha com o Brasil; com demonstrações da legislação, da jurisprudência e da doutrina em cada um dos três países, sempre comparativamente.

Observamos que a comparação deve demonstrar, antes, a identidade brasileira: é útil para o aperfeiçoamento, mas é, antes, útil para a compreensão e identificação nossas.

"*Ne bis in idem* no direito comunitário europeu: uma saga que devemos conhecer", é o Capítulo VI.

O título do capítulo é uma referência à expressão usada por Luis López Guerra, juiz do Tribunal Europeu de Diretos Humanos, chamando, ele próprio, a saga do *ne bis in idem* no âmbito europeu. É esse o cenário mais fecundo doutrinária e jurisprudencialmente para o tema. O direito comunitário europeu é onde o *ne bis in idem*, com sua atual sofisticação, tem mais amadurecido. Hoje, enfim, com possíveis sinais de um fim para a saga: o que, absolutamente, foi levado em conta na construção da nossa interpretação.

Explicamos, então, a dinâmica entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e o Tribunal de Justiça da União Europeia; a atual posição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos; e fizemos uma breve comparação entre sistemas nacionais europeus. Demonstrando, ao longo do capítulo, também, o respeito à identidade (cultural) de cada ordenamento jurídico.

"*Ne bis in idem* no Brasil: interpretações para o processo civil e para o processo administrativo", é o Capítulo VII.

Este capítulo ficou dividido entre o processo civil e o processo administrativo, para o estudo de aspectos relevantes, em um e em outro, a respeito do *ne bis in idem*; ao final, fazemos um levantamento de decisões importantes no Supremo Tribunal Federal e

no Superior Tribunal de Justiça, nas quais se destacam os aspectos de que tratamos antes, para o processo civil e, também, para o processo administrativo.

No processo civil – não apenas o processo civil sancionador, mas ele sobretudo – importa para o *ne bis in idem* o estudo da coisa julgada e do relacionamento entre processos, e, nesse sentido, especialmente, interessa o estudo das questões prejudiciais.

Neste capítulo apresentamos, então, detalhadamente, as questões prejudiciais no Código de Processo Civil de 2015, com o reconhecimento de uma posição publicista do legislador, em favor do indivíduo e em um sentido pragmático, é dizer, de evitar a existência de decisões contraditórias e em favor da economia da atividade jurisdicional: racionalidade inafastável entre processos sancionadores.

Tratamos, na sequência, do regramento do processo administrativo sancionador, em especial, estudando a Lei do Processo Administrativo Federal e com destaque para o instituto da revisão e a proibição da *reformatio in pejus*.

Está, depois disso, uma exposição sobre a importante decisão proferida na Reclamação Constitucional nº 41557, pelo Supremo Tribunal Federal, além de outras decisões que destacamos a respeito do *ne bis in idem*, no âmbito da nossa Corte Constitucional e do Superior Tribunal de Justiça.

Na Parte V, por fim, estão as nossas interpretações para o Direito Administrativo Sancionador. Ficou dividida em três capítulos.

No Capítulo VIII, "Direito Administrativo Sancionador: do modelo brasileiro para o *ne bis in idem*" está a exposição do núcleo da tese e o nome diz o "caminho" da lógica que demonstramos.

Explicamos, de início, a influência de Alejandro Nieto em nossa interpretação, além da nossa justificação a respeito da cultura jurídica brasileira, como um elemento central da pesquisa (como foi dito desde o primeiro capítulo).

Em seguida: "O modelo brasileiro de Direito Administrativo Sancionador".

Aqui estão as escolhas do legislador constituinte (art. 37, § 4º) e do legislador infraconstitucional (processo civil sancionador) e é uma consequência dessas escolhas: "O modelo constitucional brasileiro para o *ne bis in idem*".

Eis, portanto, a sequência que expõe o nosso raciocínio na tese.

Segue-se a isso, a implicação lógica do modelo brasileiro para o *ne bis in idem*, também a respeito da: "Pluralidade de processos administrativos sancionadores", encerrando o capítulo.

No Capítulo IX, nós expomos – cumprindo a promessa desde a Parte II da pesquisa – "Novos conceitos para o Direito Administrativo Sancionador", nesse cenário, é claro, úteis, portanto, ao *ne bis in idem*.

São os conceitos de "Sanção de natureza administrativa", pensado por nós; de "Função concreta da sanção e do processo sancionador", desenvolvido desde a ideia de função; e a explicação da "Técnica de desconto: o intangível do *ne bis in idem*".

O Capítulo X é o último da pesquisa, com uma exposição pragmática sobre "Técnica de desconto e escolhas do legislador brasileiro".

Falamos sobre "O art. 22, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro", que é (pensamos) a regra geral para a técnica de desconto no nosso sistema jurídico; e sobre "A Lei de Improbidade Administrativa", que trouxe novos regramentos destinados à disciplina do *ne bis in idem*, mas que reforçam a nossa interpretação, em especial, sobre a técnica de desconto.

PARTE I

FUNDAMENTOS DE PARTIDA

CAPÍTULO I

SOBRE RAZÃO, CULTURA, HISTÓRIA E LIBERDADE

1.1 Racionalidade, dignidade e cultura no Direito

> *Desde o período pré-socrático até Aristóteles, passando por Sócrates, os estoicos e Platão, que o conceito de lei é praticamente inseparável de sua dimensão material; leis verdadeiras são as leis boas e justas dadas no sentido do bem comum. A lei só pode ser determinada em relação ao justo (igual), dirá Aristóteles na Ética a Nicómaco; a «soberania da lei equivale à soberania de deus e da razão», «é a inteligência sem paixões», escreverá ainda o mesmo autor em A Política. A lei é a «suprema ratio, ínsita na natureza», opinará Cícero. A «lei é uma ordenação racional, dirigida no sentido do bem comum e tornada pública por aquele que está encarregado de zelar pela comunidade», escreverá S. Tomás. Retenhamos, pois, as duas caraterísticas da lei, mais ou menos explicitamente acentuadas pela filosofia antiga e intermédia: a dimensão material, na medida em que lei era expressão do justo e do racional; dimensão de universalidade, porque a lei se dirigia ao bem comum da comunidade.* (J. J. Gomes Canotilho)[2]

A ideia de razão sempre compôs da ideia de *lei*. Deu-se a compreensão da *razão humana*, na filosofia, com Kant, o que alcança e aperfeiçoa vários aspectos do direito. Para falar de *racionalidade*, também porque dela decorre o importante conceito de *dignidade da pessoa humana*, fundamento axiológico, por sua vez, de limites às penas e da proibição ao *bis in idem*, partiremos, então, da filosofia.

O que se busca é uma possível *racionalidade* ao exercício do poder de punir do Estado, incluídas as sanções administrativas, desde que, compreendida também, essa racionalidade, no que, pensamos poder chamar-se, de *cultura jurídica* de cada sistema nacional.

---

[2] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., 20 reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 713/714.

Pois bem, no livro "Fundamentação da metafísica dos costumes", Kant compreende a existência de uma *crítica completa da razão humana*, no seguinte sentido: "para que a crítica de uma razão pura prática possa ser completa e acabada, exijo que se possa demonstrar simultaneamente a sua unidade com a razão especulativa em um princípio comum; e o final e os resultados não podem ser mais do que uma só e mesma razão, que só na aplicação se deve diferenciar".[3]

A *razão prática* e a *razão especulativa* terão repouso em uma crítica completa da nossa razão, então, a razão humana é aplicada tanto no conhecimento quanto na moral como *uma única razão*[4] – que tem por característica ser legisladora (como veremos).

São duas as fontes do conhecimento humano, a sensibilidade (= empírica) e o entendimento (= razão); pela razão são organizadas e legisladas as intuições sensíveis em categorias.

A ação humana *legislada pela razão* produz no homem – compreende Kant – uma vontade boa em si mesma, discernindo aquilo que é inclinação do que é *dever*: "A necessidade objetiva de uma ação por obrigação chama-se *dever*".[5] Daí que a faculdade de discernir indica o que é *objetivamente necessário*, permitindo que o homem aja conforme uma conduta que todos possam adotar, como uma necessidade objetiva do *ser racional.*

Por isso: a conduta *moral* (compreendamos: *racional*) é reconhecida como norma *universal*, pois, a vontade racional é a *representação de uma lei* (comum a todos os homens) *universal em si mesma*.

A *boa vontade*, então, está na qualidade universal da razão humana:

> A boa vontade não é boa pelo que promove ou realiza, pela aptidão para alcançar qualquer finalidade proposta, mas tão-somente pelo querer, isto é, em sia mesma. E considerada em si

[3] Para explicar: "Com o intuito, pois, de publicar sem demora uma metafísica dos costumes, começo publicando esta Fundamentação. Na verdade, não há propriamente nada que lhe possa servir de fundamento que não a crítica de uma razão pura prática, assim como para a metafísica o é a crítica da razão pura especulativa (…) Eis o motivo pelo qual, em vez de lhe chamar *Crítica da Razão Pura Prática* emprego a denominação *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*" (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 17).

[4] "Se perguntarmos agora pelo fundamento das próprias leis supremas do pensamento, é evidente que elas só podem ser fundamentadas por si mesmas. Essa autofundamentação, porém, não está assentada na evidência, mas no caráter de pressupostos necessários que elas possuem para todo o pensamento e todo o conhecimento. Nessas leis revela-se a estrutura, a essência do pensamento. Elas não passam de uma formulação essencial do pensamento. Sua negação significa a supressão do próprio pensamento. Sem elas, todo pensamento e todo conhecimento ficam impossíveis. É nisso que consiste sua justificação. É a fundamentação que *Kant* levou a efeito pela primeira vez e chamou de 'dedução transcendental'" (HESSEN, Joannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 128).

[5] KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, p. 70.

> mesma, deve ser avaliada em grau muito mais elevado do que tudo o que por meio dela puder ser alcançado em proveito de qualquer inclinação ou, se quiser, da soma de todas as inclinações.[6]

Kant, percebendo que "imperativos não são mais do que fórmulas para exprimir a relação entre as leis objetivas do querer em geral e a imperfeição subjetiva da vontade desse ou daquele ser racional"[7], diz:

> Ora, todos os imperativos ordenam, seja hipotética, seja categoricamente. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de conseguir qualquer outra coisa que se queira (ou que é possível que se queira). O imperativo categórico seria o que nos representasse uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com nenhum outro fim.[8]

Eis sua conclusão: "O imperativo categórico é, portanto, único e pode ser descrito da seguinte forma: *age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal*".[9]

> Se, pois, existirem um princípio prático supremo e um imperativo categórico no que diz respeito à vontade humana, deverão ser tais que, da representação daquilo que é necessariamente um fim para todos porque é fim em si mesmo, constitua um princípio objetivo da vontade, que possa, por conseguinte, servir de lei prática universal. (…) O imperativo prático será, pois, o seguinte: *age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.*[10]

O imperativo categórico é formulado por Kant, ainda, na representação de três princípios: (i) "age sempre segundo a máxima cuja universalidade como lei possas querer ao mesmo tempo", (ii) "age segundo máximas que possam ao mesmo tempo ser tomadas como objeto de si mesmas, como leis universais da natureza", (iii) "age com respeito a todo ser racional (a ti mesmo e aos demais) de tal modo que ele em tua máxima valha ao

[6] Ibid., p. 22.
[7] Ibid., p. 45.
[8] Ibid., p. 45.
[9] Ibid., p. 51.
[10] Ibid., p. 59.

mesmo tempo como fim em si" ou "age segundo uma máxima que contenha ao mesmo tempo em si a sua própria validade universal para todo ser racional".[11]

As normas que nos conduzem, nesse sentido, são elaboradas por nos mesmos enquanto seres racionais, é dizer, o homem é autor das leis que observa.

E somente a sua capacidade de legislar, garantida por sua razão, estabelece um senso humano comum. Então, a vontade (racional) do homem *deve ser* objetivamente a lei e subjetivamente o respeito por essa lei prática.

> Via-se o homem ligado a leis pelo seu dever, mas a ninguém ocorreu que ele estava sujeito unicamente à sua própria legislação, embora essa legislação fosse *universal*, e que ele estava obrigado a agir somente em conformidade com a sua própria vontade, mas que segundo o fim natural, essa vontade era legisladora universal. Porque, se nos limitávamos a conceber o homem como submetido a uma lei (qualquer que fosse ela), essa lei devia ter em si qualquer interesse que o estimulasse ou o constrangesse, uma vez que, sendo lei, ela não emanava de sua vontade, mas a vontade, isto sim, era legalmente obrigada por qualquer outra coisa a agir de certo modo. Em virtude dessa consequência inevitável, porém, todo o esforço para encontrar um princípio supremo do dever se fazia irremediavelmente perdido; pois o que se obtinha não era jamais o dever, e sim a necessidade da ação partindo de um determinado interesse - interesse este que podia ser próprio ou alheio. Mas, então, o imperativo tinha sempre de resultar condicionado e não podia servir como mandamento moral.[12]

Eis um princípio prático superior da *natureza racional* do homem como fim em si mesmo, e a conclusão está no que Kant bem nomeia de *princípio da autonomia da vontade.*

Significa que: obedecendo suas próprias leis, o homem é livre – "Que outra coisa pode ser, pois, a liberdade da vontade senão a autonomia, isto é, a propriedade da vontade de ser lei para si mesma?"[13]

> A esse princípio chamarei, pois, *princípio da autonomia da vontade*, em oposição a qualquer outro que, justamente por isso, classificarei como *heteronomia*.
> O conceito segundo o qual todo o ser racional deve se considerar, por todas as máximas de sua vontade, o legislador universal, para julgar a si mesmo e às suas ações desse ponto de vista, conduz a um outro conceito bastante fecundo que lhe relaciona e que é o de *reino dos fins*.[14]

---

[11] Ibid., p. 67 e 68.
[12] Ibid., p. 63.
[13] Ibid., p. 79.
[14] Ibid., p. 63.

Então, o que justifica o reino dos fins?

> Nada menos do que a possibilidade que proporciona ao ser racional de participar na legislação universal e o torna, por meio disso, apto a ser membro de um possível reino dos fins, ao qual estava destinado já por sua própria natureza e, exatamente por isso, como legislador no reino dos fins, como livre a respeito de todas as leis da natureza, obedecendo unicamente àquelas que ele mesmo se dá, e segundo as quais as suas máximas podem pertencer a uma legislação universal (à qual ele simultaneamente se submete). Pois coisa alguma tem outro valor senão aquele que a lei lhe confere.[15]

Daí é que surgem, com Kant, o conceito de *pessoa* e o conceito de *dignidade da pessoa humana*.

> Mas suponho que haja alguma coisa cuja existência em si mesma tenha um valor absoluto e que, como fim em si mesma, possa ser o fundamento de determinadas leis, nessa coisa, e somente nela, é que estará o fundamento de um possível imperativo categórico, quer dizer, de uma lei prática.
> Agora eu afirmo: o homem - e, de uma maneira geral, todo o ser racional - existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim.[16]

Isso, pois, por outro lado, os objetos das inclinações têm um valor apenas condicional:

> As próprias inclinações, porém, como fontes das necessidades, tão longe estão de possuir um valor absoluto que as torne desejáveis em si mesmas que, muito pelo contrário, melhor deve ser o desejo universal de todos os seres racionais em libertar-se totalmente delas. Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional.[17]

Opõe-se *coisas* a *pessoas*:

> Os seres, cuja existência não assenta em nossa vontade, mas na natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, um valor meramente relativo, como meios, e por isso denominam-se *coisas*, ao passo que os seres racionais denominam-se *pessoas*,

[15] Ibid., p. 66.
[16] Ibid., p. 58.
[17] Ibid., p. 59.

> porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida, limita todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).[18]

Dessa construção, eis o conceito formulado por Kant, e que ganhou o *status* de jurídico, a *dignidade da pessoa humana*: "A autonomia é, pois, o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional".[19-20]

Eis o *princípio da dignidade da pessoa humana*:

> A necessidade prática de agir segundo esse princípio, isto é, o dever, não parte de sentimentos, impulsos e inclinações, mas sim unicamente da relação dos seres racionais entre si, relação esta em que a vontade de um ser racional tem de ser considerada sempre e simultaneamente como legisladora, porque de outra forma não poderia ser pensada como fim em si mesma. A razão relaciona, então, cada máxima da vontade concebida como universalmente legisladora com todas as demais vontades e com todas as ações para com nós próprios, e isso não se dá em virtude de qualquer outro motivo prático ou de qualquer vantagem futura, mas pela ideia da dignidade de um ser racional que não obedece outra lei senão aquela que simultaneamente dá a si mesmo.[21]

Então: "No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa se que

---

[18] "Esses não são, pois, meros fins subjetivos cuja existência tenha para nós um valor como efeito da nossa ação, sendo porém fins objetivos, isto é, coisas cuja existência é em si mesma um fim, e um fim tal que em seu lugar não se pode por nenhum outro, em relação ao qual essas coisas serviriam de meios, porque sem isso não haveria possibilidade de encontrar em parte alguma qualquer coisa que tivesse valor absoluto; mas se todo valor fosse condicional, e portanto contingente, em parte alguma se poderia encontrar para a razão um princípio prático supremo" (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, p. 59).

[19] KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, p. 66.

[20] "Como 'princípio da dignidade humana' entende-se a exigência enunciada por Kant como segunda fórmula do imperativo categórico: 'Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio' (*Grundlegung zur Met. der Sitten*, II). Esse imperativo esclarece que todo homem, aliás, todo ser racional, como fim em si mesmo, possui um valor não relativo (como é, p. ex., um preço), mas intrínseco, ou seja, a dignidade. 'O que tem um preço pode ser substituído por alguma coisa *equivalente*, o que é superior a qualquer preço, e por isso, não permite nenhuma equivalência, tem *D* [Dignidade].' Substancialmente a D. [Dignidade] de um ser racional consiste no fato de ele 'não obedecer a nenhuma lei que não seja também instituída por ele mesmo'. (…) Na incerteza das valorações morais do mundo contemporâneo, que aumentou com a duas guerras mundiais, pode-se dizer que a exigência da D. [Dignidade] do ser humano venceu uma prova, revelando-se como pedra de toque para a aceitação dos ideais ou das formas de vida instauradas ou propostas; isso porque as ideologias, os partidos e os regimes que implícita ou explicitamente, se opuseram a essa tese mostraram-se desastrosos para si e para os outros" (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 326).

[21] Ibid., p. 65.

acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade".[22] Ou ainda:

> O que diz respeito às inclinações e necessidades do homem tem um preço comercial; o que, sem supor uma necessidade, se conforma a certo gosto, digamos, a uma satisfação produzida pelo simples jogo, sem finalidade alguma, de nossas faculdades, tem um preço de afeição ou de sentimento *[Affektionspreis]*; mas o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade.[23]

E eis o respeito que a dignidade da pessoa humana impõe:

> Pois bem. Segue-se daqui incontestavelmente que todo o ser racional, como fim em si mesmo, terá de poder considerar-se, com respeito a todas as leis a que possa estar submetido, ao mesmo tempo como legislador universal; porque exatamente essa aptidão de sua máximas para constituir a legislação universal o distingue como fim em si mesmo, e do mesmo modo sua dignidade (prerrogativa) em face de todos os simples seres naturais tem como decorrência o haver de tomar sempre as suas máximas do ponto de vista dele próprio e, ao mesmo tempo, do ponto de vista de todos os demais seres racionais como legisladores (os quais, por isso, para ele se chamam *pessoas*). Ora, dessa maneira é possível um mundo de serem racionais *('mundus intelligibilis')* como reino dos fins, pela própria legislação de todas as pessoas como membros dele. [24]

Ou, eis o respeito à *pessoa*, que deve ser presente no direito:

> E é exatamente aí que reside o paradoxo: que a simples dignidade do homem considerado como natureza racional, sem qualquer outro fim ou proveito a alcança por meio dela, isto é, só o respeito por uma mera ideia, deve servir, no entanto, de imprescindível regra da vontade, e que precisamente nessa independência da máxima em relação a todos os impulsos semelhantes consista a sua sublimidade e torne todo o sujeito racional digno de ser um membro legislador no reino dos fins.[25]

É, então, o respeito a uma "mera" ideia ou à "simples" dignidade do homem considerado como natureza racional, fim em si mesmo e nunca meio para coisa alguma, que simboliza o princípio jurídico da dignidade da pessoa humana.

---

[22] Ibid., p. 65.
[23] Ibid., p. 65.
[24] Ibid., p. 69.
[25] Ibid., p. 69.

Eis um limite ético e jurídico no exercício constitucional do poder de punir de um Estado, então na ideia de *ne bis in idem* e de toda racionalidade do *ius puniendi*.

Dos conceitos na filosofia, podemos dizer agora, o porquê de Kant ser considerado o paradigma da teoria da retribuição clássica[26] – em oposição ao utilitarismo[27] – segundo um argumento racionalista, de que, "não podemos depender de cálculos no que diz respeito aos efeitos da punição, ou da não-punição, sobre o total da bondade existente no mundo (quer definamos tal bondade como prazer, quer como satisfação de desejos etc.)",[28] devemos sim "medir" a punição conforme ela satisfaça a capacidade de *autonomia* de uma pessoa. [29]

A retribuição é, portanto, o limite da pena – ainda que não seja aceita isoladamente como sua finalidade, a retribuição está presente, necessariamente, em qualquer sanção: "A punição é, assim, infligida a um indivíduo por sua intrusão na autonomia do outro, e essa punição deve ser associada ao grau e à qualidade de tal desrespeito e intrusão. Segue-se que a punição deve ser rigorosamente limitada, em tipo e duração, à gravidade moral dos atos que o criminoso tenha praticado"; "Ao decidir como e até que ponto um criminoso deve ser punido, Kant insiste em que a única coisa

[26] Sobre a finalidade retributiva da pena assente na culpa e no livre-arbítrio, sabe-se da inexistência de um pleno livre-arbítrio, diante da falta de onisciência do homem na conformação do seu agir – "Se não conhecemos ou compreendemos toda a sequência de eventos que nos conduz a uma encruzilhada existencial – em que somos chamados a decidir por que caminho seguir – e não conseguimos antecipar todas as múltiplas consequências das nossas decisões, qualquer opção que tomemos será sempre condicionada não só pela nossa vontade, mas também por forças que, a partida, desconhecemos"; considera-se, então, que: "a liberdade de agir corresponde, no Direito Penal, a um conceito que, tendo por base a experiência humana e o reconhecimento da autonomia ética do agente, tem também uma forte componente normativa" (LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público, v. I, p. 336).

[27] "O utilitarismo sugere que deveríamos nos concentrar na consequência de qualquer ato – não há nada de intrinsecamente bom ou certo em um ato; o bom ato é aquele que produz maiores consequências para a felicidade e o prazer, ou que tem a consequência de satisfazer as preferências das pessoas. (...) O utilitarismo sustenta que a única razão válida para se punir alguém é a expectativa das consequências favoráveis que possam advir de tal prática, enquanto a teoria da retribuição sustenta que a punição só se justifica pelo fato de levar o infrator a receber aquilo que merece. Essas posições teóricas são contraditórias; uma olha para o futuro, a outra para o passado. (...) Ao condenar alguém, um juiz utilitarista tem os olhos voltados para o futuro. Está preocupado com o bem que a punição possa trazer para todos os envolvidos no caso. O objetivo geral consiste em elevar ao máximo a felicidade de todos. O crime é uma redução da felicidade. Os juízes e legisladores utilitaristas veem a punição como apenas uma das medidas para se lidar com o crime. O maior valor da punição consiste em dissuadir ou prevenir o crime" (WAYNE. Morrison. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, 174); o que merece uma aproximação também com o atual funcionalismo, quando sua versão mais radical deixa implícito que "o crime poderá corresponder a qualquer conduta cuja incriminação venha a ser útil à manutenção das expectativas sociais, num qualquer momento histórico" (LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público, v. I, p. 316/317).

[28] WAYNE. Morrison. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*, 174.

[29] Ibid.

que se pode levar em consideração é o ato por ele praticado. O sistema de punição deve ser rigorosamente formulado, e apenas com base na natureza do crime".[30-31]

A fundamentação axiológica, que demonstramos até aqui, arrasta a discussão, por sua vez, para um importante argumento – parece-nos que negligenciado, mas de enorme relevância para a compreensão sobre o *ne bis in idem*: o que Jorge de Figueiredo Dias chama de "*momento ético*" da sociedade, o consenso comunitário ou "fundo ético-cultural de uma sociedade em dado momento", capaz de objetificar valores na "consciência jurídica comunitária" – um elemento, enfim, cultural da nação que desagua no que nós percebemos como (e aqui chamamos) *cultura jurídica*.[32]

Portanto:

> Apesar da extensão e da intensidade com que hoje se afirma o dogma empírico-analítico no mundo do Direito, persisto em ver na "dimensão axiológica" aquilo que constitui um princípio como jurídico e fornece, como acentua *Castanheira Neves*, o fundamento do seu particular modo

[30] Devendo a gravidade da punição ter correspondência, por um princípio de igualdade, com a gravidade do crime: "(...) qualquer dano não merecido que infligirmos a uma pessoa será um dano infligido a nós mesmos. Se a difamamos, estaremos difamando a nós mesmos; se a roubamos, estaremos roubando a nós mesmos; se a matamos, estaremos matando a nós mesmos. Somente a lei da retribuição (*jus talionis*) pode determinar com exatidão o tipo e o grau da punição. (...) Todos os outros critérios flutuam ao sabor dos ventos e, tendo em vista que a eles se misturam considerações externas, não podem ser compatíveis com o princípio da justiça pura e estrita (Kant [*The Metaphysical Elements of Justice*, 1ª parte de *The Metaphysics of Morals*, 1979])" (WAYNE. Morrison. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*, p. 176/177).

[31] "Argumento decisivo contra a falta de humanidade das penas é, ao contrário [do argumento utilitarista] o princípio moral do respeito à pessoa humana, enunciado por Beccaria e por Kant com a máxima de que cada homem, e por conseguinte também o condenado, não deve ser tratado nunca como um "meio" ou "coisa", senão sempre como "fim" ou "pessoa". Não é só, e, sobretudo, não é tanto por razões econômicas, senão por razões morais ligadas àquele princípio, quaisquer que sejam as vantagens ou desvantagens que dele possam derivar, que a pena não deve ser cruel nem desumana; e os princípios são tais precisamente porque não se aderem ao que em cada caso convenha. Isso quer dizer que, acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e à quantidade da pena" (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 318).

[32] Falando sobre "Direito penal e Estado-de-direito material", explica essa última expressão: "Se (...) me decidi a podar de 'material' o Estado-de-direito que terei presente nas considerações seguintes, é só para sublinhar que a elas não interessa apenas o princípio básico do *primado de direito* na construção do Estado e na regência da vida comunitária dos cidadãos, mas interessa apenas o princípio básico do *primado de direito* na construção do Estado e na regência da vida comunitária dos cidadãos, mas interessa também, e de maneira fundamental, o *conteúdo normativo e axiológico* da regulamentação e da decisão jurídicas. Quero pois, com este designativo, abranger todo o Estado, mas só ele, que por um lado mantém incólume a sua ligação ao direito, e mesmo a um esquema rígido da legalidade, bem como ao respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas; mas que por outro lado se move, dentro desse esquema, por considerações axiológicas de justiça na promoção e realização de todas as condições – sociais, culturais e econômicas – de livre desenvolvimento da personalidade de cada homem. Todo o Estado, por outras palavras, que sem renunciar, bem pelo contrário, a uma específica intencionalidade axiológico-normativa, nem por isso quebra ou atenua a sua ligação ao direito nos quadros da legalidade democrática; todo o Estado, em suma, que simultânea e porventura paradoxalmente reconheça ao homem a liberdade *de* o ser e lhe queira possibilitar a liberdade *para* o ser" (DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal e Estado-de-direto material: sobre o método, a construção e o sentido da doutrina geral do crime. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 38-53, p. 39).

> de validade. Uma tal dimensão há-de então ser procurada no quadro dos valores integrantes do consenso comunitário, que vivem no fundo ético-cultural de uma sociedade em dado momento e se objetivam historicamente através da "consciência jurídica comunitária". Para que possam arvorar-se em fundamentos de validade jurídica precisam eles ainda, porém, de ser mediados ou "positivados" pela Constituição democrática do Estado. É no quadro dos valores aceites ou pressupostos para uma tal Constituição que deverá determinar-se o fundamento axiológico do princípio da culpabilidade e, com ele, a razão da sua subsistência ou do seu perecimento. [33]

Lembrando que o princípio da culpabilidade, de que fala Jorge de Figueiredo Dias no contexto, representa justamente a medida da retribuição da pena.[34]

Eis, portanto, os fundamentos axiológicos que elegemos para o estudo do *ne bis in idem* no Direito Administrativo Sancionador: a dignidade da pessoa humana, a busca da racionalidade no exercício do *ius puniendi* e a consideração da cultura (jurídica) como elemento ético, tudo isso, rigorosamente, na expressão das escolhas do legislador constituinte.

1.2 História e outros aspectos para o *ne bis in idem*

> *A noção de definitividade dos julgamentos parece ser inerente à aplicação da Justiça e corresponde a uma ideia antiga, cujos reflexos se podem encontrar em textos tão longínquos como o Código de Hamurabi, de 1760 a.c. Já Demóstenes, por volta de 350 a.c., afirmava que nenhum cidadão deveria ser julgado duas vezes pela mesma questão, nas suas Orações contra Leptines. Certos autores chegam mesmo a afirmar que a proibição de julgar ou punir duas vezes pelo mesmo crime corresponde a um dos princípios mais antigos da civilização ocidental. Esta tendência da doutrina em localizar as raízes*

[33] DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal e Estado-de-direto material: sobre o método, a construção e o sentido da doutrina geral do crime, p. 48.

[34] Conforme o autor: "Ora, aquele quadro é dominado pela ideia de que, nas relações sociais, cada pessoa é um fim em si mesma, possui uma dignidade intocável. Todas as relações humanas em sociedade devem por isso ser ordenadas em função deste primeiro fundamento ou – para dizer com *Barbosa de Melo* – deste "axioma antropológico", assim constituído em *Grundnorm* da ordem jurídica do Estado democrático. Daqui, justamente a minha (...) *tese: é o valor irrenunciável da garantia da iminente dignidade humana que constitui o fundamento axiológico do princípio da culpabilidade; e é a delimitação da responsabilidade do homem, dali decorrente, que define a função do princípio à luz das exigências do Estado-de-direito material*" (DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal e Estado-de-direto material: sobre o método, a construção e o sentido da doutrina geral do crime, p. 48).

> *do ne bis in idem nas profundezes da memória dos tempos não é estranha, pois parece que a ideia de que não seria legítimo, ou mesmo justo, impor uma dupla punição ou um duplo julgamento a uma pessoa pelo mesmo facto, terá estado presente no espírito dos homens desde os primórdios das comunidades primitivas. São Inúmeros os autores que qualificam este princípio como axiomático – como uma das leis que se impõem à razão humana.* (Inês Ferreira Leite)[35]

A origem do princípio *ne bis in idem* é atribuída, especialmente, ao instituto da coisa julgada, do Direito Processual Civil; com referências históricas nos escritos de Quintiliano, no século I, bem como a *Lex Acilia Repetundarum*, do início do século II, além de falarem em efeitos do caso julgado as *Pauli Sententiae*, os Institutos de Gaio e o Digesto de Justiniano – explica Inês Ferreira Leite, professora de direito penal, processual penal e contraordenacional na Universidade de Lisboa, e que elaborou um importante estudo a respeito do *ne bis in idem*, que imprimiu (como se verá) forte influência em nosso trabalho, por duas razões: primeiro, pela densidade de sua pesquisa, que não poderia ser desconsiderada,[36] depois, porque o pensamento desenvolvido pela autora encontra (no que pensamos se pode chamar realismo jurídico) respostas (não melhores) úteis, atuais e verdadeiras (desde o direito comparado) para difíceis problemas no exercício do poder de punir, ou como ela chama, no "poder público punitivo".

Sigamos, então, na explicação de Inês Ferreira Leite:

> De modo mais consistente, a doutrina tem vindo a apontar o direito romano como o berço do princípio do *ne bis in idem*, ainda que na formulação '*nemo debet bis puniri pro uno delicto*". E isto, apesar de não haver referências expressas a qualquer um desses brocados nos textos romanos hoje disponíveis. Dentro desta linha de pensamento, o *ne bis in idem* seria uma contratação ou adaptação de um outro princípio, o "*bis de eadem re ne sit actio*", segundo qual o mesmo interesse (ou mais literalmente, a mesma coisa) não poderia ser exigido(a) duas vezes, ou dar origem a duas ações judiciais. Esta regra era considerada, no Direito Romano, como uma consequência do princípio da boa-fé, que se opunha a que a mesma obrigação fosse duplamente exigida, como se pode ver pelo texto constante do Digesto de Justiniano: '*bona fides non patitur ut bis idem exigatur'*. Mas, a existência de uma linha de descendência direta entre este princípio, de

[35] LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público. Lisboa: AAFDL Editora, 2016, v. I. p. 42.

[36] Ilustrando a profundidade do levantamento feito por Inês Ferreira Leite a respeito do *ne bis in idem*, a versão comercial de sua tese, "*Ne (idem) bis in idem* proibição de dupla punição e duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público", foi publicada em dois volumes, que somam 2.079 páginas.

> natureza contratual, e o *ne bis in idem* não pode ser aceite sem reservas, pois já no séc. I, o próprio Quintiliano qualifica o famoso princípio '*bis de eadem re ne sit actio*' de obscuro, reportando algumas ambiguidades de sentido e apontando dúvidas sobre se a palavra '*eadem*' se referia ao acusador ou à ação.[37]

Já no Direito Canônico – com o registro de que, "a proximidade linguística e os registros existentes, deverá entender-se que a origem etimológica do '*ne bis in idem*', ou sua variante, '*non bis in idem*', encontra a sua sede mais acertadamente no Direito Canônico do que no Direito Romano"[38] –, durante a Idade Média, a proibição ao duplo sancionamento esteve nas disputas pelo poder para punir, sendo famosa divergência entre o Rei Henrique II, da Inglaterra, e o Arcebispo de Canterbury, Thomas Becket: "O Arcebispo opunha-se aos termos das '*Clarendon Constitutions*' e pretendia que os eclesiásticos fossem apenas julgados pelos tribunais da Igreja"; na verdade, "pretendia que, uma vez julgados, não mais o pudessem ser, enquanto Henrique II não estaria disposto a abdicar do poder temporal sobre os seus súditos e, menos ainda, dos proveitos econômicos decorrentes da apreensão dos bens dos condenados".[39]

Depois, no séc. XVI é que se terá começado a afirmar a proibição do *double jeopardy* [40] e "em 1557 que, pela primeira vez, surge uma referência mais extensa às regras inerentes ao *double jeopardy*, na obra de Sir William Stanford", *An exposition of*

---

[37] "No Direto Romano existiam vários tipos de ações: as ações pessoais, diretamente decorrentes das obrigações ou dos delitos, em que se pretendia obter uma compensação, e outros tipos de ações, como as ações reais ou outras cuja origem era meramente legal. Nas ações pessoais, o exercício tinha por efeito a extinção da obrigação, ocorrendo a *consumptio* (consumação do direito de ação), sendo esta substituída pelos efeitos da própria ação, o que tornava desnecessário o recurso a uma doutrina do caso julgado. Nos restantes casos, tal não ocorria, pelo que se tornou necessário, progressivamente, por criação dos pretores, o reconhecimento de uma exceção invocável contra novas ações que tivessem um mesmo pedido de outras já definitivamente julgadas. Assim, a '*exceptio rei iudicatae*' dependia essencialmente da identidade do pedido, mas podia, ou não abranger apenas as partes da primeira ação e os seus herdeiros, pois não havia consenso quanto aos seus precisos efeitos" (LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público, v. I, p. 45-49).

[38] Ibid., v. I, p. 59.

[39] "Certo é que os esforços de Thomas Becket foram inglórios e que, em toda a época medieval, o julgamento e condenação em tribunais eclesiásticos não conferia imunidade nos tribunais civis" (Ibid., v. I, p. 56/63).

[40] Willem Bastiaan van Bockel, que desenvolveu destacada pesquisa, na Utrecht University, Países Baixos, a respeito do *ne bis in idem*, explica a respeito do nome do princípio: "In continental Europe, the adage '*ne (or: non) bis in idem*' is the most commonly used expression of the prohibition. Some other rules and adage which are regarded as belonging to the *ne bis in idem* – family are '*res iudicata*' (the rule that a judgment acquires finality, except for the possibility of appeal), 'double jeopardy' (the rule in Anglo-America law that corresponds to *ne bis in idem*), '*autrefois acquit*' (the adage that any earlier *acquittal* bars a second prosecution) and '*autrefois convict*' (the adage that any earlier *conviction* bars a second prosecution), '*la chose jugée au criminal sur le criminel*' and *una via* (the rule that all charges brought against a defendant on the basis of the same conduct should be concentrated in one set of proccedings). It is worth noting that each of these 'versions' of the principle are really different legal rules" (BOCKEL, Willem Bastiaan van. *The* ne bis in idem *principle in EU law: a conceptual and jurisprudential analysis*. Amsterdam: Ipskamp Drukkers, 2009, p. 34).

the Kings prerogative; na sequência, o *Institutes of the Laws of England*, de autoria de Sir Edward Coke, publicado entre 1628 e 1644, e considerado a base do *common law*, estabeleceu "aquelas que foram as bases da doutrina do *double jeopardy*"; seguido de Sir William Blackstone, com a publicação dos seus *Commentaries on the Laws of England*, em 1769;[41] até então, entretanto, representando uma técnica processual. Quando aprovadas as dez Emendas à Constituição dos Estados Unidos, a chamada *Bill of Rights*, é que há o reconhecimento do *double jeopardy* com um significado de direito fundamental, na redação da Quinta Emenda: "*nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb*".[42]

A partir do século XVIII, com o iluminismo, e com as revoluções americana e francesa, três fatores reunidos permitiram um novo significado para o problema do duplo processamento e dupla punição, eram: (i) a concentração do poder punitivo nos Estados Modernos, o que, por sua vez, autorizava o reconhecimento de (ii) limites ao exercício desse poder, além de (iii) o início de uma fase de humanização das penas;[43] assim, "necessário que se consolidasse o processo de concentração do poder punitivo na pessoa do Rei, com a consequente exclusividade, em matéria penal, dos tribunais régios e a distinção entre Direito Civil e Direito Penal".[44]

Dessa evolução histórica, o exercício da Justiça modifica-se, de "uma mera concentração do direito de vingança ("*vindicta*") dos particulares no Estado, representado por um Rei todo-poderoso", com os direitos processuais "encarados como meras formalidades contornáveis, em prol das necessidades punitivas"; para, no fim do séc. XVIII, o exercício do poder punitivo, em alguma medida, deixar de ser uma prerrogativa do soberano e "passar a ser um poder-dever, instrumental à pacificação da sociedade e limitado pelos direitos do cidadão".[45]

---

[41] LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público, v. I, p. 63/67.

[42] "Fifth Amendment. No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation" (consultado em 20.06.2022: https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-5/).

[43] Sobre a história do poder punitivo do Estado e toda a justificação que alcança o poder sancionatório até os dias atuais ver nosso livro Direito Administrativo Sancionador Tributário (XAVIER, Marília Barros. *Direito Administrativo Sancionador Tributário*. Belo Horizonte: Fórum, 2021).

[44] LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público, v. I, p. 73/74.

[45] Ibid., v. I, p. 75.

Em outro aspecto, no período medieval, até o início do século XIX, as penas tinham um caráter por vezes definitivo, esvaziando o *ne bis in idem*, pois impossível ou dispensável a renovação de uma perseguição penal, diante da natureza da pena "como sucedia nos casos de pena de morte ou de degredo, ou pela sua duração, atendendo à baixa esperança média de vida e condições em meio prisional, ou ainda pelos efeitos devastadores na vida dos condenados, graças à infâmia".[46]

Nesse contexto, vale esclarecer o que são as chamadas "penas infamantes" (= infâmia), presentes, em regra, nas primeiras codificações penais de que se tem registro. Eram penas infamantes a "morte civil", por exemplo, na Espanha, havia a previsão de que o condenado "perderá, hasta obtener la rehabilitacion, todos los derechos de ciudadano" (Artículo 74 del Código Penal de 1822).[47]

Interessa o conceito, atualmente, diante de graves sanções administrativas, restritivas de direitos, e daí a necessidade da compreensão de seus limites; aproximam-se ao conceito, desde que é possível dizer como infamantes, *penas capitais* que "designam no léxico romanista também as várias formas de 'morte civil' e de *capitis diminutio* vinculadas à *servitus poenae* e que comportavam privações de *status* ou de direitos civis singulares".[48]

Do ponto de vista histórico, não devemos deixar de dizer, por fim, de um movimento da percepção de finalidades utilitaristas das penas, jamais perdendo de vista as teorias retributivas, como vimos, e de um novo cenário nas sanções: [49]

---

[46] Ibid., v. I, p. 76.

[47] "Según el artículo 28 del Código [de 1822], había tres penas que formaban parte de una misma clase: la declaración de infamia, la declaración de indignidad del nombre español, y la declaración de indignidad de la confianza nacional. Por su parte, otro de los artículos del Código indicó que la infamia también existiría en otras dos penas: en la pena de trabajos perpetuos y en la pena de muerte impuesta a delitos por traición" (NAVARRO, Juan B. Cañizares. La noción de penas infamantes en los Códigos penales españoles decimonónicos: especial consideración a sus efectos jurídicos y su finalidade. Glossae. *European Journal of Legal History*, n. 14. Valencia: Institute for Social, Political and Legal Studies, 2017, p. 236-263).

[48] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 315.

[49] "A partir do séc. XVIII, com a passagem para uma justificação contratualista do Estado, as teorias retributivas da pena foram sendo afastadas, dando lugar a uma visão (invocadamente) mais racional do Direito Penal, o qual – de acordo com a ideia de que os direitos dos cidadãos só poderiam ser colocados em causa para proteção dos próprios ou para garantia da subsistência da sociedade – deveria agora ser orientado por fins mais utilitaristas. Assim se abriu caminho para uma preponderância das teorias preventivas quanto ao fundamento da pena. A disseminação das teorias preventivas como fundamento do merecimento da pena veio criar um novo medo aos juristas e filósofos a época: o da instrumentalização e objetificação do ser humano em prol de fins gerais da sociedade. Este receio é notório já nos finais do séc. XVIII, na obra de Kant, para quem seria inconcebível que a pena tivesse uma finalidade exógena ao seu destinatário direto, porquanto o Homem não poderia ver a sua esfera jurídica tocada em função de fins alheios, sob pena de atentado à essencial dignidade do cidadão. Com estas considerações, Kant inaugura a reflexão sobre a relação entre os fins das penas e o respeito pelos direitos fundamentais, que mais tarde, já no séc. XIX e durante todo o séc. XX, constituiu o principal núcleo de reação às teorias preventivas"

> Todavia, e apesar das objeções possíveis, as intensas alterações sofridas pelo Direito Penal durante o séc. XX parecem ter sido movidas por uma perspectiva preventiva do Direito Penal, de que são exemplo o desenvolvimento de medidas alternativas à pena de prisão, das medidas de segurança, e do próprio ilícito de mera ordenação social [Direito Administrativo Sancionador]. (...) Assim, se durante o período histórico mais retributivo o número de crimes se manteve estável e a natureza ou gravidade das penas não convidava ao aparecimento de problemas de concurso de crimes, nos últimos duzentos anos as tendências inverteram-se de modo manifesto. (...) Necessariamente, portanto, houve um aumento do interesse prático e doutrinário em torno da resolução dos problemas de concursos de normas e de concurso de crimes. Como tal, nasceu todo um novo espaço de ponderação do *ne bis in idem* material.[50]

A mudança de cenário está longe de se resumir a uma perspectiva dogmática, antes ao contrário, é resultado de uma mudança da própria sociedade em que vivemos, com a atual dimensão das aglomerações humanas, a presença de novas tecnologias, as necessidades de regulações e de gestão de riscos coletivos pelo Estado, o que imprime mudanças no exercício do *ius puniendi*, com novas sanções e uma inegável sofisticação de problemas relacionados ao *ne bis in idem*.

Em artigo publicado sobre o *double jeopardy* na *The Supreme Court Review - The University of Chicago*, os professores Peter Westen e Richard Drubel observam, por exemplo, que de todas as garantias processuais do *Bill of Rights*, o princípio do *double jeopardy* é o mais antigo – uma ideia com raízes na Grécia, em Roma e no direito canônico, e que a afirmação de William Blackstone sobre o *double jeopardy*, no século XVIII, estava delineada pelo que Demóstenes disse 2.000 anos antes: "[T]he laws forbid the same man to be tried twice on the same issue" –, então, argumentam: se poderia supor que uma ideia tão antiga, a essa altura, já tivesse sido totalmente refinada e simplificada, mas não, embora o significado do *double jeopardy* [ou *ne bis in idem*] seja "claro", ele apresenta problemas "sutis e complexos", em uma doutrina reconhecidamente em estado de confusão.[51]

(LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público, v. I, p. 95/96).

[50] Ibid., v. I, p. 97/103.

[51] "Of all procedural guarantees in the Bill of Rights, the principle of double jeopardy is the most ancient. It is 'one of the oldest ideas found in western civilization', with roots in Greek, Roman, and canon law. What Blackstone said of double jeopardy in the eighteenth century can be traced to what Demosthenes said 2,000 years earlier: '[T]he laws forbid the same man to be tried twice on the same issue.'

One might suppose that an idea of such antiquity by now would have been thoroughly refined and simplified, but that is not so. Although the language of double jeopardy is 'plain,' it presents problems that are 'both subtle and complex' and encompasses a body of doctrine that is in an acknowledged state of

Pois bem, esse momento, de sofisticação do tema, em questões sutis e complexas, especialmente pela presença do Direito Administrativo Sancionador – e, de fato, de um reconhecido estado de confusão na doutrina – retrata o atual cenário do *ne bis in idem*; eis o nosso objeto para a compreensão na pesquisa.

1.3 A liberdade do legislador e o exemplo do sistema norte-americano

> *É a vontade legislativa, de fato, a maior e mais autorizada fonte dos distintos regimes jurídicos impostos ao poder punitivo estatal, desde uma vertente de legitimação democrática vigente no Estado Democrático de Direito. (...) No modelo de divisão de poderes políticos, sabe-se que o Poder Legislativo ostenta uma ampla e legítima discricionariedade no desempenho de suas funções, discrição muito mais ampla do que aquela reconhecida aos Poderes Executivo e Judiciário. Assim sendo, na repartição de poderes, ao Legislativo competem tarefas extremamente abrangentes e intensas, conformando as fronteiras do lícito e do ilícito, ainda que balizado e limitado por uma série de condicionantes políticas e jurídicas, em face dos efeitos do constitucionalismo na redução do papel desse Poder de Estado.* (Fábio Medina Osório)[52]

Para falar da liberdade do legislador em definir o poder punitivo do Estado, considerando diversidades e possibilidades de modelos, em cada ordenamento jurídico – veremos no estudo de direito comparado –, desde peculiaridades culturais, olharemos para o sistema norte-americano, com sua *Double Jeopardy Clause*, à guisa de exemplo da ampla discricionariedade do Poder Legislativo em suas decisões, no que nós chamamos *ne bis in idem*.

O princípio do *double jeopardy* (ou *Double Jeopardy Clause*) foi reconhecido pela primeira vez na Suprema Corte Americana no caso *Lange*, em razão de um erro na aplicação das penas previstas pelo legislador, como prisão *ou* multa, tendo sido aplicadas, entretanto, ambas as penalidades; do que resultou no reconhecimento da nulidade da

---

'confusion'" (WESTEN, Peter; DRUBEL, Richard. Toward a general theory of double jeopardy. *The Supreme Court Review*, 1978, 81-169, p. 81/82).

[52] OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 7ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 147.

sentença e na realização de um novo julgamento, neste, tendo sido aplicada somente a pena de prisão. Porém, quando dessa segunda sentença, o réu já havia pago a pena de multa anteriormente imposta, no que, apesar de a sentença anterior ter sido considerada nula, implicou na mudança da pena aplicada na segunda sentença para o aproveitamento da sanção já cumprida pelo réu; ou seja, embora, a multa tivesse sido paga em razão de uma sentença nula, a Suprema Corte Norte-Americana entendeu que, aplicar uma nova penalidade seria punir o réu duas vezes. Vejamos:

> The principle that a person may not be punished twice for the same offense was first noted by the Court in Ex parte Lange. Lange was convicted of an offense which carried a maximum penalty of either one-year imprisonment or a $200 fine, but he was mistakenly sentenced both to pay a fine of $200 and to serve one year in prison. When the error was brought to the trial judge's attention, he set aside the original sentence and imposed a fresh sentence of one year in prison, without, however, taking into account that the defendant had already fully paid the $200 fine. The Court reversed the prison sentence holding that even though the fine had been paid pursuant to an illegal sentence, to punish the defendant further was to punish him twice in violation of the Double Jeopardy Clause: "If there is anything settled in the jurisprudence of England and America, it is that no man can be twice lawfully punished for the same offense.[53]

O caso *Lange* foi interpretado pela Suprema Corte no sentido de que o *double jeopardy* diz respeito não somente a uma inválida "dupla penalidade", ou melhor, "Lange stands for the proposition that it violates double jeopardy to subject a defendant two separate and complete penalties for an offense that carries a maximum of only one penalty"; mas que a proibição é de que se submeta um réu a uma punição, não somente dupla, mas *além da pretendida pelo legislador*, veja-se: "the Court's rationale in Lange was not limited to cases in which the resulting punishment is twice what the legislature intends. Rather, the Court held the sentence invalid because it exceeded the maximum that the legislature contemplated"; [54] portanto, na medida em que um réu ficou sujeito a uma punição além do que o legislador pretendia, ele foi "duplamente" punido, violando a Double Jeopardy Clause.

A liberdade legislativa a respeito das penalidades é claramente reconhecida no sistema jurídico norte-americano. A respeito do significado do que seja uma "mesma ofensa", dada a questão: "What is the standard for determining whether offenses are the

[53] WESTEN, Peter; DRUBEL, Richard. Toward a general theory of double jeopardy. *The Supreme Court Review*, 1978, 81-169, p. 107.
[54] WESTEN, Peter; DRUBEL, Richard. Toward a general theory of double jeopardy, p. 107.

same for double jeopardy purposes?";[55] eis a resposta: "There are several possibilities. First, it can be argued that the Double Jeopardy Clause imposes no limitation on the legislature's definition of an offense, but rather incorporates by reference whatever the legislature defines as an 'offense' for punishment purposes".[56]

Por exemplo, seria possível que o legislador definisse que "robbery and bank robbery" (roubo e roubo a banco) são tipos distintos e que podem ser punidos cumulativamente; ou, considerasse que é crime a abertura não autorizada de malas postais separadamente, "unauthorized opening of mailbags as separate offenses", assim, o réu que abrisse várias malas postais, em razão de um único roubo, poderia ser punido cumulativamente, por cada ato de abertura, porque, por definição legislativa, cada unidade é um ofensa separada: "In both cases, the defendant's rights under the Double Jeopardy Clause proceed from legislative intente".[57]

O limite que se coloca a respeito da "unidade racional" de um crime, ou o limite até onde uma conduta pode ser fragmentada, para fins de tipicidade, nesse sentido, diz respeito, no sistema norte-americano, na verdade, não ao *double jeopardy*, mas sim, à proibição de punição excessiva, nos termos da Oitava Emenda - segundo a qual: "Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted".[58] Quer-se dizer:

> To be sure, it may be possible to hypothesize units of prosecution that are so fragmented that to punish each separately would constitute excessive punishment. But in that event, the fragmentation would be invalid because the Eighth Amendment already prohibits the State from subjecting a defendant excessive punishment. In other words, once it is determined that a defendant can constitutionally be punished for his conduct as a whole, the manner in which his conduct is divided into separate units for purposes of calculating his total sentence is of no constitutional significance except for deciding whether the total sentence is excessive; and that is a subject for decision under Eighth Amendment and not the Double Jeopardy Clause.[59]

---

[55] Considerada a distinção entre a vertente material e a vertente processual do *double jeopardy*, desde que, no aspecto processual do sistema americano (o que não é o nosso objeto neste ponto), por exemplo: "The Double Jeopardy Clause 'does not preclude the government's retrying a defendant whose conviction is set aside because of an error in the proceeding leading to conviction'"; assim: "Our purpose here is to determine whether offenses are the 'same' for the purpose of imposing multiple punishment, not for the purpose of deciding whether a defendant can be subjected to multiple prosecutions following a conviction or to multiple prosecutions following an acquittal. The purposes of the Double Jeopardy Clause differ from one context to the other and, therefore, so, too, does the definition of an "offense." (WESTEN, Peter; DRUBEL, Richard. Toward a general theory of double jeopardy, p. 106/112).

[56] Ibid., p. 112.

[57] Ibid., p. 112/113.

[58] Consultado em 01/07/2020: https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/amendment/amendment-viii

[59] WESTEN, Peter; DRUBEL, Richard. Toward a general theory of double jeopardy, p. 114.

Por exemplo:

> With respect to a defendant who steals $10, for example, there is no functional difference between punishing the entire theft by sixty days, or the theft of each separate dollar by six days, or the theft of each penny by six minutes. In each case the constitutional question is whether the total penalty the defendant receives is excessive in light of his conduct. And that is an Eighth Amendment question, not a question under the Double Jeopardy Clause: "The punishment appropriate for the diverse federal offenses is a matter for the discretion of Congress, subject only to constitutional limitations, more particularly the Eighth Amendment".[60]

O mesmo, se diga em relação à previsão de tipos e penas em mais de uma, ou em diversas leis, a respeito de uma única conduta ou fato naturalístico, considera-se, no sistema americano, que isso é um problema a respeito do possível excesso proibido na medida da pena, em razão da Oitava Emenda, mas não de um problema a respeito do *double jeopardy*:

> The argument assumes that the legislature has multiplied into many statutory offenses what is really only one offense. The flaw, however, is to assume that there is an objective basis for determining the maximum number of statutory offenses implicit in a single course of conduct. There is simply no way to make sense out of the notion that a course of conduct is "really" only one act, rather than two or three, or, indeed, as many as one likes. Of course, it may again be possible to hypothesize a situation in which the multiplication of statutes results in excessive punishment. But, here too, the statutes would be unconstitutional under the Eighth Amendment rather than the Double Jeopardy Clause.[61]

A tentativa de definir o conceito de "ofensa", independentemente de referências à liberdade do legislador, ficou frustrada no sistema norte-americano, diante do seguinte raciocínio: "The State courts have had endless difficulty defining an 'act' for the purpose of the statute. Sometimes an act is defined by the physical nature of the defendant's conduct; sometimes by the nature of his intended objective; and sometimes by the nature of the resulting harm"; no final o esforço resultou em uma "excruciatingly difficult

[60] Ibid., p. 114.
[61] Ibid., p. 114.

technical questions", desenvolvendo uma doutrina também de difícil aplicação e sem bases políticas ou filosóficas.[62]

Por outro lado, apesar da *Double Jeopardy Clause* não impor limitações ao legislador quanto ao conceito de "ofensa", que pode ser fragmentado e mesmo repetido em mais de uma lei, a ausência de um posicionamento claro do legislador resulta na interpretação a favor da unidade da infração, com a chamada "*rule of lenity*".

Assim, no caso em que pela primeira vez invocada a "*rule of lenity*", em *Bell vs. United States*, o réu havia transportado duas mulheres, em uma única viajem, para fins de prostituição, e a questão era saber se, com essa conduta, havia cometido um ou dois crimes, conforme previsto no "*Mann Act*". A Suprema Corte reconheceu que o Congresso tinha o poder constitucional de considerar que o transporte de cada mulher era um crime diverso, mas que isso deveria ser feito com clareza na lei, caso não o fizesse, demonstrava que essa não era a intenção do legislador; então, interpretar a lei para permitir várias unidades de acusação faria com que o réu fosse punido duas vezes em razão de uma conduta que o Congresso pretendia punir apenas uma vez. Dessa maneira, com a ambiguidade da lei, a Suprema Corte entendeu ter o legislador decidido pela presença de um único crime, pretendendo que o réu fosse punido apenas uma vez. Ou seja: "When Congress leaves to the Judiciary the task of imputing to Congress an undeclared will, the ambiguity should be resolved in favor of lenity"; e "It merely means that if Congress does not fix the punishment for a federal offense clearly and without ambiguity, doubt will be resolved against turning a single transaction into multiple offense".[63]

Vale a "*rule of lenity*" também para os casos em que exista a previsão da mesma conduta em mais de uma lei, pois:

> The rule of lenity is more than a rule of statutory construction, it is a "presupposition of our law". With regard to the constitutional requirement that a defendant have notice of what is defined as criminal conduct, the rule is grounded in the Due Process Clause and requires that penal statutes be strictly construed. With regard to the constitutional prohibition on punishing a defendant in excess of legislative command, it is a principle of double jeopardy and requires that vague or ambiguous statutes be resolved leniently to prevent zealous prosecutors and timorous judges from perceiving two offenses where the legislature intended only one. Thus, while designed as a

[62] Ibid., p. 116.

[63] Nas palavras do Juiz Frankfurter, segundo quem, ainda: "Id. at 83-84. The Court later characterized its decision in Bell as follows: 'We held that the transportation of more than one woman as a single transaction is to be dealt with as a single offense, for the reason that when Congress has not explicitly stated what the unit of offense is, the doubt will be judicially resolved in favor of lenity.' Gore, 357 U.S. at 391" (WESTEN, Peter; DRUBEL, Richard. Toward a general theory of double jeopardy, p. 117).

> protection against prosecutorial and judicial abuse, the Double Jeopardy Clause acts as an indirect restraint on the legislature, because it demands a certain standard of clarity from the legislature before multiple punishment will be allowed. Although the Clause incorporates by reference whatever the domestic law defines as an offense, in the event of uncertainty as to what the domestic law intends, the Clause requires that doubts be resolved in favor of punishing a defendant only once and puts the burden on the domestic law to speak to the contrary in language that is "clear and definite".[64]

A "regra da leniência" não significa uma restrição à liberdade do legislador no sistema norte-americano, ao contrário, em uma de suas específicas aplicações, chamada de "*Wharton's Rule*",[65] tem-se que: "It is a constitutional 'presumption' to be used as 'an aid to the determination of legislative intent'; sengundo a qual, "the closer the relationship between the nature of the two offenses, the stronger the presumption in favor of single punishment. In every case, however, the presumption can be rebutted by a showing of 'legislative intent to the contrary'".[66]

Pois bem, dado o exemplo do sistema norte-americano, com a compreensão da liberdade do legislador, não queremos dizer estar no princípio legalidade o fundamento do *ne bis in idem*; ao contrário, porque: "ainda que o princípio da legalidade pudesse obstar à dupla aplicação da mesma norma jurídica ao caso, dele não se consegue extrair uma proibição de aplicação cumulativa de diversas normas jurídicas a um só problema jurídico";[67] o conceito de legalidade não encerra o *ne bis in idem*, a liberdade legislativa,

---

[64] Em tradução livre: "A *rule of lenity* é mais do que uma regra de construção legal, é um 'pressuposto do nosso direito'. No que se refere à exigência constitucional de que o arguido seja informado do que se define como conduta criminosa, a norma está amparada na cláusula do devido processo e exige que as leis penais sejam interpretadas de forma estrita. No que diz respeito à proibição constitucional de punir um réu excedendo um comando legislativo, é um princípio do *double jeopardy* que exige que estatutos vagos ou ambíguos sejam resolvidos com indulgência para evitar que promotores zelosos e juízes tímidos percebam dois crimes onde o legislador pretendia apenas um. Assim, embora concebida como uma proteção contra o abuso do Ministério Público e do Judiciário, a *Double Jeopardy Clause* atua como uma restrição indireta ao legislador, pois exige um certo padrão de clareza do legislador antes que uma *multiple punishment* seja permitida. Embora a cláusula incorpore tudo o que o direito interno define como crime, em caso de incerteza, a Cláusula exige que dúvidas sejam resolvidas em favor de uma única punição, sendo ônus da lei dizer o contrário em uma linguagem 'clara e definitiva'" (WESTEN, Peter; DRUBEL, Richard. Toward a general theory of double jeopardy, p. 117/118).

[65] Segundo a qual: "[a]n agreement between two persons to commit a particular crime cannot be prosecuted as a conspiracy when the crime is of such a nature as to necessarily require the participation of two persons for its commission" (WESTEN, Peter; DRUBEL, Richard. Toward a general theory of double jeopardy, p. 119).

[66] "While Wharton's Rule creates the presumption in favor of a single offense, it can be rebutted, (...) by a showing of a 'clear and unmistakable' legislative intent that the substantive violation and the conspiracy be punished as multiple offenses" (WESTEN, Peter; DRUBEL, Richard. Toward a general theory of double jeopardy, p. 119/120).

[67] Pretendendo "divisar um contexto de justificação e de fundamentação do *ne bis in idem* que, sendo um só, consiga fazer face a todas as suas necessárias funções e, simultaneamente, que permita enquadrar um sistema de limites e legítimas concretizações", Inês Ferreira Leite investiga os fundamentos, a natureza e as funções do *ne bis in idem*, como orientação central de sua tese; é um olhar importante, incorporado ao

sim, ou melhor, é o legislador que decide o desenho do princípio da legalidade, também para o *ne bis in idem*, em cada sistema jurídico. No ensejo: também não se restringem os fundamentos para o *ne bis in idem* nas teorias penais de concursos, ou na coisa julgada, ou ainda, nas sofisticadas doutrinas sobre os fins das penas.

Eis a nossa defesa: cabe ao legislador, em cada ordenamento jurídico, a discricionariedade para a conformação do *ne bis in idem*, é dizer, a liberdade do Poder Legislativo é fundamento empírico desde a definição de políticas para o *ius puniendi*, dentre as quais, para o modelo no qual se realiza o *ne bis in idem*.

---

nosso trabalho, por exemplo, também de que: "Deverão, portanto, ficar afastadas todas as opções de fundamentação do *ne bis in idem* que assentem, singular e isoladamente, numa das suas funções; ou seja, devem afastar-se aquelas que decorrem, exclusivamente, ou da vertente material ou da vertente processual do princípio" (LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público, v. I, p. 240/241-244-247).

PARTE II

PARA NOVOS CONCEITOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

CAPÍTULO II

SOBRE O CÚMULO DE SANÇÕES

2.1 Penas e sanções

O estudo entre o que sejam as penas e o que sejam as sanções administrativas não é novo e até já alcançou alguma maturidade de conclusões.

Por outro lado, é atual e de crescente importância a identificação das duas classes de penalidades, notadamente quanto à cumulação entre ambas.

Não vamos aqui determo-nos no debate sobre as diferenças e, ou, semelhanças, em critérios qualitativos ou quantitativos de cada uma das duas categorias, ou na ontologia das medidas punitivas; pois, se trata (parece-nos) de um debate infindável, no qual o insucesso em se obter uma linha divisória segura e clara entre as duas classes de punições, seja numa (superada) perspectiva ontológica ou numa perspectiva axiológica (filosófica) das finalidades de cada uma das duas, seja numa perspectiva (empírica) de qualidade ou quantidade punitiva, é, em si, a resposta à questão sobre o que difere penas criminais de sanções administrativas: decisivamente, as escolhas legislativas em um determinado sistema jurídico; leia-se, a liberdade do legislador.

É, então, inevitável é o abandono de categorias na distinção das penas e sanções: "Modern German legal theory has largely abandoned the search for *the* demarcation between the two areas. (…) it is important to note that there is no essential, qualitative difference between criminal and administrative violations – an insight which has evolved as a result of more than 150 years of frustrating research". [68-69]

---

[68] "The traditional answer to the problem of how criminal offenses should be distinguished from administrative violations is the following: criminal offenses deserve moral blame, and criminal punishment confers such blame; administrative violations are ethically indifferent, and so is the sanction of *Geldbuße*. But even a brief look at some examples of misconduct designated as administrative violations in German law shows that the legislature did not reserve this label for «ethically neutral» behavior. (…) Saying that criminal offenses deserve and receive moral condemnation whereas administrative violations do not, immediately leads us to ask: what determines whether conduct «deserves» moral blame? (Surely it cannot be the mere fact that the conduct has been labeled a criminal offense). To this query, the traditional formalistic theory offers no answer" (WEIGEND, Thomas. The legal and practical problems posed by the difference between criminal law and administrative penal law, p. 86-89).

[69] No mesmo sentido, Helena Regina Lobo da Costa, fazendo um amplo levantamento dos aspectos relacionados à finalidade das penas, em especial no contexto do Direito Penal Econômico, conclui: "Há, é verdade, nuances, diferenças de abrangência e distintas intensidades, mas nada que se revele suficientemente marcante a ponto de afastar o reconhecimento de que a pena e a sanção administrativa buscam exatamente as mesmas finalidades" (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador:* ne bis in idem *como medida de política sancionadora integrada*. 2013.

Enfrentamos essa questão antes, em uma investigação curiosa e paciente, de um primeiro olhar, em nosso livro *Direito Administrativo Sancionador Tributário*,[70] onde tratamos dos conceitos fundamentais, sob variados aspectos, para o estudo do Direito Administrativo Sancionador – a exemplo também das definições de poder, potestade administrativa sancionadora, *ius puniendi*, gestão pública –; mas já então, a nossa conclusão era da ausência de critérios materiais seguros para distinguir as duas espécies de penas (criminais e administrativas).

Dito isso, a pesquisa deve voltar-se para a construção do porvir, tendo-se de aproveitar os debates e respostas já alcançados, inclusive, e principalmente, quando o resultado seja a frustração da ciência em identificar tal linha divisória convincente entre as classes punitivas da pena criminal e da sanção administrativa.

Reconhecendo essa dificuldade, para dizer de concretas diferenças entre uma e outra formas de penalidades, apontamos, desde nosso livro, para o critério formal da *competência legislativa*, privativa da União, para o direito penal;[71] e consideramos também um critério qualitativo, da presença da *pena privativa de liberdade* exclusiva ao direito penal – com exceção de possíveis regimes disciplinares sancionatórios militares,

---

Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p 161/162); para Inês Ferreira Leite: "Olhando para o estado das artes no atual Direito Sancionador Administrativo – e, em especial, no que respeita ao sistema de mera ordenação social –, conclui-se que a perspetiva tradicional de que ao Direito Administrativo caberia somente uma tutela preventiva, ficando para o Direito Penal o monopólio das reações repressivas, já não poderá ser plenamente sustentada. Afigura-se, antes, mais credível concluir-se que a sanção administrativa, tal como a pena criminal – pelo menos no âmbito do IMOS [Ilícito de Mera Ordenação Social] –, assume um caráter e função punitivos, residindo o cerne da distinção face à pena, *stricto sensu*, na já referida inexistência de uma forte censurabilidade ética"; pensando que: "O que aqui se defende é que o desvalor social, e ético, das condutas proibidas pelo IMOS – por oposição àquelas que têm legítimo cabimento no Direito Penal – e no sentido em que tal desvalor deverá associar-se a interesses e valores jurídicos, não decorre imediatamente de sua mera descrição, sendo necessária uma contextualização organizacional, mediada pelo conjunto compreendido pelas normas impositivas de regulação da atividade e pela proibição da norma sancionadora" (LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público, p. 352/354-360).

[70] *Direito Administrativo Sancionador Tributário*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2021.

[71] No caso do direito tributário, dissemos: "sistematizando diferenças entre o Direito Penal Tributário e o Direito Tributário Sancionador, teríamos, obrigatoriamente, a distinção na competência legislativa: para o direito penal, é exclusiva da União (nos termos do artigo 22, inciso I[71], da Constituição Federal), enquanto no sistema administrativo tributário, a competência legislativa punitiva, que é decorrente da competência material - como temos dito -, é concorrente da União, Estados, Municípios e Distrito Federal (nos termos dos artigos 24, inciso I[71], e 30, incisos I e II[71], todos da Constituição Federal). E a distinção quanto à competência para aplicação das sanções, com a necessidade de processo judicial para sanções penais (nos termos do art. 5º, incisos LIII, LIV e LVII[71] da Constituição Federal), cabe ao Poder Judiciário a aplicação das penas criminais. As sanções administrativas, por outro lado, podem ser aplicadas no exercício da função administrativa, em razão da autoexecutoriedade dos atos administrativos. Observemos, porém, que, no caso das multas, desde que inadimplidas, a Administração Pública fica obrigada a se socorrer da coação pelo Estado-Juiz, por um processo judicial - como dissemos, na norma secundária – através da execução fiscal" (XAVIER, Marília Barros. *Direito Administrativo Sancionador Tributário*, p. 107).

nos quais, é possível a privação da liberdade e quando sequer é cabível o *habeas corpus* (art. 142, § 2º, da Constituição Federal).[72]

Já o critério formal da *competência para a aplicação* da sanção, que, se poderia dizer, é no direito penal da função jurisdicional (= jurisdição) e no direito administrativo da função administrativa, não se aplica ao direito brasileiro.

Isso porque a aplicação da sanção administrativa em razão da tutela da probidade compete ao Poder Judiciário, no exercício da jurisdição, tanto quanto a competência para aplicar penas criminais, com a distinção de que, na tutela da probidade a jurisdição realiza-se na competência cível.

Dada essa particularidade, não se autoriza falar-se na presença da *jurisdição* como critério amplo distintivo entre sanções administrativas e penas, para o nosso sistema jurídico.

Agora, é preciso que seja feita uma outra distinção – nós notamos e propomos: entre o que são *sanções administrativas* e o que são *sanções de natureza administrativa*.

A nossa tomada de posição aqui, para as *sanções administrativas*, diz respeito à *matéria* de que tratam, se se trata de matéria de direito administrativo (= conceito material) ou de direito penal, conforme a escolha do legislador.

Sobre as *sanções administrativas*, esse conceito também diz respeito à *forma* pela qual se realizam, no processo administrativo (= conceito formal), ou seja, se se realizam na função administrativa – ainda que possam mesmo dizer respeito à gestão pública materialmente diversa, como são os casos da matéria fiscal, ambiental, sanitária, urbanista, de trânsito etc.

O conceito material de sanções administrativas que adotamos foi proposto por Fábio Medina Osório,[73] e está reconhecido, agora, pela reforma da Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429/1992, ao determinar em seu art. 1º, § 4º, que: "Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador"; disso falaremos no capítulo sobre o processo civil sancionador.

Quanto ao conceito de *sanções de natureza administrativa*, propomos nós, como uma tentativa de melhor compreensão da ciência sobre *o modelo brasileiro*.

---

[72] Constituição Federal, Art. 142. "§ 2º Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares".
[73] OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 7ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

Dedicamos um tópico somente a ele, ao final da pesquisa, mas nos antecipamos em dizer, percebemos como uma necessidade para o estudo do *ne bis in idem*, notadamente no que diz respeito à aplicação da *técnica de desconto*, o intangível *ne bis in idem* material.

2.2 Problemas e solução no cúmulo de sanções

Interessante observar a preocupação sobre o relacionamento entre pena criminal e sanção administrativa no "XIV International Congress on Penal Law", da Associação Internacional de Direito Penal, no ano de 1988, com publicação dos trabalhos na Revista Internacional de Direito Penal, sob o nome de "The legal and practical problems posed by the difference between criminal law and administrative penal law",[74] no qual participaram vinte e sete países,[75] que expuseram os seus respectivos ordenamentos jurídicos, a respeito de sistemas punitivos que incluem processos administrativos.

Os problemas debatidos nesse importante encontro permanecem atualmente e foram os seguintes:

> A atualidade do tema, realçada pela recente adopção (na segunda metade do século XX) de genuínos códigos de contra-ordenação em vários países, parece dever-se a pelo menos três razões.
> Por um lado, o fenómeno do excesso de legislação e regulação, observável tanto no direito penal como no direito administrativo, leva ao risco de que certas sanções – em particular as penais – sejam ineficazes, bem como ao risco de que uma pluralidade de processos são conduzidos e sanções impostas pelo mesmo ato.
> Por outro lado, o movimento de individualização do direito penal que conduz à diversificação das sanções torna mais difícil demarcar cada um dos sistemas de sanções, pois a sanção penal já não pode ser identificada com a privação de liberdade. Os fundamentos filosóficos da sanção penal *vis-à-vis* os da sanção administrativa – e, portanto, da infração penal *vis-à-vis* a infração administrativa – tornam-se igualmente difíceis de identificar. A diferença é quantitativa ou qualitativa? (cf. no direito alemão a noção de «Bagatelle» ou pequena infracção).

[74] Com publicações em inglês e em francês, também no título: Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le droit criminel et le droit administratif pénal. *Revue Internationale de Droit Penal*. 59º année. Stockholm: Editions Erès, 1988.

[75] Apresentaram as características de seus respectivos sistemas jurídicos, os seguintes países: Alemanha, Estados Unidos da América, Áustria, Brasil, Canadá, Chile, Espanha, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Índia, Israel, Itália, Japão, Noruega, Países Baixos, Polônia, Portugal, Romênia, Suécia, Suíça, Checoslováquia, Tunísia, União Soviética, Iugoslávia, China.

> Finalmente, estando as três razões obviamente muito ligadas, o movimento para a despenalização que se desenvolve em resposta à sobrepenalização baseia-se mais frequentemente no recurso ao «direito administrativo» penal como uma possível alternativa ao direito penal. Isso leva à pergunta de quais limites os princípios gerais do direito penal e do processo penal precisam ser transplantados para o campo administrativo.[76]

Esse cenário, por exemplo, na Alemanha,[77] caracteriza-se por ser possível a aplicação de pena de prisão somada a "penas suplementares" no âmbito criminal, como a proibição temporária de dirigir, a suspensão do direito de voto, ou de assumir um cargo público, além da possiblidade de medidas de incapacitação, como a revogação da licença para dirigir, sendo possível também a aplicação da pena de multa; enquanto a infração administrativa é punida somente com a multa, "financial penance", chamada de "*Geldbuße*".

Por outro lado, a multa administrativa em sendo descumprida e realizados todos os esforços para alcançar-se o seu pagamento, pode ser revertida em custódia, pela duração máxima de seis semanas, isso, somente nos casos em que o infrator tenha

---

[76] "The topicality of the subject, emphasised by the recent adoption (during the second half of the 20th century) of genuine codes of administrative infractions in various countries, seems to be due to at least three reasons.
On the one hand, the phenomenon of excessive legislation and regulation, observable just as much in criminal law as in administrative law, leads to the risk that certain sanctions – particularly penal sanctions – will be ineffective as well as to the risk that a plurality of proceedings are conducted and sanctions imposed for the same act.
On the other hand, the movement towards individualisation within penal law leading to a diversification of sanctions makes it more difficult to demarcate each of systems of sanctions, for the penal sanction can no longer be identified with deprivation of liberty. The philosophical foundations of the penal sanction vis-à-vis those of the administrative sanction – and therefore of the penal infraction vis-à-vis the administrative infraction – become equally difficult to identify. Is the difference quantitative or it is qualitative? (cf. in German law the notion of a «Bagatelle» or petty infraction).
Finally, the three reasons obviously being very closely linked, the move towards depenalisation that is developing in response to overpenalisation is most frequently based on recourse to penal «administrative law» as a possible alternative to penal law. This leads to the question within which limits the general principles of penal law and of penal procedure need to be transplanted into the administrative field" (MARTY-DELMAS, Mireille. The legal and practical problems posed by the difference between criminal law and administrative penal law. *Revue Internationale de Droit Penal*, vol. 59. Association Internationale de Droit Pénal: Stockholm, 1988, p. 21/22).

[77] Onde a competência para a aplicação da pena já foi o critério na distinção entre pena e sanção: "The difference between traditional and administrative penal law lay not so much in the substance of the matters regulated but in jurisdictional competence"; divididas as competências na aplicação da penalidade da seguinte maneira, "traditional criminal offences were adjudicated by high courts typically instituted by the territorial sovereign whereas administrative infractions were sanctioned by local authorities generally responsible for upholding peace and order". E onde já foram incluídas as infrações administrativas no Código Penal, porque "all attempts to draw a convincing and reliable distinction between criminal and administrative offences had been in vain"; o que depois foi revisto e separadas as infrações administrativas em um Código próprio, a princípio para infrações à ordem econômica, introduzindo um novo conceito de violações administrativas, ou "*Ordnungswidrigkeiten*" (WEIGEND, Thomas. The legal and practical problems posed by the difference between criminal law and administrative penal law, p. 67).

possibilidade de pagar e não pague; sendo que o tempo de prisão, nesses casos, não reduz o valor a ser pago como multa (ao contrário do que ocorre com a multa criminal).[78]

Interessante ainda a observação de que, na sanção administrativa um dos propósitos declarados da multa, "Geldbuße", é incidir sobre lucros ilegais derivados do delito, de forma que o valor da multa deve exceder o benefício econômico do infrator;[79] parecendo haver assim, em certos casos, uma reunião entre o objetivo de reparação do dano causado pelo ilícito e o objetivo de punição, através da multa; sendo possível também a aplicação de multas para cada uma das duas finalidades ou objetivos.

Isso demonstra, aliás, a diversidade de regimes legislativos entre os variados sistemas jurídicos de Estados; e, adiantamos que o regime jurídico de Portugal se inspira na Alemanha.

Veja-se que a sanção administrativa, na Alemanha, restringe-se à multa, sendo as penalidades restritivas de direitos aplicáveis no bojo do processo penal, em possível cumulação com uma pena privativa de liberdade.

Importa compreender essa possibilidade, tanto quanto a possibilidade da opção legislativa pelas penalidades restritivas de direito enquanto sanções administrativas, ou seja, aplicadas em um processo administrativo – em Portugal as mesmas sanções podem ser aplicadas no processo administrativo ou no processo criminal – ou mesmo em um processo civil – por exemplo, como quis o legislador brasileiro.

E nesse sentido está a conclusão de Inês Ferreira Leite de que: "Idealmente, o juiz penal teria competência para aplicar todas as sanções administrativas punitivas previstas para o facto, com relevância penal".[80]

Por esse argumento, vemos – isso que destacamos – a opção legislativa de se aplicar ou não aplicar tais sanções na competência penal, enquanto sanções possivelmente cumuláveis a uma pena privativa de liberdade.

---

[78] Ibid., p. 75/77.

[79] "In administrative penal law it is one of the declared purposes of *Geldbuße* to skim off illegal profits derived from the offence: the among of the fine shall exceed the economic benefit the offender has draw from the violation (§ 17 sec.4 OWiG)" (WEIGEND, Thomas. The legal and practical problems posed by the difference between criminal law and administrative penal law, p. 77).

[80] Admitindo-se, por exemplo – com a ressalva de que entendemos distintas as medidas de *punição* e *reparação*: "Se (...) a função última da pena é a proteção de bens jurídicos, constituindo os fins das penas tradicionais meros "fins-meios", imediatos, pode ainda visualizar-se uma outra relação de finalidade, mais específica e próxima do caso concreto – compulsão, coação, interdição ou inabilitação, publicização, ressocialização e reparação –, através dos quais se concretizam as finalidades de prevenção, de reprovação social do facto ou de estabilização das expectativas sociais" (LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público, Vol. II, p. 582-594).

Do que implica já a determinante conclusão, o vetor (= solução) na tese:

> o *ne bis in idem* não impede em absoluto a litispendência de processos criminais e sancionadores administrativos nem a cumulação de sanções penais e administrativas, ainda que essencialmente punitivas, pelo mesmo facto. A própria necessidade de se aplicar, pelo mesmo facto, uma pena criminal e uma sanção administrativa essencialmente punitiva que sejam funcionalmente diversas – como a cassação de uma licença ou uma inibição, ou a demissão – pode justificar a existência de um processo sancionatório administrativo.[81]

A duplicidade de processos sancionadores, portanto, por escolha do legislador, não só é possível, como pode realizar o princípio da necessidade da pena diante de determinado fato, desde que, sejam sanções *justificadas* por *funções concretas* imperativas ao interesse no qual se encontram: sejam sanções *funcionalmente* diversas – a ideia de função veremos no capítulo seguinte.

2.3 A sanção acessória

Quando se olha para variados sistemas nacionais e, mesmo internamente, no nosso ordenamento jurídico, percebe-se, por exemplo, que pode uma penalidade ser realizada em um processo penal ou em um processo administrativo; podem penas restritivas de direitos serem aplicadas sozinhas, cumuladas entre si, ou ainda, cumuladas com uma pena privativa de liberdade; pode vir a serem aplicadas, penas e sanções, em um ou mais de um processo sancionador; todas as hipóteses, a depender do modelo adotado pelo país.

Nisso, é preciso entender as penas (= penalidades) entre as chamadas penas principais e penas ou sanções acessórias.

Depois, deve-se distinguir o que são penas dos possíveis efeitos da condenação (criminal).

Só então, perceber como as chamadas penas ou sanções "acessórias" podem estar, às vezes, no âmbito de um processo penal, como, outras vezes, são sanções administrativas, no âmbito de um processo administrativo ou, no nosso sistema, estão também no processo civil sancionador.

---

[81] LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público, Vol. II, p. 581/582.

Têm as "penas acessórias" ou "complementares" – adiantamos a conclusão – justamente por essa razão, uma *natureza administrativa*, pois são "realizáveis", com a aplicação, desde por um *ato administrativo*, como por uma decisão jurisdicional, podendo desta *não depender*.

Essa flexibilidade da *sanção de natureza administrativa* identifica, na verdade, a existência desta em favor de interesses e bens jurídicos atuais e ajustáveis – característicos da pós-modernidade, ousamos dizer –, sob observação e decisão do legislador, conforme necessite a sociedade, dado o seu amadurecimento no tempo; tudo isso em oposição à pena de privação da liberdade, destinada – salvo a hipótese da sanção disciplinar militar – exclusivamente ao direito penal, sempre como *ultima ratio*.

Para entendê-las, aproveitemos, então, as características apresentadas por Inês Ferreira Leite, na identificação da sanção enquanto categoria *acessória* ou *complementar*, dados os seguintes critérios: "*i)* prossecução de objetivos não atingíveis pela pena principal; *ii)* proibição de obrigatoriedade (automaticidade); e *iii)* autonomia na avaliação da necessidade da sanção". [82]

Ou seja:

> As sanções que, complementarmente à pena criminal principal, se queiram aplicar não poderão resultar, de modo automático, da condenação, sendo que a respectiva aplicação deverá resultar de critérios autónomos aos que depuseram a favor da aplicação da pena principal. Mas, acima de tudo, a sanção acessória ou complementar (ou qualquer sanção análoga) deverá permitir a obtenção de finalidades, atendendo ao caso concreto, não alcançáveis pela aplicação de qualquer uma das penas principais ou de outras penas acessórias que também estejam previstas para o facto. [83]

Destacamos, novamente, a necessidade de uma finalidade (= função) concreta como justificação da sanção acessória; o que não deixa de ser a razão presente nos três critérios apontados.

Um exemplo, dado pela autora, de cúmulo proibido, está na Decisão nº 2010-66 do *Conseil Constitucionel*, da França, quando, entendeu-se que a pena acessória de confisco de veículo – não tendo, esta sanção, aplicação automática – era desproporcional à medida do ilícito de "contravenção estradal", pois "não sendo o veículo um objeto perigoso, *per si*, e estando também prevista a interdição de conduzir, esta pena assume a

[82] Ibid., p. 595.
[83] Ibid., p. 596.

mesma finalidade imediata de outra pena acessória, não podendo, ambas, ser cumuladas"; comparando ao sistema português, para defender, na verdade, que, quanto à "possibilidade de perda do veículo pela prática de crimes rodoviários , face ao art. 109º do CP, a mesma só será concebível se se revelar ineficaz uma outra medida ou se a razão da periculosidade do facto resida de modo fundamental com as características do próprio veículo em causa".[84]

O raciocínio é preciso, o duplo sancionamento é vetado diante da ausência de uma justificativa empírica legítima e da desnecessidade da pena.

Sobre o tema, observa Gilmar Ferreira Mendes: "Embora não o tenha formulado de forma expressa, é certo que, ao elencar os diversos tipos de penas passíveis de serem aplicadas, o constituinte brasileiro consagrou também o *princípio da necessidade da pena*", ou seja, "a aplicação da pena e a determinação de sua medida hão de se louvar pela ideia de necessidade"; lembrando: "Daí aceitar-se que tanto as teorias de prevenção geral como as de prevenção especial acabam por ter um papel na definição dos bens tutelados e na medida da pena".[85]

O cúmulo de sanções – dessa forma, admissível, ainda que em processos sancionadores distintos – implica, portanto, nessa análise, a ser procedida pelo legislador e pelo aplicador, da função concreta da pena.

Ou seja: *somente diante da existência de justificadas funções distintas*, à luz do princípio da necessidade da pena, é possível a cumulação – impondo-se a não automaticidade das sanções e a independência no caso concreto para a aplicação de cada uma delas.

Dito isso, faremos a seguir o estudo das "sanções acessórias" no Brasil, compreendendo também o ponto de vista histórico, nas escolhas legislativas, bem como, a presença dos efeitos da condenação criminal.

2.4 A "sanção acessória" no Brasil

Não há hoje, no Código Penal brasileiro, a presença de "penas acessórias"; explica Guilherme de Souza Nucci que no Código Penal brasileiro *não há previsão de penas*

[84] Ibid., p. 597/598.
[85] MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*, p. 706.

restritivas de direitos enquanto preceito secundário de crime, há somente a presença de penas restritivas de direitos como "penas alternativas" à pena privativa de liberdade:[86]

> A natureza jurídica da pena alternativa é de sanção penal autônoma e substitutiva. Substitutiva porque deriva da permuta que se faz após a aplicação, na sentença condenatória, da pena privativa de liberdade. Não há tipos penais prevendo, no preceito secundário, pena restritiva de direito no Código Penal. Portanto, quando o juiz aplicar uma pena privativa de liberdade, pode substitui-la por uma restritiva, pelo prazo da primeira, como regra. É autônoma porque subsiste por si mesma, para efeito de execução, após a substituição. O juiz da execução penal faz cumprir a restrição de direito, e não mais a privativa de liberdade, salvo necessidade de conversão por fatores incertos e futuros. [87]

São três espécies de penas, portanto, atualmente no nosso Código Penal, penas privativas de liberdade,[88] penas restritivas de direitos[89] (= substitutivas) e penas de multa.[90]

A pena de multa pode estar abstratamente cominada no tipo penal, quando será cogente e aplicada em cúmulo com a pena privativa de liberdade, atendendo aos mesmos critérios de individualização desta, à qual se soma; [91] ou pode ser substitutiva, da mesma forma que as penas restritivas de direitos, podendo ser aplicada em cúmulo com uma destas ou isoladamente (art. 44, § 2º; art. 60, § 2º, CP).[92]

---

[86] Código Penal: "Penas restritivas de direitos. Art. 43. As penas restritivas de direitos são: I - prestação pecuniária; II - perda de bens e valores; III - limitação de fim de semana; IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V - interdição temporária de direitos; VI - limitação de fim de semana. (...) Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são: I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; IV – proibição de freqüentar determinados lugares; V - proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos".

[87] NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 296.

[88] Código Penal: **"**Penas privativas de liberdade. Art. 53 - As penas privativas de liberdade têm seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal de crime".

[89] Código Penal: "Penas restritivas de direitos. Art. 54 - As penas restritivas de direitos são aplicáveis, independentemente de cominação na parte especial, em substituição à pena privativa de liberdade, fixada em quantidade inferior a 1 (um) ano, ou nos crimes culposos".

[90] Código Penal: "Pena de multa. Art. 58 - A multa, prevista em cada tipo legal de crime, tem os limites fixados no art. 49 e seus parágrafos deste Código".

[91] "Portanto, levará em consideração não somente as circunstâncias judiciais (art. 59, CP), como também as agravantes e atenuantes, além das causas de aumento e diminuição da pena. (...) Ilustrando, um condenado merecedor de pena privativa de liberdade acima do mínimo legal fará com que o julgador eleve, igualmente, o número de dias-multa. Outro sentenciado, cuja pena privativa de liberdade for fixada no mínimo legal, merece a sanção pecuniária em idêntico patamar. Não se pode olvidar, entretanto, o peculiar fator determinado pela lei para a fixação da pena de multa: o magistrado deve atentar *principalmente* para a situação econômica do réu (art. 60, *caput*, CP)" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte geral: arts. 1 ao 120 do Código Penal*, p. 648/649).

[92] Código Penal: Art. 44, "§ 2º. Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos"; Art. 60, "§ 2º. A

Lembramos que, em nosso sistema, em sendo inadimplida a pena de multa, não se pode reverter para uma pena privativa de liberdade, mesmo diante da solvência e possibilidade de pagamento pelo condenado; o que é "um desvio nítido da finalidade aflitiva da sanção penal, pois, na realidade, passa-se à fase de execução da pena de multa na esfera cível".[93] Após o trânsito em julgado da decisão que impõe a multa, esta "será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública" (art. 51 do Código Penal); cabendo o registro da mudança na redação da norma, nos termos da Lei nº 13.964, de 2019, para o mesmo art. 51 do Código Penal, que agora determina a execução do valor devido, "perante o juiz da execução penal", portanto, não mais na competência cível.

Exemplo interessante está na tutela do meio ambiente, com a Lei nº 9.605/1998, que reúne sanções penais e administrativas, incluídas, claramente, sanções de natureza acessória.

Na proteção ao meio ambiente há a aplicação, no processo penal, de *penas isoladas, cumulativas ou alternativamente*, incluída a natureza acessória, com penas, além de pecuniária, restritivas de direitos e de prestação de serviços à comunidade, destinadas às pessoas jurídicas (art. 21); com restrições (= acessórias) de: suspensão parcial ou total de atividades, interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade e proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações (art. 22).

Sendo que, outras sanções acessórias estão presentes na responsabilização administrativa para proteção do meio ambientes, como (art. 72): apreensão de animais, produtos e instrumentos, inutilização de produtos, suspensão de venda e fabricação, embargo de obra ou atividade, além de, restrições (art. 72, § 8º) sobre registro, licença ou autorização, de incentivos e benefícios fiscais, da participação em linhas de financiamento e a proibição temporária de contratar com a Administração Pública.

Outro exemplo – fácil de se enxergar – da acessoriedade das sanções está no Código de Trânsito Brasileiro, Lei nº 9.503/1997.

---

pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código".

[93] Concordamos com Guilherme de Souza Nucci, que explica ainda: "A doutrina nacional sempre prestigiou o entendimento de que a pena pecuniária é útil, mas precisa contar com caráter aflitivo, de forma que, não efetuado o seu pagamento, podendo o sentenciado fazê-lo, deveria ser convertida em pena privativa de liberdade" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*, p. 342/344).

Nele estão previstas sanções administrativas, por exemplo, de suspensão do direito de dirigir (não mais incidindo o art. 47, III, do Código Penal)[94], da cassação da carteira nacional de habilitação e da permissão para dirigir, além da obrigação em curso de reciclagem, como sanção (art. 256).

Observe-se que tais sanções não elidem "as punições originárias de ilícitos penais decorrentes de crimes de trânsito" (§ 1º do art. 256), sendo, portanto, cumuláveis e acessórias (por exemplo: arts. 292 e 293, § 2º).

Permanece o uso da nomenclatura "penas acessória", por outro lado, no Código Penal Militar, Decreto-Lei nº 1.001/1969[95] – aplicáveis inclusive de forma automática, salvo hipóteses que exigem a condenação em tais penas de forma expressa e fundamentada (art. 107).

É que, lembramos, historicamente, estiveram presentes "penas acessórias" no direito penal brasileiro, desde o Código Penal de 1830, no Código Penal de 1890 e, ainda, no Código Penal de 1940; neste, segundo a explicação de Aníbal Bruno:

> O nosso Código encerra o seu quadro de medidas penais admitindo as chamadas penas acessórias, que só se apresentam acompanhando uma pena principal.
> Essas providências punitivas distinguem-se desde logo das penas privativas de liberdade, porque estas se executam materialmente sobre a pessoa do condenado, confinando-o em prisão, enquanto que aquelas apenas o privam de certos diretos, limitando, assim, a sua capacidade jurídica.
> A origem de sanções dessa ordem encontra-se nas penas contra a honra, do antigo Direito, que, privando o réu do seu *status* de dignidade civil, com ele excluía o gozo dos direitos e prerrogativas que lhe eram inerentes.
> Mas as penas desse gênero foram perdendo o seu sentido infamante incompatível com as novas concepções do Direito punitivo, que não poderia hoje conceber uma pena essencialmente destinada a desonrar o criminoso.[96]

---

[94] Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*, p. 342.

[95] São as seguintes penas privativas de direitos previstas no art. 98 do Decreto-Lei nº 1.001/1969: "I - a perda de pôsto e patente; II - a indignidade para o oficialato; III - a incompatibilidade com o oficialato; IV - a exclusão das fôrças armadas; V - a perda da função pública, ainda que eletiva; VI - a inabilitação para o exercício de função pública; VII - a suspensão do pátrio poder, tutela ou curatela; VIII - a suspensão dos direitos políticos".

[96] "Despojadas as penas infamantes do seu caráter desonroso oposto ao espírito do Direito Penal moderno, alguns dos seus efeitos persistiram sobre outros fundamentos em várias legislações, geralmente sob o aspecto de penas acessórias. Em alguns códigos, porém, e na doutrina de certos autores, ainda são mencionadas como penas contra a honra. A decadência do aspecto jurídico dessas medidas tem-se acentuado e talvez o seu destino seja o de incorporarem-se na categoria das medidas de segurança, com a prevalecimento do seu caráter preventivo dos crimes. A pena acessória pode decorrer da natureza do crime, da falta ao cumprimento de certos deveres ou da espécie ou graduação da pena principal aplicada. Nos casos previstos na lei, a sua imposição é obrigatória. Pode vir declarada expressamente na sentença, e essa é a prática mais comum e aconselhável, ou resultar automaticamente da condenação. Figura geralmente na

Eram, na época, penas acessórias: perda da função pública, incapacidade para o exercício de função pública, incapacidade para o exercício de profissão, suspensão de direitos políticos, incapacidade para o exercício de autoridade marital ou de pátrio poder e da tutela ou curatela e a publicação de sentença.[97]

Decidiu o Constituinte da Carta Federativa de 1988, no art. 37, § 4º, entretanto, por manter as sanções de *perda da função pública* e *suspensão dos direitos políticos* como consequências para a responsabilização por ato de improbidade administrativa.

Nunca perderam, tais sanções, um caráter de acessoriedade.

Mesmo porque, ordenou também o constituinte que a responsabilização por ato de improbidade administrativa se fará "sem prejuízo da ação penal cabível"; sendo, por decisão expressa do legislador, tais sanções cumuláveis e, por isso, acessórias, quando diante de eventual ilícito penal, em razão dos mesmo fatos.

Noutro giro, há que se falar também sobre os *efeitos da condenação* previsto no Código Penal brasileiro.[98]

Isso porque as medidas que resultam como efeitos da condenação podem também representar restrições a direitos, por vezes, equivalentes às sanções administrativas.

---

sentença quando a sua aplicação resulta da natureza do crime ou de determinadas circunstâncias que nele concorreram, o que deve ser apreciado pelo juiz, ou quando cabe fixar na sentença o tempo da sua execução. Quando o seu fundamento é um fato certo, como a natureza ou o grau da pena principal, e a sua duração não precisa ser fixada pelo juiz, a pena acessória resulta automaticamente da condenação, prescindindo, assim, de ser declarada na sentença. Em certos casos, segundo a natureza da pena acessória, a imposição desta deve constar explicitamente da sentença. (...) As penas acessórias não gozam do benefício da suspensão condicional, nem do livramento condicional. São, além disso, imprescritíveis" (BRUNO, Aníbal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio – Sociedade Cultural Ltda., 1976, p. 207-210).

[97] Redação revogada no Código Penal: "Das penas acessórias. Art. 67. São penas acessórias: I. a perda da função pública eletiva ou de nomeação; II. as interdições de direitos; III. a publicação da sentença. Art. 68. Incorre na perda de função pública: I. o condenado à pena privativa de liberdade por crime cometido com abuso de poder ou violação de dever inerente à função pública; II. o condenado por outro crime à pena de reclusão por mais de dois anos ou de detenção por mais de quatro. Art. 69. São interdições de direitos: I. a incapacidade temporária para investidura em função pública; II. a incapacidade, permanente ou temporária, para o exercício da autoridade marital ou do pátrio-poder; III. a incapacidade, permanente ou temporária, para o exercício da tutela ou curatela; IV. a incapacidade temporária para profissão ou atividade cujo exercício depende de habilitação especial ou de licença ou autorização do poder público; V. a suspensão dos direitos políticos".

[98] Código Penal: "Art. 92 - São também efeitos da condenação: I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. II – a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado; III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença".

Por exemplo, nos lembra Guilherme de Souza Nucci: "Se algum profissional ou ocupante de cargo ou ofício público andou muito mal no desempenho de sua função o mais indicado a fazer é proibi-lo, definitivamente, de continuar a atividade, aliás, como já se pode fazer no tocante a cargos, ofícios e mandatos eletivos em certos casos (art. 92, I, CP), como efeito da condenação"; ou, ainda, se "o erro do profissional foi muito grave, a ponto de evidenciar o seu despreparo para a atividade laboral, cabe ao seu órgão de classe cassar seu registro, em definitivo".[99]

Agora, o que se vê – e a isso se deve buscar uma solução, a nosso ver: a *técnica de desconto* – é a presença no sistema punitivo brasileiro, por vezes, de *repetições* de penas e sanções de "mesma natureza", signo este que: deve identificar o bem jurídico sobre o qual incide a pena ou sanção, restringindo e privando o exercício de um determinado direito do infrator ou impondo o pagamento de pecúnia, por exemplo, representadas como *(i) penas pecuniárias*, *(ii) penas alternativas*, *(ii) efeitos da condenação* e *(iii) sanções administrativas* – a vedação, enfim, é que se "padeça" duas vezes do mesmo "sofrimento"; eis o sentido intangível do *ne bis in idem*.[100]

[99] NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*, p. 341.

[100] Helena Regina Lobo da Costa reconhece assim o problema: "conclusão a ser extraída da comparação entre espécies de sanção administrativa e pena consiste na imensa coincidência de conteúdos entre sanções administrativas e sanções penais. Deixando-se de lado, por ora, a questão da pena privativa de liberdade (...) verifica-se, por exemplo, que as sanções de inabilitação para o exercício de cargos são idênticas à pena restritiva de direito consistente em proibição de exercício de cargo, função ou profissão, uma das modalidades de interdição temporária de direitos. Aliás, praticamente todas as penas restritivas de direitos previstas no Código Penal – com exceção da prestação de serviços à comunidade e da limitação de fim de semana – encontram similar no campo administrativo. Assim, a multa e a prestação pecuniária podem ser impostas seja pelo direito penal, seja pelo direito administrativo. Do mesmo modo, a perda de bens ou valores, que, consoante visto, pode ser aplicada no campo tributário e no ambiental. (...) Existe, portanto, um evidente e relevante espaço de sobreposição material entre sanção penal e sanção administrativa, que não deve ser desconsiderado. Outro dado importante consiste na possibilidade de aplicação das sanções administrativas também a pessoas físicas, o que revela haver, em inúmeros casos, também uma coincidência quanto ao sujeito sancionado. Ademais, no que se refere à aplicação da Lei n. 9.605/98 e a previsão de responsabilidade penal da pessoa jurídica, nota-se que as sanções previstas no campo administrativo ambiental e as penas destinadas às empresas são quanto ao seu conteúdo, praticamente idênticas"; além disso: "não se deve ignorar que enorme parcela dos crimes previstos no direito brasileiro não dá ensejo, em regra, à aplicação de pena privativa de liberdade, em virtude das regras de substituição por penas restritivas de direitos ou de suspensão condicional da pena, ou, antes mesmo de uma condenação, da aplicação de transação ou suspensão condicional do processo" (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador:* ne bis in idem *como medida de política sancionadora integrada*, p. 169-172) – em todos esses casos, entendemos, impõe-se a técnica de desconto entre penas.

CAPÍTULO III

SOBRE O CÚMULO DE PROCESSOS SANCIONADORES

3.1 Sentido funcional do processo sancionador

> *Había una vez tres hermanas que tenían en común, por lo menos, uno de sus progenitores: se llamaban la ciencia del derecho penal, la ciencia del proceso penal y la ciencia del proceso civil. Y ocurrió que la segunda, en comparación con las otras dos, que eran más bellas y prósperas, había tenido una infancia y una adolescencia desdichadas. Con la primera le tocó dividir durante mucho tiempo la misma habitación; y aquélla retuvo para sí lo bueno y lo mejor.* (Francesco Carnelutti)[101-102]

A ilustração é interessante, há também na ciência outras duas irmãs, a vertente material e a vertente processual do *ne bis in idem*. Esta nasceu primeiro, e, com o tempo, perdeu um pouco do seu brilho para a irmã; a verdade, porém, é que a primogênita ilumina a caçula. É de grande importância o aspecto processual na compreensão do *ne bis in idem*.

Pois bem, percebe-se o *ne bis in idem* por uma vertente processual e uma vertente material, pois, tem-se que se está diante da proibição de (i) duplo processamento e julgamento penais e de (ii) dupla punição, pelo mesmo fato.

Isso não significa, entretanto, uma inteira separação entre as duas vertentes do *ne bis in idem*, da mesma maneira que não se separam inteiramente o direito penal e o direito processual penal.

Seguimos com Carnelutti, que explica – na sequência do trecho em epígrafe:

---

[101] No texto *La cenicienta*, (A cinderala), publicado primeiro como artigo na *Rivista di diritto processuale*, 1946, I, p. 1; depois incluído, como capítulo, no livro *Cuestiones sobre el processo penal*. CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el processo penal*. Buenos Aires: Libreria El Foro, traducción del volumen Questioni sul porceso penale, publicado por la editorial Dott. Cesare Zuffi, Bologna, 1950, y de diferentes trabajos aparecidos en la Rivista di Diritto Processuale, p. 15.

[102] "La Cenicienta es una buena hermana a la cual no le pasa por la imaginación elevarse de su rincón para que sus hermanas ocupen su puesto; no es, por consiguiente, una pretensión de superioridad que ella oponga a sus ciencias contiguas, sino únicamente una afirmación de paridad" (CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el processo penal*, p. 20).

> La separación de ambas enseñanzas, del derecho penal material y procesal, ha sido un evento feliz. Y no está en contradicción, ya se comprende, con su fundamental unidad: no es, verdaderamente, en el terreno de la autonomía, como suele hacerse, donde debe resolverse la cuestión. Esta de la autonomía es una fórmula ambiciosilla, con la cual los especialistas de ciertos estudios suelen celebrar, si no propiamente exagerar, su importancia, casi siempre al objeto de conseguir que constituyan materia de enseñanza particular; y ésta en principio, no es una mala cosa pero su razón no debe buscarse en la autonomía, que casi nunca tiene nada que ver con ella, sino más modestamente, en la insuprimible exigencia del análisis, que nos constriñe a mirar por separado, a costas desgraciadamente de deformala, los diversos aspectos de la realidad. Delito y pena son precisamente, como tantas veces lo hemos dicho, la cara y la cruz de una misma moneda; y a nadie se le ocurre sostener que sean autónomas entre sí la cara y la cruz; pero es verdad, sin embargo, que la moneda no se puede ver, simultáneamente, por la cara y por la cruz. [103]

Queremos chamar a atenção, então, para o relacionamento entre processo e pena, em um sentido funcional, com alcance para o *ne bis in idem*.

Desde que se assuma a inevitável interdependência entre julgamento e punição, porque, "não existe pena sem processo e o processo tem por função (ainda que essa não seja a única ou a principal) a averiguação da possibilidade e da necessidade de aplicação da pena", como lembra Inês Ferreira Leite; [104] no mesmo sentido, veremos no estudo do processo civil sancionador, é a explicação de James Goldschmidt, que parte da pena para explicar o processo penal, demonstrando a diferença (= paralelismo) com o processo civil.[105-106]

Há, portanto, uma relação mútua de *complementaridade funcional* entre *pena* e *processo*.

Nesse sentido, então, Carnelutti explica sobre *juízo* e *pena*, chamando atenção para o necessário *empirismo* no tema:

---

[103] CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el processo penal*, p. 15/16.
[104] LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público, v. I, p. 297.
[105] GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos do processo penal*. Coleção Clássicos do Direito Processual. RIBEIRO, Darci Guimarães; ANDRADE, Mauro Fonseca (diretores e organizadores). Tradução de Mauro Fonseca Andrade e Mateus Marques. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2018, v. II.
[106] Guilherme de Souza Nucci explica o "profundo vínculo entre o direito penal e o processo penal", pois todos os princípios constitucionais penais relacionam-se aos princípios constitucionais processuais penais e estes, da mesma forma, relacionam-se com aqueles: "O princípio da vedação da dupla punição pelo mesmo fato, de matiz penal, vincula-se ao princípio da vedação do duplo processo pelo mesmo fato, de fundo processual penal", assim, "não se pode nem mesmo processar duas vezes o mesmo sujeito, com base nos mesmos fatos; muito menos, puni-lo duas vezes por isso" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 31-33).

> Conocer la finalidad a la cual hay que llegar, si es necesario, no es suficiente para construir el mecanismo penal: el problema de los medios no tiene menor importancia que el problema del fin. Nosotros sabemos que los medios son dos: juicio y pena. Pero todavía se nos oculta la relación entre ellos, que son, una vez más, dos inseparables caras de una misma medalla. El principio fundamental, en materia de proceso, es que *no hay pena sin juicio ni juicio sin pena.*
> Que la pena se resuelva en el juicio y el juicio en la pena pone a plena luz *el valor y el peligro del juicio* para la lucha jurídica contra el delito. Parece una banalidad; pero es, en cambio, la clave del dispositivo. No hay otra rama del saber que tenga que encarar, como la nuestra, el problema del juicio, que es, en fin de cuentas, el problema del pensamiento. Todos creen saber, comenzando por los filósofos, qué significa juzgar; pero cuántos se engañan, comenzando por los filósofos, con esa su opinión! Es precisamente porque las premisas acerca de este tema crucial son empíricas, y no científicas, por lo que el proceso penal es todavía un dispositivo burdo y grosero.[107]

Agora, é claro: "Não se trata de uma mera instrumentalidade, decorrente da falta de eficácia, direta e imediata, da pena, e nem sequer de uma pura necessidade de proteção das garantias individuais, no momento da aplicação da pena"; o processo penal é mais do que mero instrumento de realização do direito penal, é o "caminho necessário para a pena e espelha o contexto onde se torna possível a verificação da legitimidade punitiva e a realização dos fins atribuídos ao Direito Penal".[108]

Pois bem, mas, importa demonstrar o conceito de *função* como identificamos no exercício do *ius puniendi* pelo Estado; a função, então, está representada na sanção (como vimos antes) e, em razão desta, por sua vez, está representada também (como vimos agora) no processo sancionador.

A *função* tem, assim, um sentido *concreto*, de "operação" ou "ação dirigida para um fim e capaz de realizá-lo",[109] como reconhece a filosofia, sendo antes empírico (*ser*) que filosófico (*dever ser*).

É o conceito de função apresentado por Luigi Ferrajoli, em seu livro Direito e Razão,[110] que empregamos na pesquisa, percebendo o que seja a *função concreta* (=

---

[107] CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el processo penal*, p. 346.
[108] LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributo os para a racionalidade do poder punitivo público, v. I, p. 299.
[109] ABBAGNANA, Nicola. Dicionário de filosofia. 6ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 548.
[110] "Direito e razão é a conclusão de uma extensa é minuciosa investigação, levada a efeito durante anos, sobre as mais diversas disciplinas jurídicas, especialmente o direito penal, e de uma longa e apaixonada reflexão, nutrida de estudos filosóficos e históricos, sobre os ideais morais que inspiram ou deveriam inspirar o direito das nações civilizadas"; localiza-se, Ferrajoli, na filosofia e na política: "No conjunto, tudo se enquadra: positivismo jurídico, que não deve ser confundido com legalismo ético, como se disse, separação entre direito e moral, em todas as suas dimensões, método analítico e liberalismo político, entendido como doutrina dos limites e dos vínculos do poder do Estado, formam um conjunto coerente e

empírica) da sanção e (em razão desta) do processo sancionador, diferente do que representa o conceito de finalidade no *ius puniendi*. [111]

> Nem sempre, quando se afronta o problema da "função" ou das "razões" do direito penal, tais pontos de vista distinguem-se com clareza. A palavra "função" (não menos do que a palavra "razão") é, com efeito, equívoca, podendo ser utilizada e compreendida quer em sentido prescritivo quer em modo descritivo. No primeiro sentido designa as finalidades que *devem ser* perseguidas pela pena a fim de tornar justificável o direito penal; no segundo, contempla as finalidades que de fato *são* perseguidas pelas penas bem como os resultados por estas concretamente obtidos. Neste livro a usarei somente com este segundo significado, vez que, para designar o seu sentido normativo, utilizarei a palavra "fim".[112]

O conceito de *função* no *ius puniendi* – ao lado dos conceitos de motivação e justificação – como demonstrado por Luigi Ferrajoli, então, estudamos a seguir, desde a pergunta: por que punir?

3.2 Justificações, funções e motivações: por que punir?

contribuem, ao convergirem, para a composição do sistema penal do garantismo. As propostas de reforma avançadas, particularmente inovadoras aquelas relativas à pena, são conseqüência direta da teoria liberal das relações entre indivíduo e Estado, conforme a qual, primeiro vem o indivíduo e depois o Estado. E o Estado já não é um fim em si mesmo, porque é, ou deve ser, somente um meio que tem como fim a tutela da pessoa humana, de seus direitos fundamentais de liberdade e segurança coletiva" (BOBBIO, Norberto. Prefácio. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 7-11).

[111] Carnelutti também defende uma distinção entre os conceitos de função e finalidade para as penas, mas, descreve esta como sendo parte daquela, porque usa um conceito amplo de *função* no direito; como Ferrajoli, defende também a importância de uma compreensão empírica da pena, ou seja, separando o que *a pena deveria ser*, do que *a pena é*: "Un método es un camino, y en fin de cuentas todos los caminos llevan a Roma; me parece, sin embargo, difícil que el camino hacia el conocimiento de un instituto no pase por la distinción entre su función y su estructura. Tendremos, para recoger algún buen fruto, que trabajar con este método también el instituto penal. La función de la pena, hasta ahora, ha opuesto a nuestras investigaciones la dificultad de un enigma. Después de tantos siglos y de tantos esfuerzos, no hemos conseguido descifrarlos. Y, sin embargo, no hay que descorazonarse. Es cuestión de insistir con paciencia. También el de la función es un concepto complejo, que hay que distinguir en sus dos aspectos de la finalidad y el resultado. Sólo así llegaremos, entre otras cosas, a no confundir lo que *la pena debería ser* con lo que *la pena es*. Naturalmente, es én torno a lo que debería ser, donde está el nudo de la dificultad. Es ahí donde se encuentran los dos principios de la prevención y de la represión. Pero son también dos caras de una misma medalla. Sólo el segundo, por lo demás, presenta el rostro de la esfinge. Ante su aspecto la ciencia se ha detenido siempre; aun cuando ha insistido sobre la represión, no ha llegado a explicarla mejor que con paráfrasis: ¿cómo puede reprimirse el delito, esto es, cómo puede ser cancelado de la historia? Mientras no haya sabido arrancar a la naturaleza este secreto, la ciencia del derecho penal no estará fundada" (CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el processo penal*. Buenos Aires: Libreria El Foro, traducción del volumen Questioni sul porceso penale, publicado por la editorial Dott. Cesare Zuffi, Bologna, 1950, y de diferentes trabajos aparecidos en la Rivista di Diritto Processuale, p. 345).

[112] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 171/172.

> *Muitos dos equívocos que afligem as discussões teóricas e filosóficas relacionadas à questão do "por que punir?" dependem, a meu aviso, da frequente confusão entre os diversos significados a esta associáveis, entre os diversos problemas pela mesma expressos, bem como entre os vários níveis e universos de discurso aos quais pertencem as suas possíveis respostas. Tais equívocos refletem-se também no debate entre "abolicionistas" e "justificacionistas" do direito penal dando margem a incompreensões teóricas, frequentemente confundidas com dissensos ético-políticos.* (Luigi Ferrajoli)[113]

Explica, Luigi Ferrajoli, em sequência do destaque na epígrafe (que merece ser seguida): "O vício metodológico perceptível em muitas das respostas, até o momento examinadas, à pergunta 'por que punir?' consiste na confusão feita pelas mesmas entre a função ou a motivação com a finalidade, ou seja, do ser (de fato ou de direito) e o dever ser (axiológico) da pena", além da, "consequente assunção das explicações como justificações e vice-versa". [114]

---

[113] "A tarefa preliminar da análise filosófica é, portanto, aquela de esclarecer, no plano metateórico e meta-ético, os vários estatutos epistemológicos dos problemas expressos por meio da questão 'por que punir?', bem como das suas diversas soluções. Para esta finalidade quer-me parecer essencial sejam feitas duas ordens de distinções: a primeira, banal, mas nem sempre mantida bem presente, diz respeito aos possíveis significados da questão; a segunda, não menos importante, e, geralmente abandonada, diz respeito aos níveis de discurso em que se colocam as possíveis respostas. A pergunta 'por que punir' pode, primeiramente, ser compreendida em dois sentidos diversos: a) *por que existe* a pena, ou seja, se pune; b) *por que deve existir* a pena, ou seja, se deve punir. No primeiro sentido, o problema do 'porquê' da pena é um problema *científico*, que admite respostas de caráter empírico formuladas em formas de proposições *assertivas* verificáveis e falsificáveis, ou, pelo menos, suscetíveis de serem consideradas *verdadeiras* ou *falsas*. No segundo sentido o problema é, ao contrário, *filosófico*, precisamente de filosofia moral ou política, admitindo respostas de caráter ético-político formuladas em forma de proposições *normativas*, e, enquanto tais, nem verdadeiras nem falsas, mas apenas e tão somente, aceitáveis ou inaceitáveis como *justas* ou *injustas*" (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 259/260).

[114] "Nesta confusão caem, por primeiro, aqueles que produzem ou sustentam doutrinas filosóficas da justificação, apresentando-as como '*teorias* da pena'. É assim que estes falam, a propósito dos discursos sobre os objetivos da pena, de '*teorias* absolutas' ou 'relativas', de '*teorias* retributivistas' ou 'utilitaristas', de '*teorias* da prevenção geral' ou da 'prevenção especial' ou similares, sugerindo a ideia de que a pena possui um efeito (em vez de uma finalidade) retributivo ou reparador, ou que essa previne (em vez de dever prevenir) os delitos, ou que reeduca (em vez de dever reeducar) os réus, ou que dissuade (em vez de dever dissuadir) a generalidade dos associados do cometimento de delitos ou similares. Entretanto, em uma confusão análoga, caem, também, aqueles que produzem ou sustentam teorias jurídicas ou sociológicas da pena, apresentando-as como *doutrinas* de justificação. Contrariamente aos primeiros, estes concebem como finalidades as funções ou os efeitos da pena, ou do direito penal, definidos empiricamente ou prescritos juridicamente, assim afirmando que a pena deve ser segregadora com base no fato de que concretamente o é, ou que deve satisfazer o desejo de vingança ou as instâncias sistêmicas de estabilidade institucional, pois que, por hipótese, realmente lhes satisfaz, ou, ainda, que deve estigmatizar ou isolar, ou neutralizar os condenados, vez que de fato e/ou de direito desenvolve tais funções" (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 260/261).

Utiliza, Ferrajoli, três palavras para designar três significados do termo "*por que*": "a palavra *função*, para indicar-lhe os usos descritivos de tipo histórico ou sociológico; a palavra *motivação*, para indicar-lhe os usos descritivos de tipo jurídico e, por derradeiro, a palavra *finalidade*, para indicar-lhe os usos normativos de tipo axiológico".[115]

E usa duas palavras – na verdade, dois grupos de palavras – para designar a epistemologia das possíveis respostas: "são *teorias* ou *explicações*, sejam elas jurídicas ou sociológicas, as respostas às questões sobre a motivação jurídica das penas e sobre as funções por estas efetivamente desenvolvidas"; e "serão *doutrinas* axiológicas ou *de justificação* as respostas às questões ético-filosóficas sobre a finalidade (ou finalidades) que o direito penal e as penas devem ou deveriam perseguir".[116]

Portanto, há que se distinguir (separando) possíveis respostas para a pergunta "por que punir" entre *explicações* (empíricas = sociológicas / jurídicas) – onde se encontram a função e a motivação da pena – e *doutrinas de justificação* (filosóficas) – onde, aí sim, se encontra a finalidade da pena.

Nomeando de "doutrinas" normativas para dizer das *finalidades* (= filosóficas / justas ou injustas) que justificam as penas; e "teorias" descritivas ou explicativas (= empíricas / verdadeiras ou falsas) para dizer das *funções* (= fornecidas pela sociologia das instituições penais) e das *motivações* jurídicas (= formuladas pela ciência do direito positivo) das penas. Ainda, a confusão entre os dois grupos fica chamada de "ideologia", como "qualquer tese ou conjunto de teses que confunda 'dever ser' e 'ser'".[117]

Agora, dada a separação entre o que diz respeito aos *valores* e o que diz respeito aos *conceitos empíricos*, "se as normas nada nos dizem sobre aquilo que de fato acontece, os fatos também nada nos dizem sobre os valores das normas"; e "os primeiros pertencem a um nível metalinguístico em relação àquele ao qual pertencem os segundos", chamando-se "*doutrinas de justificação*", os primeiros, e "*justificações*", os segundos.[118]

Porém, eis a união dos dois: "as justificações (ou não justificações) são discursos assertivos que têm por objeto o próprio direito penal e as penas, e, mais especificamente, o fato de que os mesmos satisfaçam ou não o objetivo ou objetivos previamente

---

[115] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 260/261.
[116] Ibid., p. 261.
[117] "Precisamente, chamarei de *ideologias naturalistas* ou *realistas* as ideologias que assumem as explicações empíricas (inclusive) como justificações axiológicas, assim incorrendo na *falácia naturalista* da derivação do dever ser do ser; e *ideologias normativistas* ou *idealistas* aquelas que assumem as justificações axiológicas (inclusive) como explicações empíricas, incorrendo, por assim dizer, na *falácia normativistas* da derivação do ser do dever ser" (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 261).
[118] Ibid., p. 262.

assumidos como justificadores com base na doutrina de justificação adotada". Diante dessa reunião, é que, "as doutrinas normativas de justificação são, quase sempre, apresentadas diretamente como justificações"; mas, problema é que, quando "uma justificação for apriorista, ou seja, prescinda da observação dos fatos justificados, esta decai para a condição de ideologia normativista, ou seja, idealista".[119] Dito isso, então:

> Para que uma doutrina de justificação não se preste a ser utilizada diretamente como justificação apriorística, viciada pela falácia normativa, é necessário, em primeiro lugar, que os meios sejam adequados aos fins, de tal modo que os objetivos justificadores do direito penal sejam empiricamente realizáveis com as penas e não realizáveis sem estas. [120]

Assim, haverá realmente uma *doutrina de justificação* – e não uma ideologia –, diante da "sua idoneidade não tanto a justificar aprioristicamente, mas, sim, a indicar as condições em presença das quais o direito penal (ou um seu determinado instituto) é justificado e em ausência das quais não se justifica".[121]

> Via de consequência, as justificações prestadas com base em uma doutrina de justificação da pena devem consistir em justificações *relativas* e *condicionadas* para que, por seu turno, não decaiam à condição de operações de legitimação apriorística e, consequentemente, ideológica. Precisamente, estas serão justificações *a posteriori*, parciais e contingentes, posto que resultantes da verificação de um satisfatório grau de realização do bem extrajurídico assumido como objetivo e da comissuração ao mesmo dos meios penais justificados. Ademais, serão perfeitamente compatíveis com não justificações e hipóteses de reforma ou de abolição – igualmente, *a posteriori*, parciais e contingentes – do sistema penal avaliado ou de seus institutos individualmente considerados.[122]

---

[119] Ibid., p. 262/263.

[120] "Em segundo lugar, para que o modelo de justificação proposto permita replicar de maneira convincente à provocação abolicionista e, de outra parte, à objeção moral kantiana, segundo a qual cada pessoa constitui um fim em si própria, este também deve fazer o seu ponto de vista radicalmente externo dos destinatários das penas para que, inclusive aos olhos deles, resulte congruente e consistente o relacionamento empírico entre meios penais e fins extrapenais e nenhum deles seja tratado como uma coisa ou um 'puro meio' para fins que não são seus. E, a tal escopo, necessário se faz que fins e meios sejam homogêneos entre si, de maneira que o mal causado pelas penas seja confrontável com o bem perseguido como fim, sendo-lhe justificável não apenas a necessidade, mas também a natureza e a medida como males ou custos menores em relação à falta de satisfação do fim" (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 264).

[121] Ibid., p. 264.

[122] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 264/265.

É, portanto, antes, na *função* e na *motivação* empíricas das instituições punitivas e do direito positivo que estão as legítimas (= não ideológicas) *justificações* do poder punitivo do Estado.

Na *função* concreta da pena, ao lado da *motivação* dos institutos jurídicos, ambos empíricos, verificáveis na (e pela) sociedade, que queremos centrar a nossa atenção para o estudo do *ne bis in idem*; não só na *finalidade* das penas – esta, pensamos, não só não oferece critérios suficientes para a distinção entre pena e sanção administrativa, como também, para uma justificação de cúmulo ou não cúmulo entre sanções e entre processos sancionadores; garante (deve garantir), por outro lado, a finalidade retributiva, o núcleo intangível ao *ne bis in idem* material.

3.3 Processos materialmente penais

> *E o* ne bis in idem *só incorpora um efetivo valor constitucional acrescido, face ao instituto do caso julgado (que o precede, em antiguidade), se não lhe for apenas reconhecido um âmbito de aplicação circunscrito ao processo penal. É apenas com o reconhecimento da dimensão material do ne bis in idem que este assume a sua força vinculante, como garante da racionalidade no exercício do poder punitivo público, e só beneficiando um campo de aplicação alargado, pode ele assumir uma função geral de limitação do poder coercitivo público.* (Inês Ferreira Leite) [123]

Chamamos de *processos materialmente penais* ou de *processos sancionadores* em sentido amplo as formas processuais nas quais se realize o *ius puniendi*, tendo em conta o Direito Administrativo Sancionador.

No Direito Comunitário europeu, é farto o debate a respeito da expressão "processo materialmente penal", dedicamo-nos, agora, entretanto, somente a uma breve anotação do ponto de vista doutrinário, em especial, sob o olhar de Inês Ferreira Leite, para o cenário do *ne bis in idem*; uma vez que se trata, como já dissemos, de uma reconhecida influência em nosso trabalho.

---

[123] LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público, v. I, p. 406/407.

Depois, no estudo sobre o processo civil sancionador, trazemos uma análise detida para a nossa interpretação do processo materialmente penal, e, claro, há na pesquisa o momento dedicado ao direito comparado, com o estudo do direito comunitário europeu.

Para agora, então, posicionamo-nos, como Inês Ferreira Leite, no sentido de que: "Se há algo que caracterize a punição e que a permita claramente diferenciar de outros mecanismos sancionatórios, será a sua componente essencialmente retributiva".[124]

Entretanto, além disso:

> Para que se obtenha, então, um critério completo e autossuficiente, que abranja tanto a proibição de cumulação de sanções punitivas oriundas de ramos jurídicos díspares, como a proibição de cumulação de sanções formalmente penais – como ocorre com a aplicação cumulativa da pena e da sanção acessória; ou mesmo pensando na possibilidade (de *iure condendo*) de se estabelecerem penas mistas ou compostas –, torna-se necessário acrescentar-lhe um substrato adicional. O *ne bis in idem* apenas deverá e poderá intervir quando se pretenda cumular duas sanções essencialmente punitivas. Mas, mais que isso, quando, perante uma tal cumulação, não se logre encontrar distintos fundamentos que justifiquem a cumulação, à luz da racionalidade global do sistema sancionatório. [125]

É que as vertentes material e processual do *ne bis in idem* se aproximam em favor de uma *dimensão processual ampla do princípio*, que alcança a compreensão tradicionalmente presente no direito penal, mas também a atual relevância do Direito Administrativo Sancionador.

Inês Ferreira Leite observa quais características essenciais ao processo penal, *em sentido formal*, devem, portanto, qualificar um determinado processo como sendo, então, um *processo materialmente penal*.

Caracteriza o processo penal o exercício do *ius puniendi*.

O interesse público, entretanto, não se reduz ao poder de punir do Estado, notadamente, somente havendo o justo processo quando a formalização da pretensão de punir se contenha em um determinado procedimento, condicionado às garantias de defesa e aos direitos fundamentais.

---

[124] "Neste sentido, pena, coima, sanção disciplinar, sanção administrativa geral e obrigação de reparação do dano têm em comum, entre si, a circunstância de configurarem reações contra um ilícito" – mas não concordemos com a ausência de um contorno, entre as funções punitiva e reparatória, aproximando-as e mesmo mesclando as duas, quando pretende delimitar os âmbitos de validade e eficácia do *ne bis in idem*. Continua a explicação: "E tanto podem tratar-se de ilícitos formalmente distintos, mas materialmente fungíveis, como de mero reflexos normativos de uma mesma censura normativo-social" (LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público, v. I, p. 409, 411/412).

[125] Ibid., p. 414/415.

Portanto, do *objeto* do processo penal é a pretensão de punir pelo Estado, porém, a sua *função* é a comprovação da validade da pretensão processual de realização do *ius puniendi*, o que resulta simbolizada na expressão de um juízo sobre a culpabilidade.

Dadas características buscadas a respeito de um processo materialmente penal, então, deve-se delimitar o que seja, por sua vez, um *julgamento* em sentido materialmente penal e a conformação da chamada *fair chance at trial.*

> Há que determinar, então, de acordo com critérios materiais, quando é que fica esgotado o poder punitivo público; isto é, quando é que a completude do julgamento, formal ou materialmente penal, precludem a realização de novo julgamento, formal ou materialmente penal, deixando, assim, apenas em aberto – desta feita, ao legislador – o caminho da restrição legislativa. [126]

É dizer:

> A mera existência do processo não conduz necessariamente a uma consunção do poder punitivo, quando nem sequer tenham sido reunidas condições para a realização de um julgamento em sentido material. Não basta a existência formal de um processo e a possibilidade teórica de se ter realizado um juízo sobre a pretensão punitiva. Forçoso é que se tenha garantido, no seu núcleo essencial, a possibilidade de esgotante averiguação da pretensão punitiva pública; ou seja, a *fair chance at trial* da acusação. Porém, a concretização do que seja a esgotante averiguação da pretensão punitiva constitui fonte de inúmeras divergências.[127]

Existe uma tensão dialética, então, entre *fair chance at trial* e *fair trial*, este "sob cuja égide se encontram dois compromissos essenciais: condução do processo de modo imparcial e garantia do mais cabal exercício do direito de defesa".[128]

Ou seja, há, em qualquer processo materialmente penal (= sancionador), uma tensão entre a garantia de que o arguido possa exercer, plenamente, a defesa, mas também uma garantia da acusação, em poder realizar o dever de punir do Estado.

Agora, pode essa garantia à acusação, desde que assim o queira o legislador, vir a resultar em uma hipótese de duplo processamento sancionador, sem que isso resulte na vulneração ao *ne bis in idem*:

> a conclusão de um julgamento materialmente penal não impede a aplicação de sanção essencialmente punitiva, funcionalmente diversa à que foi aplicada na sequência do primeiro julgamento –

[126] Ibid., p. 468.
[127] Ibid., p. 470.
[128] Ibid., p. 475.

> necessariamente, deverá ter havido condenação no primeiro caso ou, quando se trate de aplicação de sanção funcionalmente diversa não penal, os fundamentos da absolvição não podem contender com a aplicação desta sanção – através de um novo procedimento (penal ou administrativo), desde que não se renove integralmente o juízo sobre a validade da pretensão punitiva (juízo de culpabilidade).[129]

A nossa conclusão, enfim, é um acréscimo à conclusão que expomos no capítulo anterior, de em se tratando de *sanções funcionalmente diversas*, por exemplo, complementares ou acessórias, justificadas, portanto, de um ponto de vista funcional, concreto e empírico, o *ne bis in idem* não impede a *duplicidade de processos sancionadores.*

Acrescente-se que, em havendo o duplo processo sancionador, impõe-se a técnica de desconto, como veremos; nesse sentido, fixando inclusive – no que concordamos – a desnecessidade de se ter no sistema jurídico a regra expressa, conclui Inês Ferreira Leite da sua exposição: "alguma restrição fundada ao *ne bis in idem*, realizando-se um novo julgamento ou aplicando-se ao agente uma segunda sanção essencialmente punitiva, sempre deverá aplicar-se o mecanismo do desconto, mesmo na ausência de previsão legal para o caso".[130]

[129] Ibid., p. 493.
[130] Ibid., p. 491.

PARTE III

PROCESSO CIVIL SANCIONADOR

CAPÍTULO IV

PROCESSO CIVIL SANCIONADOR: O MODELO BRASILEIRO NO PROCESSO

4.1 O conceito de sanção administrativa de Fábio Medina Osório

Nossa interpretação, a respeito do processo civil sancionador, equivale ao *aspecto processual* do conceito de *sanção administrativa* defendida por Fábio Medina Osório, *peculiar* ao sistema jurídico brasileiro.

Fábio Media Osório percebeu que, no Brasil, "o critério predominante é o Direito Administrativo, não o da função administrativa".[131]

E explica a *tutela jurisdicional* da probidade administrativa, da seguinte maneira – denomina, Fábio Medina Osório, de *natureza penal da sanção*, para falar da competência criminal, o que se distingue, mas não conflita com o que chamamos de "penal", no sentido de sancionador (chama "sancionador" também como a expressão mais ampla, e nós também a usamos assim), quando falamos de *processo materialmente penal* na tutela da probidade administrativa (= realiza pretensão punitiva):

> No caso das sanções administrativas (de Direito Administrativo) aplicadas por Juízes e Tribunais, a nota distintiva da sanção será, além da presença da Administração Pública em um dos polos (como lesada), (...) a ausência de natureza penal da sanção, o que se deve verificar, de um lado, na decisão legislativa soberana e discricionária e, de outro, na ausência de previsão, direta ou indireta, de pena privativa de liberdade.[132]

A tese a que corresponde o aspecto processual que agora apontamos, foi apresentada originalmente na Revista de Administración Pública nº 149,[133] na Espanha, na qual o autor reconheceu a natureza jurídica das sanções na Lei de Improbidade Administrativa, como *sanções administrativas*, que pertencem ao direito administrativo

---

[131] OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, p. 111.
[132] Ibid., p. 111.
[133] OSÓRIO, Fábio Medina. Corrupción y mala gestión de la *res publica*: el problema de la improbidad administrativa y su tratamiento en el derecho administrativo sancionador brasileño. *Revista de Administración Pública*, nº 149, mayo-agosto, 1999.

e são aplicadas por autoridades judicias,[134] enunciando o seu (bem sucedido) conceito para o direito brasileiro.[135]

Ao conceito de sanção administrativa de Fábio Medina Osório, nós, agora, acrescentaremos:

(i) que tais sanções são também *de natureza administrativa* – adiantamos o conceito –, pois são realizáveis, à escolha do legislador, em um processo penal ou fora dele, em um processo administrativo ou, como no caso, em um processo civil;

(ii) que, diante da natureza de sanções administrativas aplicadas no processo civil, este conforma na verdade um *processo materialmente penal*, (devendo ser) chamado *processo civil sancionador* – em homenagem ao direito material "direito administrativo sancionador" – e, no qual, os institutos processuais, por tal razão, recebem uma forte influência de técnicas processuais penais (com matizes).

Explica Fábio Medina Osório – vale a transcrição, mesmo que extensa:

> La tesis penalista
> La suspensión de derechos políticos, que es la principal sanción de la LIA, tenía una tradición de «sanción penal» en el Derecho brasileño, aunque accesoria. Además, se trata de una sanción que afecta a derechos fundamentales de los ciudadanos. Es una inhabilitación absoluta que afecta al derecho de sufragio activo y pasivo, además de producir una radical restricción al agente condenado, el cual no puede ocupar cargos públicos y otros altos cargos mientras sus derechos políticos estén suspendidos. ¿Sería, entonces, una sanción penal? La discusión es importante, puesto que, siendo penal, esa acción prevista en la LIA tendría su lugar ante un juez «penal», importando poco el nombre de «acción civil pública», a la luz de las garantías clásicas del proceso y del derecho penales.
> La tesis administrativa

[134] Lembra, aliás, que a aplicação de tais sanções pelo Poder Judiciário satisfaz a exigência de Luigi Ferrajoli, em seu Direito e Razão – como também temos estudado aqui –, que defende a imposição judicial de penas privativas de direitos que afetam liberdades fundamentais (OSÓRIO, Fábio Medina. Corrupción y mala gestión de la *res publica*: el problema de la improbidad administrativa y su tratamiento en el derecho administrativo sancionador brasileño, p. 493/494).

[135] "La idea es que la expresión «sanciones administrativas», empleada en la LIA al lado de las sanciones que están fijadas en la propia Ley (art. 12, *caput*, LIA), lo es *stricto sensu*, es decir, significa «sanciones aplicadas por autoridades administrativas». La LIA adopta dos concepciones posibles de sanción administrativa: la concepción formal *stricto sensu* (que utiliza el elemento subjetivo en sentido estricto) y la concepción, más amplia, que conecta la naturaleza jurídica de la sanción a la naturaleza jurídica de las normas de Derecho material que la regulan. Las sanciones de la LIA (art. 12, I, II, III) son aplicadas por autoridades judiciales, de ahí la distinción necesaria entre sanciones administrativas *stricto sensu* y sanciones administrativas *lato sensu*. De hecho, la LIA prevé sanciones de Derecho Administrativo, puesto que se trata de relaciones especiales de sujeción sometidas al Derecho Administrativo Sancionador. Son «ilícitos» practicados por funcionarios públicos o particulares contra los principios y reglas que presiden la Administración Pública. Se trata, sin duda, de sanciones administrativas" (OSÓRIO, Fábio Medina. Corrupción y mala gestión de la *res publica*: el problema de la improbidad administrativa y su tratamiento en el derecho administrativo sancionador brasileño, p. 494).

> (…) La suspensión de derechos políticos no es una sanción típicamente penal, pues no se ajusta al criterio formal de las sanciones esencialmente penales, es decir, no tiene la previsión de una pena privativa de libertad. La CF/88 no le reserva ese estatus, no califica la suspensión de derechos políticos como una sanción exclusivamente penal. La única pena exclusivamente «criminal» es la privación de libertad (art. 1º da le Ley de Introducción al Código Penal). (…) Es posible, por lo tanto, imponer esas sanciones por una vía extrapenal, puesto que hay una libertad de configuración legislativa de las diversas medidas sancionadoras posibles.
> La solución del Derecho brasileño
> ¿Cuál es, entonces, la naturaleza jurídica de esas sanciones? La respuesta no es sencilla, puesto que las sanciones a los actos de «improbidad administrativa» tienen su lugar independientemente de las sanciones «penales», «civiles» y «administrativas» (art. 12, *caput*, LIA), es decir, contempla esas sanciones como si fuesen otra categoría distinta de aquellas ya referidas. De este modo, en una primera lectura de la Ley, parece un verdadero misterio la calificación jurídica de las sanciones previstas en el artículo 12, I, II y III, da la LIA, puesto que ni serían administrativas ni civiles, tampoco penales… ¿Qué tipo de sanciones serán éstas? Pues se trata de sanciones de Derecho Administrativo Sancionador, es decir, son sanciones administrativas que están en juego.[136]

Aliás, a respeito da Lei de Improbidade Administrativa, Fábio Medina Osório, identifica "um papel inovador e rompedor de paradigmas não apenas no sistema brasileiro, como também no direito comparado".[137]

Como, enfim: "Una alternativa válida, pues, que emerge en el escenario brasileño es la utilización de un Derecho Administrativo Sancionador aplicado por jueces, una solución ecléctica entre las tradicionales opciones del juez penal o la autoridad administrativa".[138]

A tese, apresentada em 1999, foi agora expressamente incorporada na reforma à Lei de Improbidade Administrativa, através da Lei nº 14.230/2021, para a atual redação do art. 1º, § 4º da Lei nº 8.429/1992: "Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador".

A jurisprudência já reconhecia, em alguma medida, a real natureza da Lei de Improbidade, mas o que se via antes da reforma da lei era (de alguma forma ainda é):

---

[136] OSÓRIO, Fábio Medina. Corrupción y mala gestión de la *res publica*: el problema de la improbidad administrativa y su tratamiento en el derecho administrativo sancionador brasileño, p. 492/493.
[137] OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*: má gestão pública, corrupção, ineficiência, p. 163.
[138] OSÓRIO, Fábio Medina. Corrupción y mala gestión de la *res publica*: el problema de la improbidad administrativa y su tratamiento en el derecho administrativo sancionador brasileño, p. 512.

> A ferramenta que estamos a manejar para o diagnóstico repressivo da improbidade é a LGIA. Natural, pois, que se identifiquem sua natureza e seu alcance, tarefas historicamente desprezadas pela boa doutrina nacional, considerando o silêncio rotundo sobre tais aspectos atinentes à LGIA. Não se diz que estamos diante de um Código Geral de Conduta, tampouco se afirma que estamos diante de normas de direito administrativo sancionador, dois vetores fundantes da normativa que rege todos os agentes públicos brasileiros. E é também na LGIA que se encontram os remédios, é dizer, as sanções aos atos ímprobos, cuja natureza jurídica devemos deixar assentada, sob pena de perdermos o foco e ignorarmos o regime jurídico adequado ao tratamento da matéria.[139]

Enfim, há pouca compreensão da matéria e, por isso, pouca compreensão (e ainda rejeição) do conceito material de sanção administrativa de Fábio Medina Osório, que não só é correto, como também "desvendou" a real manifestação do legislador brasileiro a respeito do nosso direito administrativo sancionador.

O nosso trabalho, agora, soma a esse conceito, a demonstração da *implicação* das escolhas do legislador brasileiro, para o tema do *ne bis in idem* – no que, apresentamos novas conclusões e construímos novos conceitos, processuais e em um sentido empírico para o direito administrativo sancionador, especialmente.

4.2 Sanção administrativa e processo civil

Comecemos lembrando que a palavra *sanção* representa não um único conceito, porque pode se dizer sanção significando, por exemplo, *norma jurídica secundária*, como pensou Kelsen (ainda que a tenha nomeado a princípio de "norma primária", somente depois vindo a chamá-la de "norma secundária"), para dizer da norma que se destina a corrigir a não conformidade ao direito, desde que a não conformidade não é a negativa do direito ("não-Direito"), mas é fato e norma que pertencem ao próprio sistema

[139] Com o alerta de que: "Tomaremos a ideia de Código não no sentido tradicional/clássico da expressão, fundada no direito codificado do século XIX, no berço francês, mas em sua acepção mais atual, herdeira dos valores inspiradores dos famosos Códigos norte-americanos de direito, nos mais insuspeitos domínios sociais. Repare-se, aliás, na própria origem do direito administrativo por agências, que é a marca peculiar daquele sistema jurídico no decorrer do século XX e que projeta influências notáveis nos regimes jurídicos democráticos da Europa e da América Latina, para ficarmos com estas referências singulares e marcantes" (OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*: má gestão pública, corrupção, ineficiência, p. 159/162).

jurídico.[140] Nesse sentido, diz-se que sanção é a norma processual, *acionada* através da realização do direito constitucional de exercício da ação judicial.

Diz-se também *sanção* das penas aplicadas no âmbito privado, por iniciativa de particulares, em suas relações individuais, a exemplo da regra disposta no artigo 1.337, do Código Civil/2002.[141]

Observemos que desde esse sentido é possível nomeá-la de *sanção* ou *pena*, porque representa necessariamente uma penalidade; não sendo usado, por outro lado, o nome *pena* para dizer do significado Kelseniano (referido acima).

Pena, por sua vez, também pode assumir mais de um significado.

É possível dizer de *penalidades sancionatórias* ou de *penalidades reparatórias* – as primeiras, sempre como consequência de conduta ilícita, as segundas, sempre em razão da existência de um dano causado.

Se pode chamar *sanções penais*,[142] decorrentes de crimes ou contravenções, reguladas pelo direito criminal – com uma distinção de competência legislativa, que para o direito penal é necessariamente exclusiva da União, nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal,[143] bem como, com a presença da pena privativa de liberdade.

---

[140] Explica Kelsen: "Se uma ordem normativa prescreve uma determinada conduta apenas pelo fato de ligar uma sanção à conduta oposta, o essencial da situação de fato é perfeitamente descrito através de um juízo hipotético que afirme que, se existe uma determinada conduta, deve ser efetivado um determinado ato de coação. Nesta proposição, o ilícito aparece como um pressuposto (condição) e não como uma negação do Direito; e, então, mostra-se que o ilícito não é um fato que esteja fora do direito e contra o Direito, mas é um fato que está dentro do Direito e é por este determinado, que o Direito, pela sua própria natureza, se refere precisa e particularmente a ele. Como tudo o mais, também o ilícito (não-Direito) juridicamente apenas pode ser concebido como Direito. Quando se fala de conduta 'contrária'-ao-Direito, o elemento condicionante é o ato de coação; quando se fala de conduta 'conforme'-ao-Direito, significa-se a conduta oposta, a conduta que evita o ato de coação" (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009, p. 127).

[141] "Art. 1337. O condômino, ou possuidor, que não cumpre reiteradamente com os seus deveres perante o condomínio poderá, por deliberação de três quartos dos condôminos restantes, ser constrangido a pagar multa correspondente até ao quíntuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade das faltas e a reiteração, independentemente das perdas e danos que se apurem. Parágrafo único. O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento anti-social, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembleia" (Código Civil).

[142] "O vocábulo 'pena', no direito brasileiro, não significa, necessariamente, 'penas criminais'. Trata-se de um termo ambíguo, que comporta a ideia de 'penas administrativas', 'penas privadas', 'penas de direito civil', 'penas de direito processual' e outras. A Constituição brasileira de 1988 (CF/88), desde logo, ao tratar desse assunto, não se limita às 'penas criminais'. Além disso, 'sanção' também é usada na seara criminal e nem por isso é de uso privativo daquele ramo jurídico. Da mesma forma, a palavra 'pena' não traduz 'penal', mas, sim, 'sanção'. Daí a possibilidade de falarmos em 'pena administrativa'" (OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*: má gestão pública, corrupção, ineficiência. 5ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 172).

[143] "Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho" (Constituição Federal).

Também é possível chamar de *pena administrativa*, aquela aplicada no âmbito da função administrativa, se bem que, convencionalmente, se tenha preferido, especialmente na doutrina nacional, nomeá-la de *sanção administrativa*.

Há ainda um conceito amplo de *sanção administrativa*, que considera poder esta ser aplicada na função jurisdicional, desde que realize e seja parte do direto administrativo. Foi o que percebeu – corretamente para nós – Fábio Medina Osório: no Brasil, há sanções punitivas para tutela da Administração Pública, que podem ser compreendidas como sanções administrativas *latu sensu*.

Essa construção doutrinária em sede de direito material - de Direito Administrativo - tem correspondência à compreensão - em sede de Direito Processual - de que, no Brasil o processo civil se destina, *igualmente de forma peculiar*, a tutelas punitivas, como se vê nas sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção, considerada esta, como a Lei de Improbidade Empresarial; explica Fábio Medina Osório, em seu Direito Administrativo Sancionador:[144]

> A sanção administrativa há de ser conceituada a partir do campo de incidência do Direito Administrativo, formal e material, circunstância que permite um claro alargamento do campo de incidência dessas sanções, na perspectiva de tutela dos mais variados bens jurídicos, inclusive no plano judicial, como ocorre em diversas searas, mais acentuadamente no tratamento legal conferido ao problema da improbidade administrativa.

O argumento (verdadeiro) é que:

> Com razão Georges Dellis ao afirmar que a sanção administrativa possui uma definição *stricto sensu*, quando ligada à presença de uma autoridade administrativa. Seriam, por essa perspectiva estrita, sanções administrativas aquelas medidas repressivas, sem natureza necessariamente disciplinar, impostas por organismos da administração ativa, comportando grande variedade de espécies, *v.g.*, ligadas ao setor econômico, da saúde, do desenvolvimento, circulação, transportes e muito outros. Reconhece a doutrina, destarte, que existem 'sanções administrativas jurisdicionais', como ocorre, por exemplo, com algumas infrações cuja repressão compete diretamente aos Tribunais Administrativos franceses. Essas sanções administrativas jurisdicionalizadas encontram respaldo no Direito Administrativo francês, berço da jurisdição dúplice, onde se assentam as raízes mais profundas do tradicional conceito sanção associada às funções administrativas. Daí a importância de se perceber, numa linha histórica

[144] OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 7ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 96 a 99.

> e de Direito comparado, aberturas eloquentes às sanções de Direito Administrativo, com seus consectários lógicos e sistêmicos.

O sistema sancionador presente no Direito Administrativo brasileiro está representado em sanções de competência administrativa e jurisdicional, portanto.

Nossa compreensão, aqui, diz respeito, portanto, à *dimensão processual* desse *conceito material* de sanção administrativa.

Noutro giro, a respeito do *processo coletivo*, nele estão presentes tutelas voltadas à reparação do dano.[145]

Tanto é, que, no Brasil, diploma normativo que está no centro do sistema processual coletivo é o Código de Defesa do Consumidor, que dispõe – de forma separada – das *sanções administrativas* (Capítulo VII, do Título I, Dos Direitos do Consumidor, artigos 55 a 60[146]), das *infrações penais* (Título II), e da *defesa do consumidor em juízo* (Título III); veja-se há três classes de responsabilidades: administrativa, penal e civil,

---

[145] Sobre a importante – muitas vezes negligenciada – distinção entre *função punitiva* e *função reparatória*: "A função do direito penal costuma designar-se, numa pequena parte da doutrina, de «função de protecção ou garantia» (Schutz, Garantiefunktion). Não lhe compete traçar um esquema social de repartição de encargos e benefícios, de definição de direitos e deveres dos sujeitos comunitários, e recompô-lo de cada vez que o seu equilíbrio originário se altera, por terem ocorrido lesões a interesses contemplados. Esta «função de conformação ou ordenação» (Gestaltungs, Ordnungsfunktion) própria, por exemplo, do direito civil, está condensada em normas de valoração, que fundamentam, quando violadas, uma pretensão de reparação ou indemnização por parte da vítima. Não é questão, nestes ramos do direito, de uma censura ao comportamento do agente, de uma avaliação do seu desvalor intrínseco; o núcleo do ilícito civil esgota-se no mero desvalor do resultado, na diminuição ou no aniquilamento da situação patrimonial ou não patrimonial de vantagem, com indiferença pela concreta causa que lhe deu efeito. Como lógico corolário de um ilícito assim caracterizado, a ausência de prejuízo efectivo equivale a ausência de ilícito, que consiste tão-só, repita-se, no resultado danoso. Dizendo o mesmo por diferentes palavras: não faz sentido, para a função de ordenação própria do direito civil, atribuir qualquer relevo jurídico a um comportamento inconsequente, por assim dizer, a uma conduta que não ultrapassou o limiar da tentativa"; assim, diferentemente do que ocorre na função de reparação, quanto ao direito sancionador (também administrativo) é preciso que haja – justificando a diferença de regime jurídico, inclusive processual, em seus vários aspectos: "como que um duplo aspecto de antinormatividade, que afinal se conjuga de modo inextrincável: a ofensa ao bem jurídico e a atitude pessoal que a anima" (MONTEIRO, Cristina Maria da Costa Pinheiro Líbano. *Do concurso de crimes ao «concurso de ilícitos» em direito penal*. Dissertação de doutoramento em Direito, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, na área das Ciências Jurídico-Criminais, sob a orientação do Senhor Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, 2013, p. 194/195/196).

[146] Por exemplo: "Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: I - multa; II - apreensão do produto; III - inutilização do produto; IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente; V - proibição de fabricação do produto; VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço; VII - suspensão temporária de atividade; VIII - revogação de concessão ou permissão de uso; IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; XI - intervenção administrativa; XII - imposição de contrapropaganda. Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo" (Código de Defesa do Consumidor).

sendo as duas primeiras punitivas e a última reparatória, sendo esta a que se realizar no processo coletivo.

Fica, então, o regramento da tutela jurisdicional coletiva para o consumidor disciplinada em separado de qualquer esfera punitiva relacionada ao tema; a punição, no âmbito do Direito do Consumidor, como queremos ilustrar, se dá: (i) na instância administrativa; (ii) na instância criminal.

Não é que haja uma restrição ao direito de ação ou às espécies de tutelas possíveis de serem usadas, mas há ausência, no direito material, de *sanções punitivas aplicáveis através da jurisdição* - salvo a competência criminal.

A respeito da responsabilidade criminal no Código de Defesa do Consumidor, de todo modo, vale observar a natureza coletiva do interesse tutelado, representada pela ação penal pública.[147]

Falamos do Código de Defesa do Consumidor somente como exemplo: para ilustrar o argumento e demonstrar que a tutela punitiva ao direito do consumidor se realiza através de sanções administrativas (*stricto sensu*) e sanções criminais; ficando a jurisdição, através do processo coletivo, com competência para a *reparação do dano*.

Agora, uma outra classe de responsabilidade – por assim dizer –, há na tutela da probidade administrativa, com a incidência de *sanções punitivas jurisdicionais de competência cível*.

Sanções estas que se realizam no que chamamos de *processo civil sancionador*, onde há uma pretensão estatal punitiva: realizam o *ius puniendi*.

Então, um dilema que surge, nesse cenário, é se se trata o processo civil sancionador de um processo civil coletivo; dúvida, em si, que poderia ser tema para uma tese, nela não vamos nos deter, mas sem deixar de expor a nossa interpretação – ou intuição – com alguns breves argumentos.

Começando pelo argumento de que a aplicação de sanções punitivas para a tutela da probidade administrativa na competência jurisdicional cível realiza-se como consequência de um interesse protegido também por meio da ação popular[148] e da ação

---

[147] "Art. 80. No processo penal atinente aos crimes previstos neste código, bem como a outros crimes e contravenções que envolvam relações de consumo, poderão intervir, como assistentes do Ministério Público, os legitimados indicados no art. 82, inciso III e IV, aos quais também é facultado propor ação penal subsidiária, se a denúncia não for oferecida no prazo legal" (Código de Defesa do Consumidor).

[148] Art. 5º. "LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência" (Constituição Federal).

civil pública,[149] sendo estas duas destinadas à reparação do dano – se bem que a ação popular já tenha, historicamente, sido destinada à realização de uma pretensão punitiva.

Isso implica que um "ato lesivo à moralidade administrativa" (para usar a redação do dispositivo constitucional da ação popular) é (ou pode ser) fundamentalmente o mesmo para as distintas responsabilidades, reparatória e sancionatória.

Dito de outro modo: um tipo,[150] hipótese ou antecedente normativo implica em dois "modelos" de responsabilidades, realizáveis por meio da jurisdição, um modelo reparatório e outro modelo sancionatório (presente na competência cível e, eventualmente, também na penal).

Ou ainda, o antecedente normativo "lesão à moralidade administrativa" implica em dois possíveis consequentes normativos: (i) reparar o dano e (ii) punir a conduta – sendo que, no Brasil, ambos são realizáveis na jurisdição de competência cível.

Daí que o interesse jurídico (= coletivo) tutelado é fundamentalmente o mesmo para os dois consequentes normativos.

Se olharmos o argumento pelo o instituto processual da causa de pedir, temos que: dada a "lesão à moralidade administrativa", em havendo pedido de reparação no bojo de uma ação civil de improbidade administrativa, conjunto ao pedido no exercício de pretensão punitiva para aplicação de sanções, os pedidos conjuntos têm a mesma causa de pedir remota; portanto, tendo natureza coletiva para o pedido de reparação do dano, não terá, o mesmo interesse tutelado, natureza outra quanto à consequência punitiva.

Nesse sentido, aliás, a responsabilidade criminal distingue também uma natureza coletiva nas ações penais, entre tutelas separadamente representadas em ações penais privadas,[151] ações penais públicas condicionadas à representação e ações penais públicas.[152]

Então, determina o art. 24, § 2º, do Código de Processo Penal que "Seja qual for o crime, quando praticado em detrimento do patrimônio ou interesse da União, Estado e Município, a ação penal será pública".

---

[149] "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos" (Constituição Federal).

[150] Para um estudo sobre os usos da palavra "tipo" e suas definições no direito brasileiro, ver: DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direto tributário, direito penal e tipo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, Vol. 14 (Coleção textos de direito tributário); republicado atualmente pela Editora Fórum.

[151] "Art. 32. Nos crimes de ação privada, o juiz, a requerimento da parte que comprovar a sua pobreza, nomeará advogado para promover a ação penal" (Código de Processo Penal).

[152] "Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo" (Código de Processo Penal).

Ou seja, se bem que sempre tenha natureza pública, o sistema criminal, que realiza, na pena, a força detida pela Estado com o *ius puniendi*, também distingue os interesses tutelados, como individuais ou coletivos; representando o crime em detrimento de interesse do Estado natureza nunca individual, mas coletiva, com a ação penal que a esta equivale, a ação penal pública. Este, um segundo argumento.

Uma terceira razão para nossa interpretação é que a tutela da moralidade pública para aplicação de sanções administrativas ficou dividida e dispostas em dois diplomas legislativos, um destinado, prioritariamente, à responsabilidade de pessoas físicas, a Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429/1992, e outro destinado à responsabilidade de pessoas jurídicas, a Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846/2013.

A Lei Anticorrupção foi elaborada para atender à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 2003, e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.687/2006, que exigia a adequação legislativa dos países signatários para a responsabilização de pessoas jurídicas pela práticas de atos de corrupção.

Conforme os princípios de cada ordenamento jurídico interno, a responsabilidade das pessoas jurídicas a serem adotadas poderiam ter "índole penal, civil ou administrativa", nos termos do artigo 26 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção,[153-154] tendo o Brasil elaborado, em 2013, a Lei Anticorrupção para a responsabilização de pessoas jurídicas, atendendo a referida exigência e optando pela

[153] "Artigo 26 Responsabilidade das pessoas jurídicas 1. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em consonância com seus princípios jurídicos, a fim de estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 2. Sujeito aos princípios jurídicos do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole penal, civil ou administrativa. 3. Tal responsabilidade existirá sem prejuízo à responsabilidade penal que incumba às pessoas físicas que tenham cometido os delitos. 4. Cada Estado Parte velará em particular para que se imponham sanções penais ou não-penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas, incluídas sanções monetárias, às pessoas jurídicas consideradas responsáveis de acordo com o presente Artigo" (Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção).

[154] A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção foi precedida pela Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, de 1997, promulgada pelo Brasil no Decreto nº 3.678/2000, na qual estava prevista a aplicação de penalidades a pessoas jurídicas, nos seguintes termos: "Artigo 2 Responsabilidade de Pessoas Jurídicas. Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos"; "Artigo 3 Sanções (...) 2. Caso a responsabilidade criminal, sob o sistema jurídico da Parte, não se aplique a pessoas jurídicas, a Parte deverá assegurar que as pessoas jurídicas estarão sujeitas a sanções não-criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas contra a corrupção de funcionário público estrangeiro, inclusive sanções financeiras" (Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais).

aplicação de penalidades no âmbito de um processo jurisdicional civil e no âmbito do processo administrativo.[155]

O ponto é que, a Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846/2013, considerada como a "Lei de Improbidade Administrativa Empresarial", define expressamente em seu art. 21, que "Nas ações de responsabilização judicial, será adotado o rito previsto na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985", incluindo-a, dado o procedimento adotado, no microssistema das ações civis de tutela coletiva para a aplicação das sanções administrativas na jurisdição de competência cível.

A Lei de Improbidade Administrativa, por outro lado, apesar de ter originado e mantido ao longo de toda a sua vigência o nome de "ação civil pública de improbidade administrativa", nunca teve, mesmo na redação anterior à reforma pela Lei nº 14.230/2021, qualquer referência ao rito da Lei de Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/1985, e nem mesmo autorizava a aplicação subsidiária desse diploma basilar no microssistema de processos coletivos brasileiro.

De ação civil pública, pensamos, nunca se tratou.[156]

Porém, isso não invalida a classificação, desde o processo civil, de uma natureza coletiva da ação de improbidade, pela racionalidade do tratamento da matéria, diante dos argumentos acima apontados e, notadamente, do rito processual adotado na Lei Anticorrupção, esta sim, referindo-se à Lei de Ação Civil Pública.

Pensamos, na verdade, que a "pergunta verdadeira" ou "melhor pergunta" não está em se é ou não um processo coletivo.

A pergunta que se deve fazer para compreender a "localização" ou classificação da ação de improbidade administrativa no sistema processual é: "o que se pede?"

A resposta nos dá James Goldschmidt (como veremos) e decorre dela a conclusão de ser o processo de improbidade administrativa um processo *formalmente civil* e *materialmente penal* – no qual realiza-se, necessariamente, um interesse coletivo (nunca

---

[155] "Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.
Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente" (Lei Anticorrupção).

[156] Defendemos essa posição, no ano de 2019, demonstrando entre outras coisas o erro do nome "ação civil pública de improbidade administrativa", no artigo: XAVIER, Marília Barros. *O problema dos honorários advocatícios na lei de improbidade administrativa*. Portal Migalha, 2019, disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/305960/o-problema-dos-honorarios-advocaticios-na-lei-de-improbidade-administrativa>

individual) de responsabilização sancionatória (cumulável com a responsabilização reparatória); razão pela qual, pensamos, compõe o microssistema de processos coletivos.

O sistema brasileiro de processo coletivo (entendemos) contém:

(i) *tutelas reparatórias do dano ou* (simplesmente) *tutelas do dano*, já que a tutela que tem por objeto a causação de um *dano* representa a reparação e prevenção, em amplas medidas;

(ii) *tutelas sancionatórias do ilícito*, havendo um modelo, ou conceito, de *processo civil sancionador*, criado pelo legislador brasileiro.

Por fim deste primeiro tópico, temos de fixar (lembrar) que as sanções administrativas integram um poder punitivo único do Estado, *ius puniendi*, desde um raciocínio simples – firmemente apurado ao longo do desenvolvimento teórico do Direito Administrativo Sancionador[157] – que tem em conta a unidade do poder estatal para a realização constitucional da força e da punição pelo Estado.

Daí que o fundamento das sanções administrativas está no *ius puniendi* e a escolha legislativa em realizar, na atividade jurisdicional de competência cível, a proteção punitiva da moralidade pública, representa, como veremos, um modelo cultural brasileiro de *processo civil sancionador*: formalmente civil e materialmente penal.

Sendo que – eixo para nossa tese –, esse modelo, simboliza algo mais: trata-se da escolha do constituinte brasileiro quanto ao *duplo processamento sancionador* e ao modelo de realização do princípio *ne bis in idem*.

4.3 Processo civil sancionador

É preciso compreender, com a melhor clareza – para o que nos interessa: o processo *civil* sancionador –, o que seja um *processo sancionador*; para isso, nos valemos, por empréstimo, de técnicas do processo penal.

---

[157] Tratamos amplamente do *ius puniendi* como fundamento do Direito Administrativo Sancionador em nosso livro *Direito Administrativo Sancionador Tributário*; destina-se ao tema o Capítulo 1, "potestade sancionatória da administração pública", com os pontos "o poder do Estado", "o poder punitivo único do Estado" e "*ius puniendi* como 'potestade administrativa de punir".

Essa é maneira de "construir" ou entender o Direito Administrativo Sancionador: toma-se, por empréstimo, técnicas penais – de uma ciência madura –, para o nosso caso, técnicas processuais penais. Ora, quer-se conhecer, de um processo sancionador, antes, o *sentido material* do processo, quer dizer, a realização do *ius puniendi*, a partir disso é possível entendê-lo, como veremos.

O aproveitamento técnico do direito penal – agora, no que nos interessa, do direito processual penal – insistimos: é como se tem desenvolvido todo o Direito Administrativo Sancionador, que não parte do zero, uma vez que se reconhece – hoje de maneira rigorosamente segura, depois de muito vacilar, de doutrinas e jurisprudências mundo afora – que as sanções administrativas realizam o *ius puniendi* estatal, tanto quanto o direito penal, mas incorporam matizes que lhes dão uma feição própria e distinta deste.[158]

Alejandro Nieto, sobre como se tem desenvolvido o Direito Administrativo Sancionador – em particular, na proibição ao *bis in idem*, explica:

> Aunque no puede olvidarse la ayuda que en este ámbito proporciona este Derecho Penal al Administrativo Sancionador no se encuentra en unos artículos del Código (pues nunca podrá afirmarse que los preceptos penales son directamente aplicables a las sanciones administrativas) ni tampoco en unos principios (pues es difícil considerar como principios las reglas concretas de resolución de concurso de leyes y de delitos). En este caso se trata, más bien, de una comunicación de *técnicas*. El Derecho Administrativo Sancionador – que *todavía* no sabe como abordar autónomamente este tipo de cuestión – se aprovecha de la mayor experiencia del Derecho Penal y toma a préstamo unas técnicas jurídicas que en él se viene utilizando desde hace siglos con probado éxito. Esto es cosa sabida puesto que ya se ha dicho antes repetidas veces. Sin embargo, no puede pasarse por alto que en el presente caso, tratándose de dos sanciones (una penal y otra administrativa) en unos supuestos quien se planteará y resolverá la cuestión será un juez penal (se supone que con técnicas penales) y en otros un juez contencioso-administrativo – y antes una Administración Pública – y se supone que con técnicas de Derecho Administrativo Sancionador. ¿Cabe admitir, entonces, que tales técnicas sean asimétricas? [159]

Aqui uma observação: a resposta à pergunta final de Alejandro Nieto traremos na última parte da pesquisa, sobre o modelo brasileiro de direito administrativo sancionador para o *ne bis in idem*, pela interpretação dele próprio, a qual aderimos.

---

[158] Tratamos amplamente do *ius puniendi* como fundamento do Direito Administrativo Sancionador em nosso livro: *Direito Administrativo Sancionador Tributário*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
[159] NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 429.

Fato é que as técnicas penais e processuais penais são o ponto de partida para a compreensão e para o desenvolvimento de uma teoria jurídica destinada às sanções administrativas: também para o processo civil sancionador.

Olharemos, então, para o processo penal, em paralelo com o processo civil, desde um importante estudo de James Goldschmidt.[160]

James Goldschmidt debruçou-se sobre a distinção e o dualismo entre processos penais e processos civis, no livro "Problemas jurídicos e políticos do processo penal"[161] – texto publicado originalmente em espanhol, resultado das conferências realizadas pelo autor, na Universidade Complutense de Madrid, nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro, fevereiro e março de 1935; já tendo antes, o autor, se dedicado à pesquisa intitulada (no livro) "O direito penal administrativo" (*Das Verwaltungsstrafrecht*), em

[160] Não é nosso objetivo a possível divergência entre Goldschmidt e Ferrajoli quanto ao processo penal enquanto *direito subjetivo do Estado à aplicação da pena* (para aquele) ou *interesse punitivo do Estado* (para este) – que implicaria na crítica, a seguir transcrita, contra o primeiro, a respeito da posição do órgão acusador; interessa-nos, sim, a delimitação feita por Goldschmidt entre o processo penal e o processo civil, que demonstra a necessidade de uma adequada leitura dos institutos processuais no que chamamos de processo civil sancionador, por ser, mesmo que formalmente civil, um processo que se caracteriza como materialmente penal.
Diz-se (somente para fins de registro), em crítica a Goldschmidt: "O autor entende que o direito de punir apenas surge com o processo penal e que a pretensão punitiva do Estado confunde-se com o próprio direito a punir. Assim, a 'pretensão punitiva' de que fala a doutrina dominante – e que é formalizada na acusação – é uma pretensão processual, de sujeição de um facto a julgamento, e não uma pretensão material de censurabilidade (...). Goldschmidt pretende demonstrar esta tese invocando a ausência de poderes de conformação processual (e material) do ofendido (ou acusador), cuja única faculdade processual seria de iniciativa (...). No entanto, os modelos de processo penal atualmente vigentes demonstram precisamente o contrário" (LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público, Vol. I, p. 444/445).

[161] GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos do processo penal*. Coleção Clássicos do Direito Processual. RIBEIRO, Darci Guimarães; ANDRADE, Mauro Fonseca (diretores e organizadores). Tradução de Mauro Fonseca Andrade e Mateus Marques. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2018, v. II; no ensejo do nosso estudo, o autor também se dedicou à elaboração de uma teoria geral do processo: GOLDSCHMIDT, James. *Teoria geral do processo*. Coleção Clássicos do Direito Processual. RIBEIRO, Darci Guimarães; ANDRADE, Mauro Fonseca (diretores e organizadores). Tradução de Mauro Fonseca Andrade e Mateus Marques. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2021, v. III.

1902[162], obra em razão da qual atribui-se a James Goldschmidt a "paternidade" do que vem a ser hoje o Direito Administrativo Sancionador.[163]

Ele explica que a definição de processo penal se contenta em dizer ser um "procedimento que tem, por objeto, a declaração do delito e a imposição da pena", o que "permanece sendo uma definição nominal, que descreve os objetos do processo penal, mas não explica sua essência"; para se propor a responder a dois problemas: (i) "por que um processo supõe a imposição da pena?"; e (ii) "como se explicam o dualismo e paralelismo do processo penal e civil?".[164]

Acusa que "o problema do dualismo e paralelismo [entre processo penal e civil] nem sequer foi suscitado, até agora, conscientemente pela ciência" – o que nos parece uma constatação não superada, se bem que o texto date de 1934. [165]

---

[162] Na obra "O direto penal administrativo", "He distinguished between constitutional (legal) and administrative state regulations: constitutional regulations serve the purpose of delineating individual power spheres and of guaranteeing their inviolability; their function is primarily negatory. Administrative regulations, on the other hand, are to (actively) promote the public welfare; they sometimes create duties on the part of citizens to assist in obtaining the state's objectives. Violations of constitutional regulations, according to *Goldschmidt*, are criminal violations, whereas the lack of cooperation required by administrative regulations constitutes mere disobedience, typically by non-feasance, and can only be sanctioned by administrative penalties inherently different from criminal punishment. Although *Goldschmidt*'s distinction exerted considerable influence throughout the first half of the 20th century, the precarious nature of its premises led to its eventual rejection. Only an extreme variant of liberalism could assume that the state's legislative authority is limited to protecting individual power spheres and that the individual citizen has no civil duties except to refrain from harming his fellow citizens" (WEIGEND, Thomas. The legal and practical problems posed by the difference between criminal law and administrative penal law. *Revue Internationale de Droit Penal*, vol. 59. Association Internationale de Droit Pénal: Stockholm, 1988, p. 67-94, p. 87).

[163] "Suele atribuirse a James Goldschmidt la paternidad del Derecho Penal Administrativo y, efectivamente, a él se debe una formulación completa del mismo, basada, por cierto, en un análisis histórico minuciosísimo (*Verwaltungsstrafrecht*, 1902). Es claro, sin embargo, que esta teoría no pudo salir de la nada y que el autor se limitó, en un esfuerzo admirable, a racionalizar y expresar en términos técnicos algo que flotaba en el ambiente desde hacía bastantes años pero que hasta entonces sólo había logrado manifestarse en intenciones y balbuceos" (NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 142).

[164] GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos do processo penal*, p. 19/20.

[165] Compreendia, também, Francesco Carnelutti, no ano de 1950: "Hasta ahora como el derecho penal fue considerado materia menos noble para el estudio científico, ni siquiera su diferencia frente al derecho civil, logró ser vivamente iluminada. Es menester a este propósito, remontarse a los orígenes del derecho. Hoy la dificultad es, sin duda, menor que antes porque la fortuna reservó a los juristas de mi edad el doloroso privilegio de poder contemplar los esfuerzos del mundo para generar esta especie superior de derecho, que, mejor que internacional, debería llamarse supranacional. El presupuesto social del derecho es la guerra. Solamente para combatir la guerra el derecho se forma. Si su blasón necesitase de una leyenda, ésta podría rezar; *guerra a la guerra.* Así, ante todo, el primado histórico pertenece al derecho penal. Cuando el derecho nace, nace como derecho penal. No podemos decir que en Núremberg el derecho supranacional haya nacido; pero cuando nazca, un proceso penal será su cuna. El primado histórico es naturalmente el reflejo del primado lógico: la primera medida para combatir la guerra es prohibirla. Y la guerra prohibida se llama *delito.* Solamente porque los delitos individuales perdieron a lo largo de los siglos, su carácter original, no hablamos ya de guerra sino entre los pueblos; pero lo que llamamos guerra no es más que un asesinato y un latrocinio colectivo y lo que se llama homicidio o hurto no es más que una guerra individual" (CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Librería El Foro, traducción del volumen Questioni sul porceso penale, publicado por la editorial Dott. Cesare Zuffi, Bologna, 1950, y de diferentes trabajos aparecidos en la Rivista di Diritto Processuale, p. 45).

Para James Goldschmidt, o fenômeno do processo civil é muito claro, mas que de qualquer definição que se parta, em relação a este,[166] não está manifesta a raiz do dualismo e paralelismo entre processo civil e processo penal.[167-168]

A conexão entre os dois problemas apresentados – (i) por que um processo supõe a imposição da pena e (ii) como se explicam o dualismo e paralelismo do processo penal e civil? – está na *natureza da pena estatal*, "cuja imposição pressupõe um processo, e é a antítese do processo civil".[169]

Por isso, Goldschmidt faz uma investigação da *essência da pena* – "a remissão a uma investigação da essência da pena, em realidade, fornece um novo método para a solução desse problema desesperado, a saber, o método processual" –, ainda que ciente de que as teorias sobre um *conceito isolado da pena* "devem flutuar à mercê dos ventos e das águas".[170]

Define, com razão, sobre a pena estatal: "É a caraterística do delito que é uma antijuridicidade irreparável, cujas consequências recaem sobre o culpável, mas sem que se indenize, por isso, à vítima: *retribuição*, não *restituição*".[171]

---

[166] A respeito de uma comparação entre o processo penal com o processo civil, por meio de uma teoria geral do processo, há a defesa, a exemplo de Guilherme de Souza Nucci: "O processo penal deve irmanar-se, em teoria geral, se preciso, ao direito penal, mas não ao processo civil, cujas bases de utilidade se destinam a outros setores do direito"; o que não deixa de ter identificação com a tese de Goldschmidt, que defende que o paralelismo entre processo penal e civil se apoia na particularidade da pena estatal. Assim, em sentido próximo, continua Nucci: "O processo civil lida com inúmeros conflitos sociais, ao passo que o processo penal zela por um único conflito, relacionado à prática do crime e sua efetiva viabilidade de punição" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*, p. 27).

[167] GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos do processo penal*, p. 20.

[168] Arruda Alvim falando da diversidade de objetivos e pressupostos do processo civil e do processo penal, explica que essa diversidade "é anotada pela unanimidade da doutrina, sendo indiferente a circunstância de acatarem ou não a viabilidade de uma 'teoria geral do processo' que abarque tanto o processo civil quanto o penal – quanto ainda o administrativo" (ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo, Processo de Conhecimento, Recursos, Precedentes*. 19ª Ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 46); e, em monografia sobre a teoria geral do processo, Fredie Didier Júnior atenta que: "não se pode pretender transpor regras do direito processual civil ao direito processual penal, sem que se percebam as diferenças que há entre os seus respectivos objetos. Desconhece-se quem proponha, seriamente, no Brasil, um Direito Processual único. O princípio da adequação do processo, corolário do devido processo legal, impõe que as normas processuais sejam adequadas ao objeto do processo. Os objetos do processo civil e do processo penal são bem diversos; diversos hão de ser os seus regramentos" (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Teoria geral do processo, essa desconhecida*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 126).

[169] GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos do processo penal*, p. 21.

[170] "Tal perspectiva poderia verdadeiramente inspirar horror, porque sobre a natureza da pena, estabeleceram-se várias teorias, das quais, até agora, nenhuma conseguiu triunfar. Mas o horror diminui ao considerar que o caminho que conduziu à necessidade de averiguar a natureza da pena indica, ao mesmo tempo, a direção que deve ser buscada, a saber, que a natureza da pena estatal, cuja imposição pressupõe um processo, e é a antítese do processo civil, deve recair na esfera da justiça" (GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos do processo penal*, p. 20/21).

[171] Como explicamos, desde Kant, percebe: "Nossa teoria é de retribuição jurídica, visto que a justiça distributiva tem que manter a ordem. A retribuição jurídica não emana de um postulado transcendental, senão, (...) da observação real, da qual a retribuição é o regulador fundamental da vida social. (...).

Considera, então, que a pena é uma manifestação da justiça *retributiva*, e que o *processo acusatório* parte do conceito de *exigência punitiva do Estado*, por meio de uma ação penal, que corresponde "ou ao próprio Estado, representado pelo Ministério Público (princípio de acusação estatal), ou à pessoa ofendida (princípio da ação privada), ou a todos os cidadãos (princípio da ação popular)".[172-173]

Sem deixar de reconhecer que: "Exigência punitiva e processo penal se consideram como construções técnicas artificiais, porque, em verdade, repugnam à essência do direito subjetivo de punir do Estado, o qual, primordialmente, é um poder de soberania, e, por isso, não necessitaria a proteção judicial para ser realizado" – como, de fato, ocorre nas sanção administrativas aplicadas no âmbito da função administrativa.

Sendo que a respeito do processo administrativo sancionador é também válido dizer, considerando o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o controle das sanções pelo Poder Judiciário,[174] que: "ao Estado, titular do direito de punir, foi imposta a

---

Distingue-se esta concepção das teorias comuns da prevenção geral ou social, em que as últimas estão voltadas, imediatamente, à influência psíquica que se produzirá pela ameaça ou a execução da pena. Mas, como se explicou anteriormente, o êxito de tal influência ou acaba de se frustrar, ou, pelo menos é insegura, e, em todo caso, essas teorias, segundo as quais a execução da pena não tem outro fim senão demonstrar a seriedade da ameaça ou intimidar os demais cidadãos, acabem por rebaixar o delinquente exclusivamente em um meio para alcançar outros fins sociais. Por isso, a prevenção social não pode figurar como fim imediato da pena, senão, somente como a justificação utilitária da justiça retributiva" (GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos do processo penal*, p. 30).

[172] GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos do processo penal*, p. 33.

[173] A ação popular já teve, historicamente, uma natureza penal, tendo hoje natureza *reparatória*, como explica Arruda Alvim, "alguns a entendiam como tendo natureza penal, e essa era a opinião de Bonfante, dado que, geralmente, acompanhava a procedência dessas ações a imposição de uma pena; daí, possivelmente ter esse autor pinçado este aspecto, e, cunhado essa natureza jurídica, naquilo que entendeu como descritivo do significado maior da ação popular romana"; hoje, no entanto: "Entre nós a Ação Popular é uma *ação corretiva*, porque, por seu intermédio, objetiva-se decretar a nulidade ou anulabilidade do ato administrativo, no qual se encontra imanada tal ou qual invalidade, e do qual decorreu uma lesão ao patrimônio público"; tendo por causa de pedir a necessidade de "mudança" de um ato administrativo, somada à "*reparação do dano ou da lesividade causados aos cofres públicos*" (ARRUDA ALVIM. Mandado de segurança e direito público. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 383/392, grifamos); também Guilherme de Souza Nucci observa: "Historicamente, no entanto, a ação penal popular tem o significado de permitir a qualquer pessoa denunciar crimes de terceiros, exigindo punição. Logo, não há no direito brasileiro. Há posição doutrinária sustentando que a ação desencadeada para apurar crime de responsabilidade, nos termos do art. 14 da Lei 1.079/50, permitindo a qualquer cidadão denunciar o Presidente da República ou Ministros de Estado perante a Câmara dos Deputados, configura ação penal popular. Esclarece, no entanto, Rogério Lauria Tucci que a *denúncia* de qualquer do povo contra agentes políticos não passa de uma *notitia criminis* (comunicação da ocorrência de um delito), uma vez que a proposição acusatória depende de órgão fracionário do Poder Legislativo. Em similar posição, Frederico Marques afirma que não temos 'no direito vigente, a ação popular entre as ações condenatórias. Existe, no processo penal, um caso único de ação popular, não porém entre as ações condenatórias: é o *habeas corpus*. Trata-se, aliás, da mais popular das ações populares, porque qualquer do povo, além de ser parte legítima para impetrar o *writ* constitucional, tem capacidade postulatória para esse fim. Qualquer do povo pode impetrar ordem de *habeas corpus* e isto sem necessidade de que ingresse em juízo com advogado. Não é exigível, no *habeas corpus*, que o pedido venha assinado por advogado, o que é excepcional em nossa legislação'" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*, p. 245).

[174] Nesse sentido: "A doutrina norte-americana tem-se ocupado do tema, dizendo ser manifestação do devido processo legal o controle dos atos administrativos, pela própria administração e pela via judicial.

obrigação de seguir o caminho do processo, é consequência dos postulados do Estado de direito, que estabeleceram, correlativamente ao princípio 'nulla poena sine lege', o princípio 'nulla poena sine judicio'".[175]

Agora, eis o que destacamos, afastando uma transmissão mecânica das categorias do processo civil ao processo penal:

> O Estado, titular do direito de punir, coloca-se na figura de um indivíduo que deve comparecer ante o juízo criminal para pedir proteção jurídica. Mas, se essa concepção tivesse fundamento, não seria compreensível por qual motivo não se preveja, ao titular do direito de punir, que use do seu direito perante um juiz cível. Com efeito, nos tempos antigos, quando, na verdade, uma exigência, a saber, a "composição", que correspondia à vítima do delito, cumpria as funções da pena, processo civil e penal formaram uma unidade. Mas, desde que a pena pública substituiu a composição privada, e, por conseguinte, o processo penal se deslocou do processo civil, o processo penal querer suas próprias categorias adequadas à essência de seu objeto, o direito do Estado de punir.[176]

Explica, Goldschmidt, sobre o direito de punir – para fins de identificação do processo penal (= sancionador), não que o direito de punir o simbolize inteiramente:

> Portanto, a consequência jurídica do Direito penal *não é a pena, mas o direito subjetivo de punir*", assim: "como esse direito não pode ser exercido fora do processo, não sobra, para sua classificação, nada além de uma alternativa: ou é ação, ou é poder judicial. A primeira classificação corresponde à *exigência de proteção jurídica*, a qual é o objeto do processo *civil* e a *antítese do direito de punir*. Este último é um poder judicial, porque é um direito subjetivo da própria justiça. Ambos os direitos subjetivos são direitos materiais ou concretos, ou seja, têm pressupostos materiais e um conteúdo material: a exigência de *proteção jurídica* tem, como *pressuposto*, o *direito privado*, cuja proteção se pede; como *conteúdo*, a *proteção jurídica por sentença favorável e execução*; o *direito de punir* tem, como *pressuposto*, o *delito*; como *conteúdo*, a *condenação do culpável e a execução da pena*.[177]

Direito de punir corresponde, nesse sentido, a *poder judicial*, e não a *ação*.

(...) Já em 1798, no caso Calder *v*. Bull, antes, portanto, do famoso caso Marbury *v*. Madison (1803), que marcou o início da doutrina do *judicial reviw*, a Suprema Corte americana, pelo voto de Chase, firmou o entendimento de que os atos normativos, quer legislativos, quer administrativos, que ferirem os direitos fundamentais ofendem, *ipso facto*, o devido processo legal, devendo ser nulificados pelo poder judiciário (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 13ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 115/116).

[175] GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos do processo penal*, p. 33.

[176] Ibid., p. 33/35.

[177] Ibid.

O direito de punir, ousamos dizer, é poder do Estado, além de poder judicial, é também poder da Administração Pública – na atual compreensão do Direito Administrativo Sancionador.

Eis a conclusão:

> Por conseguinte, a "ação penal", que se opõe à "ação civil", pode e provavelmente deve ser entendida em um sentido correspondente, a saber, deve compreender a *exigência punitiva* e o *direito de acusação*. Mas, como a mistura de exigência civil e exigência de proteção jurídica na expressão "ação civil" não pode ser aprovada, porque não satisfaz à diferenciação moderna desses dois conceitos; o conceito da "ação penal", configurado segundo o modelo de "ação civil", frustrou-se duplamente. O contraste que se impõe pela natureza das coisas não é *ação civil* e *ação penal*, mas *ação* e *acusação*.[178]

Pois bem. O mesmo paralelismo está presente no *processo civil sancionador*.

O processo civil sancionador realiza o *direito de punir*, no processo civil, é *uma acusação (= penal) na forma de ação (= civil)*.

Significa dizer: é um processo *formalmente civil*, mas *materialmente penal*.

Ainda, importante perceber: "a verdadeira antítese não é 'ação' e 'acusação'", mas "'ação (exigência de proteção jurídica) e 'direito de punir'".[179]

> Segundo o exposto, não se deve reconhecer uma "exigência" ou "pretensão punitiva" no sentido de que, por este conceito, deva ser substituído o conceito de "direito de punir" no processo acusatório. Mas não há inconveniente em conceber que também o acusador formule uma *pretensão* no sentido *processual*, afirmando o nascimento do direito judicial de punir, e exigindo o exercício desse direito que, ao mesmo tempo, representa um dever. Com efeito, deve-se distinguir entre *exigência no sentido material* e *pretensão* e *pretensão no sentido processual*. Isso tem, também, aplicação no processo civil, ao passo que o objeto da pretensão no sentido processual é o direito privado que o autor civil faz valer, e que, geralmente, é uma exigência proveniente ou de uma obrigação ou de um direito real. Exigência no sentido material e pretensão no sentido processual não coincidem. Exigência é um direito que pressupõe sua existência, enquanto pretensão não é outras coisa que a afirmação de um direito. Ademais, o objeto de uma pretensão não há de ser necessariamente, nem sequer, um direito privado.[180]

[178] Ibid., p. 39.
[179] Ibid., p. 41.
[180] Ibid., p. 42.

Deve-se notar, por exemplo, desde que em se tratando da *mesma competência*, como existe no Brasil, não é errado falar-se de cumulação entre as duas *pretensões processuais*; sendo possível a cumulação da *acusação* (direito de punir) e da *ação* (exigência de proteção jurídica).

É o exemplo de quando se pede a aplicação da sanção administrativa e a reparação do dano, em que haverá a cumulação da pretensão processual sancionadora característica à *ação civil de improbidade administrativa* e a pretensão processual característica à *ação civil pública*; aplicando-se o rito da Lei de Improbidade Administrativa.

Nestes casos, julgando-se a ação civil de improbidade administrativa, sem que haja a condenação sancionatória, mas havendo elementos para a realização da tutela sobre o dano, deve o rito processual ser revertido para o da ação civil pública (art. 17, § 16, da Lei de Improbidade Administrativa);[181] hipótese em que, encerrada a cumulação as entre pretensões processuais, segue-se o rito do processo civil coletivo (é dizer, não sancionador).

Pois bem, em resumo da explicação, pelo próprio James Goldschmidt:

> A exigência no sentido do direito material civil, que, geralmente, é objeto de um pleito, *não tem analogia no processo penal*. A chamada exigência punitiva não existe, porque não há direito de punir fora do processo, e porque esse direito é um direito estatal, mas não uma exigência. Ao contrário, também há no processo penal uma *pretensão no sentido processual*, mas seu conteúdo não é, como o do conceito paralelo do processo civil, a alegação de um *direito próprio e o pedido de sua adjudicação*, senão a *afirmação de nascimento de um direito judicial de punir e a solicitação de exercer esse direito*. Correspondente é a diferença entre os conceitos da *ação por um lado* e do direito de *acusação por outro*. O autor civil pede a *adjudicação de um direito próprio*, o acusador pede o *exercício do direito judicial de punir*. Ambos os direitos têm seu fundamento no direito material, mas somente a ação se desenvolveu como tal, enquanto o direito de acusação (...) estagnou como uma faculdade formal e abstrata, pertencente ao direito de ação.[182]

E ousamos dizer, enfim (repetindo): o processo civil sancionador é um processo *formalmente civil* e *materialmente penal*.

---

[181] Art. 17. "§ 16. A qualquer momento, se o magistrado identificar a existência de ilegalidades ou de irregularidades administrativas a serem sanadas sem que estejam presentes todos os requisitos para a imposição das sanções aos agentes incluídos no polo passivo da demanda, poderá, em decisão motivada, converter a ação de improbidade administrativa em ação civil pública, regulada pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)" (Lei de Improbidade Administrativa).
[182] GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos do processo penal*, p. 42.

Certamente não se nega a aproximação das técnicas processuais do processo civil sancionador – notadamente após a reforma da Lei de Improbidade pela Lei nº 14.230/2021 – junto ao processo penal; para o estudo individualizado de tais técnicas, entretanto, seria devida toda uma nova pesquisa.

E se de processo materialmente penal se trata, ou, no sentido estrito da expressão, (como deve ser chamado) de *processo civil sancionador*, é um elemento (decisivo) da racionalidade no modelo brasileiro de *ne bis in idem* (como veremos).

4.4 *Civil forfeiture* e *Double Jeopardy Clause* no sistema norte-americano: uma distinção necessária

Pensamos que se impõe uma distinção para o que apontamos como a existência de um processo materialmente penal no espaço formal de um processo civil, como uma peculiaridade do sistema jurídico brasileiro, em relação à chamada *civil forfeiture* do sistema norte-americano, ou *civil punishment*, ou ainda a chamada *multiple punishment*, que despertam igualmente o debate a respeito da proibição ao duplo sancionamento ou *Double Jeopardy Clause*.

Isso porque, no sistema norte-americano, a pouca determinação e/ou nitidez do caráter reparatório ou punitivo da sanção aplicada como *civil forfeiture* ou *civil punishment* não permite afastar a natureza civil da medida, ainda que venha a assumir, em parte, uma feição punitiva, diante da gravidade e finalidade da restrição patrimonial imposta.

Diferente, a responsabilidade no processo civil sancionador brasileiro é, em primeiro e isoladamente, punitiva – destina-se à realização do poder de punir do Estado –, podendo ser cumulada com a responsabilidade reparatória, diante da eventual presença do dano – que não necessariamente ocorre.

Além disso, destina-se, o processo civil sancionador brasileiro, à aplicação de sanções não somente patrimoniais, no sentido de pagamento de pecúnia ou penalidades sobre a propriedade, mas, sim, e sobretudo, às sanções de natureza acessória do sistema punitivo – no caso, para a tutela da probidade administrativa –, que recaem sobre direitos civis, historicamente (também no Brasil) alcançáveis somente no âmbito penal (= processual penal) ou no exercício punitivo direto pela Administração Pública – historicamente, por sua vez, no âmbito da realização do poder de polícia, e hoje, nos

processos administrativos sancionatórios, que incorporaram boa parte do movimento de "despenalização" dos sistemas punitivos, como uma tendência mundial: destinam-se, os processo administrativos sancionatórios, especialmente a esse caráter acessório da responsabilidade punitiva, e, no Brasil, cumpre função idêntica, concomitantemente e em paralelo, o processo civil sancionador, aplicando também sanções administrativas.

Jimmy Gurule, Professor de Direito Penal da *Notre Dame Law School* explica o tema, no sistema norte-americano, no estudo, "The double jeopardy dilemma: does criminal prosecution and civil forfeiture in separate proceedings violate the Double Jeopardy Clause?"[183]; começando por lembrar: "'Historically, the Double Jeopardy Clause has been interpreted by the Supreme Court to protect against three distinct abuses: a second prosecution for the same offense after acquittal; a second prosecution for the same offense after conviction; and multiple punishment for the same offense.' *North Carolina v. Pearce*, 395 U.S. 711, 717 (1969)"; e que "*Forfeiture* occurs when a person loses his or her rights in property as a result of criminal or quasi-criminal wrongdoing".[184]

Várias decisões têm considerado que o *forfeiture* tem natureza de reparação (*remedial sanction*), não sendo, portanto, punitiva e, por isso, não ferindo a *Double Jeopardy Clause*.[185] O duplo processamento, criminal e *civil forfeiture*, pode, por outro aspecto, também não ser considerado como uma violação à clausula, em razão de caracterizar um "single, coordinate proceeding", desde que o *double jeopardy* não proíbe um "multiple punishment in the same proceeding". [186]

Jimmy Gurule registra, por outro lado, além do processo civil (= *civil forfeiture*), o que tratamos como *sanções administrativas*, para dizer do esforço dos estados em cumprir seu papel tradicional de processar o crime e a *regulação de atividades civis*; de forma que além dos tribunais federais, a *Double Jeopardy Clause* inclui discussões, por exemplo, como as apresentadas por um "friend-of-the-court" à Suprema Corte, assinado

---

[183] GURULE, Jimmy. The double jeopardy dilemma: does criminal prosecution and civil forfeiture in separate proceedings violate the double jeopardy clause? *Journal Articles Notre Dame Law School*, 1996.
[184] GURULE, Jimmy. The double jeopardy dilemma: does criminal prosecution and civil forfeiture in separate proceedings violate the double jeopardy clause? *Journal Articles Notre Dame Law School*, 1996, p. 325.
[185] "*United States v. Tiley*, 18 F.3d 295 (5th Cir. 1994); *United States v. $184,505.01 in United States Currency*,72 F.3d 1160 (3d Cir. 1995); *United States* v. *Salinas*, 65 F.3d 551 (6th Cir. 1995); *Smith v. United States*, 1996 WL 7258, at 3 (7th Cir. 1996); *SEC v. Bilzerian*, 29 F.3d 689 (D.C. Cir. 1994)" (GURULE, Jimmy. The double jeopardy dilemma: does criminal prosecution and civil forfeiture in separate proceedings violate the double jeopardy clause? p. 326).
[186] "*United States* v. *Millan*, 2 F.3d 17, 18 (2d Cir. 1993); *accord United States v. 18755 North Bay Road*, 13 F.3d 1493, 1499 (11th Cir. 1994); *United States* v. *Smith*, 1996 WL 34552, at 4 (8th Cir. 1996)" (GURULE, Jimmy. The double jeopardy dilemma: does criminal prosecution and civil forfeiture in separate proceedings violate the double jeopardy clause? p. 326).

por 48 procuradores-gerais estaduais, que inclui temas como: ações disciplinares profissionais e o impedimento para o processo criminal, e vice-versa; processos disciplinares prisionais por conduta violenta e o impedimento de processos subsequentes por agressão e homicídio; desqualificações de benefícios de saúde pública por causa de conduta criminal e o impedimento de um processo criminal subsequente; processos criminais por embriaguez ao volante, diante de anterior suspensão de carteira de motorista, em razão da mesma conduta[187] – nosso objetivo neste ponto, entretanto, é o debate que diga respeito ao processo civil em relação ao *double jeopardy*, exatamente demonstrando que o sistema norte-americano não dispõe de um processo judicial civil sancionador para aplicação de sanções administrativas, como existe no Brasil; ao contrário, como já se pode ver, o debate naquele país gira em torno do alcance, punitivo ou não, de medidas patrimoniais (*civil forfeiture*).

Pois bem, sobre a existência conjunta dos procedimentos de *criminal prosecution* e *civil forfeiture*, é paradigma o julgamento *United States v. Ursery*, em que, o réu, condenado duplamente,[188] teve o pedido de violação a *Double Jeopardy Clause* negado pela corte distrital, diante da compreensão de que "the forfeiture proceeding and criminal conviction were 'part of a single, coordinated prosecution of persons involved in alleged criminal activity' (*Quoting United State v. Millan*, 2 F3.d at 20)".

Posição diversa foi tomada nos casos *United States v. Halper*, 490 U.S. 435 (1989), e *Austin v. United States*, 113 S. Ct. 2801 (1993), decidindo-se que os processos civil e penal não constituem um único e coordenado procedimento, pois as ações tiveram curso e foram decididas por juízes diferentes e não havia comunicação entre os advogados atuantes nas duas esferas.

No caso Austin, em razão de envolver o confisco de transportes e bens imóveis, a Suprema Corte entendeu que abstratamente as sanções civis tinham natureza punitiva e

---

[187] Ibid., p. 326.

[188] "On September 30, 1992, the United States filed a civil action seeking forfeiture of Ursery's real property under 21 U.S.C. **§** 881(a)(7) (1994), alleging that the property was used to facilitate the unlawful posession and distribution of marijuana. On May 24, 1993, Ursery and his wife settled the forfeiture action by agreeing to pay $13,250 in lieu of the forfeiture of the property. In the meantime, on February 5, 1993, a federal grand jury returned an indictment charging Ursery with a single count of manufacturing marijuana in violation of 21 U.S.C. § 841(a)(1). The indictment charged that the manufacturing offense occurred on July 30, 1992, the date on which Michigan State Police searched Ursery's property. After a jury trial, Ursery was convicted and sentenced to prison for 63 months" (GURULE, Jimmy. The double jeopardy dilemma: does criminal prosecution and civil forfeiture in separate proceedings violate the double jeopardy clause? p. 326).

estavam limitadas pela Oitava Emenda: "In real property cases, the respondents contend that *Austin* mandates a finding that forfeiture is punitive *per se*".[189]

E no caso Halper, decidiu a Suprema Corte que: "a particular case a civil penalty... may be so extreme and divorced from the Government's damages and expenses as to constitute punishment".[190] Observando que, "civil proceedings have commonly been understood to advance both punitive as well as remedial goals", e que a determinação se uma sanção civil constitui punição requer uma avaliação da pena imposta e do propósito para o qual ela serve: "The Court stated that it would consider a civil penalty punishment if aimed at the traditional goals of punishment such as retribution and deterrence"; portanto, "a civil sanction that cannot be said solely to serve a remedial purpose, but rather can only be explained as also serving either retributive or deterrent purposes is punishment, as we have come to understand the term" (*Halper,* 490 U.S. at 448); decidindo-se não que uma sanção civil nunca possa ser imposta em paralelo com uma pena criminal, mas que uma sanção civil que não dê suporte a uma "relação racional" com um propósito de reparação ("remedial purpose ou necessary to compensate the Government for its losses") pode ferir a *Double Jeopardy Clause*.[191]

Do que se trata, no entanto, o debate no sistema norte-americano – a distinção que fazemos –, sobre a duplicidade entre processo civil e processo penal, na aplicação de penas, é da compreensão a respeito de a sanção civil exceder (i) uma natureza reparatória, sobre determinada restrição à propriedade, ou (ii) uma feição punitiva, que pode vir a ferir a proibição ao duplo sancionamento; o que, portanto, não se confunde com o nosso processo civil sancionador, no qual está presente a aplicação de (graves) penas restritivas de direitos, caracterizadas como sanções administrativas de funções concretas próprias.

---

[189] Ibid., p. 329.
[190] Ibid., p. 327/328.
[191] A conclusão do estudo, entretanto, é que: "The current status of double jeopardy jurisprudence is muddled, to say the least. Confusion in this area has created a situation in which a defendant in one jurisdiction may escape criminal liability because of a prior judgment of civil forfeiture, while, in another jurisdiction, the criminal and civil sanctions imposed in separate proceedings based on the same criminal offense may be permitted to stand. Furthermore, in the case of a prior criminal prosecution, some defendants may be permitted to retain their ill-gotten gains while other defendants must forfeit their property to the government. Moreover, it has become glaringly apparent that the legal standards, tests, principles, and doctrines that have emerged from the long history of Supreme Court cases on double jeopardy have become so complex as to become almost impossible to apply in any consistent and coherent manner" (GURULE, Jimmy. The double jeopardy dilemma: does criminal prosecution and civil forfeiture in separate proceedings violate the double jeopardy clause? p. 328/329-331).

PARTE IV

NE BIS IN IDEM

CAPÍTULO V

NE BIS IN IDEM EM PORTUGAL E ESPANHA: PAÍSES DE HISTÓRICA INFLUÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

5.1 Comparações do sistema brasileiro com o sistema português

Comecemos com a constatação correta de Inês Ferreira Leite, de que: "sendo admitida a duplicação de tipos sancionatórios, a duplicação de processos apresenta-se como uma consequência, pelo menos teoricamente, inevitável"; por outro lado, "a admissão da litispendência entre processos sancionatórios administrativos e criminais, podendo constituir uma forma de derrogação ou de restrição ao ne bis in idem, também deverá ficar sujeita a critérios de justificação material e a juízos de necessidade e de proporcionalidade". [192]

Em Portugal, a política legislativa a respeito da duplicidade de processos sancionatórios determina, como regra geral, a prevalência da punição pelo crime e do processo penal, ressalvada a possibilidade de cumulação entre a pena criminal principal e *sanções acessórias administrativas*, conforme dispõe o artigo 20 do Regime Geral das Contra-Ordenações - RGCO, Decreto-Lei nº 433, de 27 de outubro de 1982,[193] segundo o qual, disciplinando o concurso de infrações, determina que: "Se o mesmo facto constitui simultaneamente crime e contra-ordenação, será o agente sempre punido a título de crime, sem prejuízo da aplicação das sanções acessórias para a contra-ordenação".

O artigo 21 do RGCO versa sobre as espécies de sanções acessórias, além da sanção de multa, determinado que: "A lei pode, simultaneamente com a coima, determinar as seguintes sanções acessórias, em função da gravidade da infração e da culpa do agente": perda de objectos pertencentes ao agente; interdição do exercício de profissões ou actividades cujo exercício dependa de título público ou de autorização ou homologação de autoridade pública; privação do direito a subsídio ou benefício outorgado por entidades ou serviços públicos; privação do direito de participar em feiras

---

[192] LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público, Vol. I, p. 506.

[193] Consultado em 03.11.2020: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107671399/202011031014/diploma?p_p_state=maximized&did=34484875&rp=indice>.

ou mercados; privação do direito de participar em arrematações ou concursos públicos que tenham por objecto a empreitada ou a concessão de obras públicas, o fornecimento de bens e serviços, a concessão de serviços públicos e a atribuição de licenças ou alvarás; encerramento de estabelecimento cujo funcionamento esteja sujeito a autorização ou licença de autoridade administrativa; suspensão de autorizações, licenças e alvarás.

O sistema português, quanto ao plano processual, em regra, em havendo duplicidade de ilícitos, além do artigo 20 referido, segue o comando, que destacamos, dos artigos 38, 39, 40, 59, 76, 77 e 79 igualmente do Regime Geral das Contra-Ordenações, que determinam, inclusive, diante da existência de responsabilidade criminal pelo mesmo fato, que *a competência para a aplicação das sanções por responsabilidade administrativa, em incidindo, será realizada no bojo do processo criminal*.

O artigo 38 do RGCO, a respeito das autoridades competentes em processo criminal, determina que quando se verificar *concurso de crime e contra-ordenação*, ou quando, pelo *mesmo fato* uma pessoa responda por crime e outra pessoa responda por contra-ordenação, o processamento da contra-ordenação caberá às autoridades competentes para o processo criminal. Nesses casos, em já existindo processamento no âmbito de autoridade administrativa, devem os autos ser remetidos à autoridade criminal competente. Por outro lado, em sendo arquivado o processo criminal, mas subsistindo responsabilidade por contra-ordenação, o processo deverá ser remetido à autoridade administrativa competente, sendo a decisão do Ministério Público a respeito da conformação ou não de tipo criminal para o fato, vinculativa para a autoridade administrativa.

Na mesma linha, o art. 39 do RGCO ordena que em sendo o processamento do ilícito realizado no âmbito criminal, a aplicação da coima e das sanções acessórias cabe ao juiz competente para o julgamento do crime. E o artigo 40 do RGCO determina que, se considerando que o fato constitui crime, a autoridade administrativa competente remeterá o processo ao Ministério Público e este, caso entenda que não há lugar para a responsabilidade criminal, devolverá o processo para a autoridade administrativa.

É devido – assim como no Brasil – o controle pelo Poder Judiciário contra decisão de autoridade administrativa, determinado o artigo 59 do RGCO que *"A decisão da autoridade administrativa que aplica uma coima é susceptível de impugnação judicial"*; sendo o chamado *"recurso"* – que é, na verdade, *ação judicial* – apresentado à própria autoridade administrativa e não diretamente ao Poder Judiciário, como é no Brasil: *"O recurso é feito por escrito e apresentado à autoridade administrativa que aplicou a*

coima, no prazo de 20 dias após o seu conhecimento pelo arguido, devendo constar de alegações e conclusões".

Em seguida o RGCO trata da compatibilização de trâmites no Poder Judiciário, entre *"processo de contra-ordenação"* e *"processo criminal"*, dizendo da possibilidade de conversão daquele para o âmbito penal, conforme o artigo 76 do RGCO: *"O tribunal não está vinculado à apreciação do facto como contra-ordenação, podendo oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, converter o processo em processo criminal"*. Bem como do conhecimento de contra-ordenação no processo criminal, conforme o artigo 77 do RGCO: *"O tribunal poderá apreciar como contra-ordenação uma infração que foi acusada como crime"*.

Para dizer, depois, do *"Alcance da decisão definitiva e do caso julgado"*, no artigo 79, no qual consta que: *"1. O carácter definitivo da decisão da autoridade administrativa ou o trânsito em julgado da decisão judicial que aprecie o facto como contra-ordenação ou como crime precludem a possibilidade de reapreciação de tal facto como contra-ordenação"*; da mesma forma que, *"2. O trânsito em julgado da sentença ou despacho judicial que aprecie o facto como contra-ordenação precludem igualmente o seu novo conhecimento como crime"*.

Há, portanto, uma disciplina legal, notadamente processual, mais minudente em Portugal, se comparada ao Brasil, que determina, em regra, a prevalência do processo criminal, diante da possibilidade de existência de um fato que represente, ao mesmo tempo, hipótese de infração administrativa e crime, ou quando haja divergência a respeito da subsunção legal quanto a uma ou outra forma de infração.

Dizemos "em regra" porque essa, entretanto, não é a única possibilidade legal.

Há em Portugal a norma do artigo 420 do Código dos Valores Mobiliários – CVM, Decreto-Lei n.º 486/99 e alterações seguintes, segundo o qual, se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contraordenação, há instauração de processos distintos e responsabilização por ambas as infrações, salvo duas únicas hipóteses de contraordenação, quais sejam, o uso ou transmissão de informação privilegiada e a violação da proibição de manipulação de mercado. Veja-se:

> Artigo 420.º
> Concurso de infrações
>
> 1 - Se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contraordenação, o arguido é responsabilizado por ambas as infrações,

> instaurando-se processos distintos a decidir pelas autoridades competentes, sem prejuízo do disposto no número seguinte.
> 2 - Nas situações previstas nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 399.º-A, quando o facto que pode constituir simultaneamente crime e contraordenação seja imputável ao mesmo agente pelo mesmo título de imputação subjetiva, há lugar apenas ao procedimento de natureza criminal.[194]

O mesmo artigo 420 do CVM português dispõe ainda que:

> 3 - Quando o mesmo facto der origem a uma pluralidade de infrações e de processos da competência de entidades diferentes, as sanções já cumpridas ou executadas em algum desses processos podem ser tidas em conta na decisão de processos ulteriores para efeitos de determinação das respetivas sanções, incluindo o desconto da sanção já cumprida e executada, se a natureza das sanções aplicadas for idêntica.[195]

Lembramos que a disposição final do artigo 420 do CVM português assemelha-se à norma incluída na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, Decreto-lei nº 4.657/1942, pela Lei nº 13.655/2018, no artigo 22, § 3º, que prevê também um sistema de compensação de sanções aplicáveis no âmbito do Direito Público sancionador ou *técnica de desconto*[196], com a seguinte redação: "As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato"; e que a regra geral em nosso sistema jurídico é a aplicação simultânea de sanções administrativas e criminais, inclusive, a concomitância na

---

[194] Conforme o destaque na redação do artigo no item 1 – constando ainda, na sequência da lei os itens 2, "Constitui contraordenação grave", e 3, "Constitui contraordenação menos grave", não transcritos aqui: "Artigo 399º- A - Abuso de mercado 1 - Constitui contraordenação muito grave: *a) O uso ou transmissão de informação privilegiada, exceto se tal facto constituir também crime; b) A violação da proibição de manipulação de mercado, exceto se tal facto constituir também crime*; c) A violação do regime de divulgação de informação privilegiada pelos emitentes de instrumentos financeiros; d) A violação do regime de divulgação de informação privilegiada pelos participantes no mercado de licenças de emissão; e) A violação do regime de divulgação de operações de dirigentes; f) A realização de operações proibidas por dirigentes de entidades emitentes de instrumentos financeiros" (Código dos Valores Mobiliários de Portugal - Título VIII – Crimes e Ilícitos de Mera Ordenação Social. Consultado em 03/11/20220: <https://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/Legislacaonacional/CodigodosValoresMobiliarios/Pages/Codigo-dos-Valores-Mobiliarios.aspx?pg>).

[195] Código dos Valores Mobiliários de Portugal - Título VIII – Crimes e Ilícitos de Mera Ordenação Social.

[196] *"Discounting technique"* é a expressão utilizada por Mercedes Pérez Manzano, em seu texto: MANZANO, Mercedes Pérez. *"Ne bis in idem"* in Spain and Europe. Internal effects of an inverse and partial convergence of case-law (from Luxembourg to Strasbourg). MANZANO, Mercedes Pérez (et. al. eds.). *Multilevel Protecion of the principle of legality in criminal law*. Springer International Publishing, 2018. Acessado em 09.01.2021: <https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-319-63865-2_5>.

existência de processos sancionatórios e aplicação de penalidades nas esferas administrativa, judicial cível e criminal.[197]

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 disciplina de modo inconteste a possibilidade da concomitância entre sanções administrativas e criminais, dispondo em seu art. 37, § 4ª que: "Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível". Na explicação de Fábio Medina Osório – com quem concordamos: "Exige-se, aqui, a independência das instâncias na tutela de fatos unitários que, configurando improbidade, transcendam essa esfera e configurem também crimes, contravenções, ilícitos disciplinares".[198]

Isso, porém, com a salutar ressalva de que se deve considerar, diante da duplicidade de processos, os fatos tidos como provados no âmbito penal, conforme foi decidido, em 15 de dezembro de 2020, pelo Supremo Tribunal Federal, na Reclamação 41.557,[199] com referência à decisão proferida em Habeas Corpus, trancando Ação Penal pelo *reconhecimento da tese de negativa de autoria, fundada em conjunto de fatos e acervo probatório idênticos* à Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, tendo restado excluído o réu do polo passivo do processo civel sancionador.

A lógica aplicada na decisão do Supremo Tribunal Federal tem razão semelhante à aplicada na Sentencia 77/1983 do Tribunal Constitucional de España, segundo a qual:

> El principio non bis in idem determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento e la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.[200]

---

[197] A própria Inês Ferreira Leite, observando o direito comparado, conclui que: "A exceção mais notória à tendência de não cumulação encontra-se no Direito brasileiro, que prevê uma total autonomia entre a pena e sanção administrativa penal, impondo em alguns casos expressamente a cumulação, e estabelecendo a independência dos respectivos processos" (LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público, Vol. II, p. 579).
[198] OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, p. 356.
[199] STF, RCl. 41.557, 2 T, j. 15.12.2020, rel. Min. Gilmar Mendes.
[200] Sentencia 77/1983 do Tribunal Constitucional de España, acessado em 03.01.2020: <http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1983-28949.pdf>.

Outro exemplo, no Brasil, é o Decreto Aduaneiro nº 6.759/2009, que regulamenta a administração das atividades aduaneiras e a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior, e dispõe em seu art. 684 que, "a aplicação da penalidade tributária, e seu cumprimento, não impedem a cobrança dos tributos devidos nem prejudicam a aplicação das penas cominadas para o mesmo fato pela legislação criminal e especial, salvo disposição de lei em contrário".

Ou seja, no âmbito aduaneiro, *"penalidade tributária"*, de competência administrativa, será aplicada independentemente de haver, a respeito do mesmo fato, um tipo criminal, devendo seguirem o processo administrativo fiscal sancionador e o processo criminal, independentemente um do outro.[201]

É preciso ter em mente, a respeito da cumulação entre as sanções administrativas e criminais, a seguinte lembrança, na exposição proposta por Inês Ferreira Leite, quanto ao sistema português:

> até a reforma do Código Penal de 2007, a responsabilidade contraordenacional correspondia à única forma de sancionar repressivamente a pessoa coletiva, salvo no que respeitava às poucas exceções até então vigentes. Esta era, aliás, uma razão frequentemente invocada para justificar a sujeição da mesma conduta típica aos dois modelos de ilícito. Ora, considerando que, ainda hoje, a responsabilização da pessoa coletiva pela prática de ilícitos penais não corresponde a uma regra geral, não se pode dizer que se encontre neutralizada esta necessidade.[202]

---

[201] A esse respeito, Fábio Medina Osório explica que, nesses casos, entram em campo "as chamadas questões prejudiciais, que definem previamente a tipicidade proibitiva, pertencendo, não obstante, à competência de outra instância decisória e institucional, como o é a instância administrativa"; pois "Teoricamente, não pode o sujeito ter sua conduta considerada lícita, correta, conforme o Direito, na esfera administrativa, em determinados domínios especializados e idôneos e, ao mesmo tempo, ver-se acusado da prática de crimes em razão de supostas transgreções às mesmas normas que noutro terreno se diz que foram cumpridas integralmente. O ideário de segurança e coerência, coibindo atuações abusivas ou obscuras do Estado, repercute na formação de barreiras à independência das instâncias, neste aspecto" (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, p. 309 e 310).
No mesmo sentido, também Misabel Derzi, em atualização ao livro de Aliomar Baleeiro, Direito tributário brasileiro: "Todas as vezes, sem exceção, em que existir ilícito penal, haverá ilícito tributário"; ou melhor, "O fato ilícito, penalmente punível, é somente aquele executado sem direito, ou seja, em desacordo com o restante da ordem jurídica, no caso, a tributária. Por isso a doutrina consagra o princípio da unidade do injusto (…). Não pode existir crime tributário de qualquer espécie que, simultaneamente, não configure transgressão de dever tributário, ilícito fiscal. No entanto, a recíproca não é verdadeira. Inversamente poderá haver infringência de norma tributária (não pagamento de tributo, ou pagamento insuficiente, ou descumprimento de obrigação acessória), portanto antijuridicidade tributária, sem que, entretanto, ocorra fato delituoso" (DERZI, Misabel de Abreu Machado; BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*, op. cit., p. 1165).

[202] LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público, Vol. I, p. 499 a 501.

No Brasil, a Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846/2013, dispõe em seu art. 15 que: "A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a conclusão do procedimento administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos". Ou seja, em sendo hipótese de crime, de autoria de pessoa física ou, nos casos definidos por lei, de pessoa jurídica, haverá, concomitantemente à aplicação de sanção administrativa, também a responsabilização criminal pelo mesmo fato; dando a redação da norma a entender que o encaminhamento ao Ministério Público se dará quando do encerramento do procedimento administrativo para apuração de responsabilidade sancionatória administrativa, o que, pensamos, não impede, que seja feito em momento anterior.

Há previsão expressa, no Brasil, de responsabilidade penal das pessoas jurídicas, na chamada Lei dos Crimes Ambientais, Lei nº. 9.605/1998, que dispõe também sobre as infrações administrativas ambientais. Conforme seu art. 3º, as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente, "nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício de sua entidade"; no parágrafo único do mesmo artigo, há previsão de que: "A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato".

Por outro lado, o art. 18 da Lei Anticorrupção dispõe que: "Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial". Esta responsabilidade judicial, por sua vez, não se trata da responsabilidade criminal, mas da aplicação de sanções administrativas, *lato sensu*, no âmbito judicial – no mesmo sentido em que atua a Lei de Improbidade Administrativa –, mas, igualmente, com possibilidade de processamento e incidência de sanções com independência entre as esferas do Poder Executivo e do Poder Judiciário.

Para a responsabilidade judicial, pela Lei Anticorrupção, é possível a aplicação das seguintes sanções administrativas: perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; suspensão ou interdição parcial de suas atividades; dissolução compulsória da pessoa jurídica; proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

Havendo ainda a possibilidade da aplicação, no mesmo âmbito judicial, das sanções administrativas *stricto sensu*, de multa e publicação extraordinária da decisão condenatória (aplicáveis de forma isolada ou cumulativamente), dispostas no artigo 6ª da Lei Anticorrupção, de forma subsidiária, quando tenha havido omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa, conforme o artigo 20 da Lei nº 12.846/2013; e em todos os casos, não afastada a responsabilidade criminal pelos menos fatos – e tampouco, por obvio, a responsabilidade reparatória, a qual não diz respeito ao Direito Sancionador.

Pois bem, eis um panorama – incluídas breves justificativas – do direito português, junto ao direito pátrio, quanto aos processos sancionatórios, tendo sido demonstradas: (a) a preferência do processo penal no âmbito de Portugal, bem como da possibilidade de aplicação conjunta de sanções administrativas e penais, ainda que isso seja feito no bojo de um processo criminal; (b) a concomitância de processamentos no Brasil, nas esferas administrativa, penal e (inclusive) cível.

5.2 Comparações do sistema brasileiro com o sistema espanhol

No sistema espanhol, Alejandro Nieto explica:

> El principio que hoy denominamos non bis in idem aparece en el siglo XIX bajo la forma de los conflictos de competencias: detectada uma presunta infracción (administrativa y penal) y puestos em marcha simultaneamente ambos mecanismos represores, gubernativos y judiciales, surgía la necesidad de determinar cual de ellos era el competente para prosseguir las actuaciones[203].

Nessa compreensão, a negativa à aplicabilidade do princípio do *ne bis in idem* e a causa explicativa de compatibilidade entre penas criminais e sanções administrativas estava, em última análise, na admitida circunstância de que umas e outras sanções tinham naturezas distintas.

Daí surge um cenário de grandes incongruências, legais e jurisprudenciais, notadamente sobre a interpretação de dispositivos na Constituição espanhola de 1978;[204]

---

[203] NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 2012, p. 440.

[204] Constituição espanhola de 1978, consultada em 03.11.2020: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>.

tendo-se socorrido por muito tempo, a respeito do *bis in idem*, mais de normas originárias de foros internacionais,[205] para a defesa notadamente doutrinária da proibição do duplo sancionamento, com especial atenção à cumulação entre sanções administrativas e criminais, no sistema jurídico espanhol.

Há, entretanto, na Espanha um marco legislativo para o tema, no *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* - Ley 30/1992,[206] determinando, em seu *artículo* 133, nomeado de *«concurrencia de sanciones»*, a seguinte norma, *"No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, em los casos em que se aprecie identidade se sujeto, hecho y fundamento"*.

Na sequência, o Real Decreto 1.398/1993, aprovou o *Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora*, tratando também do tema da *«concurrencia de sanciones»*.[207]

A regra enunciada desde o *artículo* 133 da *Ley* 30/1992 representa um axioma de preferência ou prevalência da ordem jurídica penal, frente à administrativa sancionatória,[208] interpretada, sob o ponto de vista processual, nos seguintes termos pelo Tribunal Constitucional de España, conforme à destacada *Sentencia* 2/2003:

---

[205] "Así, en el artículo 4 del Protocolo 7 del Convenio de Roma o en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966: «Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por uma sentencia firme de acuerdo con la ley el procedimiento penal de cada país». O mucho más pormenorizadamente todavia el Título V («*Ne bis in idem*») del Convenio Europeo sobre Transmisión de Procedimientos em Materia Penal de 1972 (ratificado por España ciertamiente mucho más tarde, el 24 de junio de 1988)" (NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 440 e 441).

[206] Consultada em 03.11.2020: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-26318>.

[207] Conforme o artículo 5 do Real Decreto 1.398/1993:

"1. El órgano competente resolverá la no exigibilidad de responsabilidad administrativa en cualquier momento de la instrucción de los procedimientos sancionadores en que quede acreditado que ha recaído sanción penal o administrativa sobre los mismos hechos, siempre que concurra, además, identidad de sujeto y fundamento.

2. El órgano competente podrá aplazar la resolución del procedimiento si se acreditase que se está siguiendo un procedimiento por los mismos hechos ante los Organos Comunitarios Europeos. La suspensión se alzará cuando se hubiese dictado por aquéllos resolución firme.

3. Si se hubiera impuesto sanción por los Organos Comunitarios, el órgano competente para resolver deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la que, en su caso, deba imponer, pudiendo compensarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción" (Consultado em 03.11.2020: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1993-20748>.

[208] Importa lembrar, com Fábio Medina Osório, entretanto, a interpretação dada pela Corte Constitucional espanhola, em "precedente inédito e contundente, ainda que não reproduzido posteriormente nos mesmos termos, fixando a prevalência da esfera administrativa em detrimento da esfera penal, em acórdão de 1999, na Sentença (STC) 177/99". Tratava-se do sancionamento de um crime ambiental que já havia sido castigado na esfera administrativa: "Curiosamente, no plano administrativo houve a responsabilização da pessoa jurídica, com imposição de pena pecuniária. E na esfera penal o processo atingia o diretor-presidente da empresa, que tinha natureza familiar. O princípio *non bis in idem*, nessa oportunidade, foi levado às últimas e radicais consequências, impedindo que autoridades judiciárias, munidas de competências penais, investigassem ou processassem ilícitos criminais, pelo só fato de que esses mesmos ilícitos já haviam

> Junto a esta vertiente [material], este Tribunal ha dotado de relevancia constitucional a la vertiente formal o procesal de este principio, que, de conformidad con la STC 77/1983, de 3 de octubre, se concreta en la regla de la preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no sólo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta según el Código penal. En efecto, en esta Sentencia declaramos que, si bien nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que la ha admitido en el art. 25.3, dicha aceptación se ha efectuado sometiéndole a "las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos".[209]

A decisão conclui, nesse ponto, pela existência de uma subordinação dos atos administrativos sancionatórios à *autoridade judicial*, por uma tríplice exigência, (i) do controle pelo Poder Judiciário através do recurso contencioso-administrativo – assim como em Portugal, chama-se *"recurso"*, mas se trata propriamente de *ação judicial*[210], destinada à *"Jurisdicción contencioso-administrativa"*, parte da Jurisdição ordinária ou Poder Judiciário, em sentido próprio, na Espanha; (ii) da impossibilidade de atuações ou procedimentos administrativos sancionatórios quando o fato possa constituir um crime; (iii) do respeito à coisa julgada – nos seguintes termos:

> *Entre los límites que la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el art. 25.1 CE, en lo que aquí interesa, se declaró la necesaria subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la Autoridad judicial. De esta subordinación deriva una triple exigencia: "a) el necesario control a posteriori por la Autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según*

ensejado imposição de sanção administrativa. A multa administrativa já havia sido compensada com a multa penal, mas não bastou semelhante operação. Foi necessário ampliar o alcance do princípio constitucional, subordinando sua vertente processual à dimensão material. Se o ilícito já havia sido apreciado e julgado na seara administrativa, que teria titularidade sobre o poder punitivo estatal, não seria viável admitir que esse mesmo poder punitivo viesse a ser manejado pelo Judiciário. (...) Como a entidade moral era governada e do interesse da pessoa física, até mesmo em decorrência de sua dimensão familiar, a Corte Constitucional entendeu que, na prática, havia identidade de sujeitos, fatos e fundamentos, por quanto os aspetos que especializavam a norma penal seriam irrelevantes para o efeito de distinguir as razões da punição" (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, p. 329 e 330). Pois bem, a responsabilização das pessoas jurídicas é, portanto, mais uma questão ser levada em conta no processamento e punição pelo mesmo fato, o que está em debate também no sistema português.

[209] Sentencia 2/2003, de 16 de enero (BOE n. 43, de 19 de febrero de 2003), consultada em 24.10.2020: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4777>.

[210] Nesse sentido: PUIG, Manuel Rebollo; CARRASCO, Manuel Izquierdo; SOTOMAYOR, Lucía Alarcón; ARMIJO, Antonio Bueno. Panorama del derecho administrativo sancionador em España. *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 7 nº1, Bogotá, jan./june 2005, p. 13-27.

> *el Código penal o las leyes penales especiales, mientras la Autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) la necesidad de respetar la cosa juzgada".*[211]

O *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* - *Ley* 30/1992 e o *Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora* - *Real Decreto* 1.398/1993, entretanto, foram revogados pelo novo *Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* - *Ley* 39/2015,[212] tendo sido, agora, criado separadamente o também novo *Régimen Jurídico del Sector Público* - Ley 40/2015.[213]

Passaram, portanto, na Espanha, os temas do processo administrativo e do regime jurídico administrativo a serem regulados em *diplomas legais distintos*: na Ley 39/2015 e na Ley 40/2015, respectivamente – diferente, como vimos, do que fazia o regramento anterior, na Ley 30/1992, que reunia os dois temas em um só diploma legal.

Da mudança legislativa, no entanto, ficou mantida a redação da norma considerada como o marco no tema do *ne bis in idem* para o direito espanhol (anterior artículo 133 da Ley 30/1992), na Ley 40/2015 – LRJSP, conforme se vê de seu artículo 31.1, ademais do acréscimo do ponto 2, que incluiu no regramento da matéria a *técnica de desconto entre sanções* no direito espanhol, frente ao direito comunitário, da União Europeia:

> Artículo 31. Concurrencia de sanciones.
>
> 1. No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.
>
> 2. Cuando un órgano de la Unión Europea hubiera impuesto una sanción por los mismos hechos, y siempre que no concurra la identidad de sujeto y fundamento, el órgano competente para resolver deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la que, en su caso, deba imponer, pudiendo minorarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción.

No Real Decreto Legislativo 5/2000 ("por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social"), por exemplo, publicado um

---

[211] Sentencia 2/2003, de 16 de enero (BOE n. 43, de 19 de febrero de 2003), consultada em 24.10.2020: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4777>.
[212] Consultado em 03.11.2020: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10565>.
[213] Consultado em 03.11.2020: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10566>.

novo texto consolidado em 2020, o tema está regulado não mais sob o título de *«concurrencia de sanciones»*, mas, agora, sob o título de *«concurrencia con el orden jurisdiccional penal»*[214], constando, igualmente, que não se poderá punir os fatos que tenham sido sancionados penal ou administrativamente, nos casos em que se veja identidade de sujeito, fato e fundamento.

As recentes alterações legislativas dão conta, como se vê, da manutenção da prevalência da ordem jurisdicional penal no sistema espanhol, o que se concretiza na esfera processual do princípio do *ne bis in idem*. Dá-se, na Espanha, igualmente a Portugal, prioridade ao processo penal sobre as atuações sancionatórias administrativas – *sem que, na Espanha, haja aplicação subsidiária das sanções administrativas no processo penal, o que ocorre em Portugal e distingue o sistema jurídico dos dois países*.

O cenário espanhol permanece, então, em essência, o descrito por Alejandro Nieto, segundo quem, o *legislador moderno* tem o cuidado de regular repetidas vezes esse ponto, da prevalência do processo penal, frente ao processo administrativo sancionador:

> pero siempre lo ha hecho desde la perspectiva de la Administración, o sea, ordenando a ésta que en el momento em que aprecie la posible existência de responsabilidad penal, lo comunique al Juzgado correspondiente y paralice sus propias actuaciones en espera de la resolución judicial.[215]

Nesse sentido é o disposto no Real Decreto Legislativo 5/2000, ordenando – de forma semelhante a Portugal – que quando as infrações possam constituir ilícito penal, a Administração se absterá de seguir o procedimento sancionador e encaminhará os fatos ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público; e, somente em não havendo ilícito penal ou

---

[214] Dispondo dos seguintes enunciados normativos:
"Artículo 3. Concurrencia con el orden jurisdiccional penal.
1. No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento.
2. En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones.
3. De no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, la Administración continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados.
4. La comunicación del tanto de culpa al órgano judicial o al Ministerio Fiscal o el inicio de actuaciones por parte de éstos, no afectará al inmediato cumplimiento de las medidas de paralización de trabajos adoptadas en los casos de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud del trabajador, a la efectividad de los requerimientos de subsanación formulados, ni a los expedientes sancionadores sin conexión directa con los que sean objeto de las eventuales actuaciones jurisdiccionales del orden penal".

[215] NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 448.

sendo finalizado o processo penal por outra forma, a Administração dará continuidade ao processao administrativo sancionador, respeitando os fatos provados no Poder Judiciário. Sem que se fale, entretando – como dissemos, nisso ao contrário de Portugal – da aplicação conjunta de sanções administrativas e penais.

No Brasil, por sua vez, com exceção da coisa julgada, portanto, somente quando haja processo judicial findo,[216] e da recente construção jurisprudencial pelo Supremo Tribunal Federal, na Reclamação 41.557,[217] que a nomeou de *independência mitigada entre as diferentes esferas sancionadoras*[218] e representa uma *estabilização de questões fáticas decididas no âmbito do processo penal sobre a esfera cível sancionatória da improbidade administrativa*, não há norma que indique a prevalência da jurisdição penal sobre os processos administrativos sancionatórios.

A Lei do Estado do São Paulo que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública, Lei nº 10.177/1998, dispõe de uma seção, "Do Procedimento

---

[216] Na Espanha, ao contrário, o processo penal tem: "Una relevacia que se despliega em dos direcciones: hacia atrás (la eventualidade de que vaya a aparecer una sentencia penal paralisa la continuación de las actuaciones administrativas anteriores a ella) e hacia adelante (las actuaciones y sancionaes administrativas posteriores se encuentran condicionadas por el contenido de la sentencia penal. (...) el principio tiene uma doble eficácia: *ex post*, de naturaleza material, como prohibición de sancionar lo ya sancionado; y *ex ante*, de naturaliza procesal, como prohibición de doble enjuciamiento simultâneo de unos mismos hechos" (NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 457).

[217] STF, RCl. 41.557, 2 T, j. 15.12.2020, rel. Min. Gilmar Mendes.

[218] Veja-se o trecho do Voto do Relator Ministro Gilmar Mendes: "A Constituição Federal anuncia, no art. 37, § 4º, uma noção de independência entre as diferentes esferas sancionadoras: "Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível."

Tal independência, contudo, é complexa e deve ser interpretada como uma independência mitigada, sem ignorar a máxima do *ne bis in idem*. Explica-se: o subsistema do direito penal comina, de modo geral, sanções mais graves do que o direito administrativo sancionador. Isso significa que mesmo que se venha a aplicar princípios penais no âmbito do direito administrativo sancionador – premissa com a qual estamos totalmente de acordo – o escrutínio do processo penal será sempre mais rigoroso. A consequência disso é que a compreensão acerca de fatos fixada definitivamente pelo Poder Judiciário no espaço do subsistema do direito penal não pode ser revista no âmbito do subsistema do direito administrativo sancionador. Todavia, a construção reversa da equação não é verdadeira, já que a compreensão acerca de fatos fixada definitivamente pelo Poder Judiciário no espaço do subsistema do direito administrativo sancionador pode e deve ser revista pelo subsistema do direito penal – este é ponto da independência mitigada. (...)

A adoção de uma noção de independência mitigada entre as esferas penal e administrativa – esta parece ser a posição mais acertada diante dos princípios constitucionais reitores do sistema penal, principalmente da proporcionalidade, da subsidiariedade e da necessidade – na interpretação da lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/92), sobretudo do art. 12 ("Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato), nos leva ao entendimento de que a mesma narrativa fático-probatório que deu ensejo a uma decisão de mérito definitiva na esfera penal, que fixa uma tese de inexistência do fato ou de negativa de autoria, *não pode provocar novo processo no âmbito do direito administrativo sancionador* – círculos concêntricos de ilicitude não podem levar a uma dupla persecução e, consequentemente, a uma dupla punição, devendo ser o *bis in idem* vedado no que diz respeito à persecução penal e ao direito administrativo sancionador pelos mesmos fatos" (STF, RCl. 41.557, 2 T, j. 15.12.2020, rel. Min. Gilmar Mendes).

Sancionatório", sem previsão, entretanto, a respeito de cumulação de sanções. E a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal não trata especificamente do *processo sancionatório*, versando somente, em seu art. 65,[219] – como vimos – que quando do processo resulte a aplicação de sanção, será possível sua revisão, a qualquer tempo, em razão do surgimento de fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada, vedada, nesses casos, a *reformatio in pejus*; e no capítulo que trata *das sanções*, há uma única disposição: "Art. 68. As sanções, a serem aplicadas por autoridade competente, terão natureza pecuniária ou consistirão em obrigação de fazer ou de não fazer, assegurado sempre o direito de defesa".

Por outro lado, dissemos já, por exemplo, a Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846/2013, determina o seguimento de processo administrativo sancionador, quando o fato constitua também crime; dando a redação da norma a entender que o encaminhamento ao Ministério Público se dará com o encerramento do procedimento administrativo para apuração de responsabilidade sancionatória administrativa[220] – ou seja, prioriza-se a finalização do processo administrativo, antes do início do processo penal, *ao contrário da regra de suspensão do processo administrativo, como o fazem Portugal e Espanha*.

Há, por obvio, no Brasil, a inafastabilidade da jurisdição em razão do exercício do direito constitucional de ação, que autoriza o controle externo dos atos administrativos pelo Poder Judiciário (assim como em Portugal e Espanha).[221]

E há, como dissemos, a imposição legal da força da coisa julgada resultante de decisões jurisdicionais penais e cíveis sancionatórias, estas conforme um modelo próprio

---

219 "Art. 65. Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada. Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção" (Lei nº 9.784/1999).

220 "Art. 15. A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a conclusão do procedimento administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos" (Lei nº 12.846/2013).

221 Como explica Celso Antônio Bandeira de Mello: "No Brasil, ao contrário do que ocorre em inúmeros países europeus, vigora o sistema de jurisdição única, de sorte que assiste exclusivamente ao Poder Judiciário decidir, com força de definitividade, toda e qualquer contenda sobre a adequada aplicação do Direito a um caso concreto, sejam quais forem os litigantes ou a índole da relação jurídica controvertida. Assim, o Poder Judiciário, a instâncias da parte interessada, controla, *in concreto*, a legitimidade dos comportamentos da Administração Pública, anulando suas condutas ilegítimas, compelindo-a àquelas que seriam obrigatórias e condenando-a a indenizar os lesados, quando for o caso. Diz o art. 5º, XXXV, da Constituição brasileira que 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou *ameaça* a direito" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 978).

de sancionamento administrativo em sentido amplo – defendido originalmente por Fábio Medina Osório e, depois, reconhecido na Lei nº 14.230/2021 –, pela via das ações fundadas na Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429/1992, bem como, na Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846/2013.

Eis, portanto, igualmente um panorama do direito espanhol junto ao direito pátrio, quanto aos processos sancionatórios, tendo sido demonstradas: (a) no âmbito da Espanha, a preferência do processo penal, frente ao processo administrativo (b) no Brasil, como regra, a possibilidade conjunta do processamento e da aplicação concomitante de sanções administrativas, na esfera do processo administrativo – sujeita ao controle jurisdicional –, e do processo civil, somada à concomitância do processo criminal e aplicação de sanção formalmente penal; ressalvadas as questões fáticas fixadas no processo penal, que impactam as demais esferas sancionadoras, diante da chamada independência mitigada entre estas.

Por fim, no direito espanhol ou no direito português, assim também no nosso direito pátrio, a vertente processual é um forte signo dos contornos do princípio do *ne bis in idem*, conforme a normatização de cada ordenamento jurídico.

Importa ter em mente que a esfera processual, mesmo em parte sendo símbolo da esfera material do *ne bis in idem*, não representa a sua íntegra e tampouco deve restringi-la, ao contrário, adapta-se e atende à vertente material do princípio;[222] entretanto, parece ser uma marca caraterística da realização concreta desse princípio a utilização de mecanismos processuais, desde que, sua origem histórica igualmente parte da ideia processual da coisa julgada e, no Brasil, a compreensão do processo civil sancionador é ponto chave para a compreensão da vertente material do *ne bis in idem*.

[222] No mesmo sentido, Fábio Medina Osório: "Não é esse direito [*ne bis in idem*] que se adapta à prevalência da instância penal em detrimento da administrativa, mas o contrário. No momento em que o Judiciário tutela o direito fundamental que o cidadão ostenta de não ser castigado duas ou mais vezes pelo mesmo fato, a dimensão processual – prevalência de uma esfera em detrimento da outra – não pode ser interpretado em dissonância com a dimensão material, que configura o próprio direito fundamental" (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, p. 330).

CAPÍTULO VI

NE BIS IN IDEM NO DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU: UMA SAGA QUE DEVEMOS CONHECER

6.1 Tribunal Europeu de Direitos Humanos e Tribunal de Justiça da União Europeia: "o movimento necessário das coisas"

Para falar do direito europeu a respeito do tratamento da proibição ao *bis in idem*, incluídos o direito comunitário e o direito internacional público, é preciso, primeiro, que se compreenda o que são e quais as competências do Tribunal Europeu de Direitos Humanos - TEDH e do Tribunal de Justiça da União Europeia - TJUE, além de investigar, ainda que brevemente, os sistemas nacionais de alguns de seus países, para, então, poder comparar, enquanto sistemas de direito, ao nosso.

Existe na Europa dois sistemas de proteção dos direitos básicos da pessoa, chamados de "direitos humanos", pelo Convênio Europeu de Direito Humanos, do ano de 1950, e de "direitos fundamentais" pela Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, aprovada em 2000 e com entrada em vigor efetiva, com força vinculante, em 2009, a partir do Tratado de Lisboa.

O Convênio Europeu de Direito Humanos compreende quarenta e sete países, incluídos os, hoje, vinte e sete países – vinte e oito, antes do Brexit da Grã-Bretanha – pertencentes à União Europeia, e apresentando por característica definidora, ao longo de toda a sua história, ter por objeto material exclusivamente, a proteção dos direitos humanos reconhecidos no texto do Convênio e em seus protocolos.

É o que explica Luis López Guerra, juiz do Tribunal Europeu de Diretos Humanos, que buscou apresentar, com as referências que trataremos a seguir, o atual cenário sobre a "saga" do *ne bis in idem* (como ele próprio chama) no âmbito europeu.

A União Europeia, por sua vez, além da abrangência territorial menor (vinte e sete países), em comparação à abrangência do Convênio Europeu de Direito Humanos, configura, como se sabe, o marco jurídico de um sistema muito mais amplo de integração, que inclui o tratamento de matérias nos âmbitos social, econômico e nas relações exteriores. É, pode-se dizer, um ordenamento jurídico autônomo, no qual, "La ordenación relativa al reconocimiento y defensa de derechos fundamentales aparece así como un

sector parcial (subsistema) dentro de ese ordenamiento, y, en consecuencia, estrechamente relacionado con los objetivos y principios básicos que a éste inspiran";[223] e não é, portanto (ao contrário do que ocorre com o Convênio Europeu de Direito Humano),"una ordenación concebida desde un principio con el fin de proteger una lista detallada de derechos, y que haya mantenido permanentemente ese objeto".[224]

Para a União Europeia, reconheceram-se referências aos direitos humanos, progressivamente, em vários textos normativos, o que veio, enfim, a ter força vinculante por meio do Tratado da União Europeia, em 2009, de maneira que, "hasta fechas relativamente recientes, el sistema de la Unión Europea de protección de derechos fundamentales aparecía como un añadido o complemento de la protección ofrecida por el Convenio y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos";[225] foi a partir do Tratado de Lisboa, entretanto, que o Tribunal de Justiça da União Europeia (principal órgão jurisdicional da Comunidade) passou a ser, formalmente, um instrumento superior de defesa dos direitos fundamentais reconhecidos na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia – portanto, hoje, realizando uma competência em paralelo com a atuação tradicionalmente realizada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos:

> Lo que viene a dar lugar a una dualidad de tribunales competentes sobre las mismas materias y en el mismo ámbito geográfico: en las mismas materias porque el contenido de la Carta incluye el del Convenio de 1950; en el mismo ámbito porque todos los países miembros de la Unión son también firmantes del Convenio Europeo.
> Esa dualidad no implica una diferencia de objetivos, ya que ambos sistemas se inspiran explícitamente en los mismos princípios: la Carta de Derechos Fundamentales, en su Preámbulo cita textualmente, como fuente de inspiración, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo. Pero sí implica que en una misma materia van a existir dos tribunales con pretensión de actuar como última instancia, sin que pueda hablarse de na relación jerárquica entre ellos, pues ciertamente, la inspiración en el Convenio Europeo de Derechos Humanos a que se refiere la Carta no implica que el Tribunal de Luxemburgo esté sometido al Convenio Europeo de Derechos Humanos ni a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. [226]

Daí o surgimento recente de um movimento de coordenação entre os dois tribunais, na tentativa de garantir a segurança jurídica, tanto no âmbito do Convênio,

---

[223] GUERRA, Luis López. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la EU y «le mouvement nécessaire des choses». *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 39, 2017, 163-188, p. 164.
[224] Ibid., p. 164.
[225] Ibid., p. 163/166.
[226] Ibid., p. 164/165.

como da Carta, quanto ao julgamento de direitos idênticos. Sendo que ausente uma coordenação formal (pelo menos até agora), vê-se um movimento informal, baseado na convergência de jurisprudências, "derivada de la identidad de los principios que rigen ambos sistemas, del proclamado carácter universal de los derechos (denominados como fundamentales o humanos) que en ellos se garantizan, del diálogo entre ambas instancias, y en último término de lo que Montesquieu denominó «*le mouvement nécessaire des choses*»".[227]

Há um outro aspecto importante na delimitação de jurisdições entre os dois tribunais, e que ficou definido na Sentença *Akerberg Fransson*, de 2013, do Tribunal de Justiça da União Europeia. Diz respeito à interpretação do artigo 51 da Carta de Direitos Fundamentais,[228] que determina que suas disposições se dirigem aos casos nos quais se aplique o Direito da União; contexto que, na verdade, é bastante amplo, mas o Tribunal de Justiça considerou, na referida sentença, que a sua jurisdição se estende à proteção dos direitos da Carta, desde que insertos em uma matéria regida pelo Direito da União.

O caso da Sentença *Akerberg Fransson*, se encontra regulado pela Diretiva 2006/112 EC de 28 de novembro de 2006, e diz respeito ao imposto sobre valor adicionado e às sanções em razão de evasão fiscal, tendo sido considerado ainda que, parte dos fundos da União Europeia derivam dos valores recebidos pelos Estados em virtude do imposto sobre valor adicionado – ou seja, é matéria referente ao Direito da União. E a partir dessa decisão, foi considerado como critério para a definição da jurisdição do Tribunal de Justiça da União Europeia, em matéria de direitos fundamentais, a necessidade, na matéria a ser julgada, da presença de obrigações concretas junto aos Estados Membros.[229]

Acontece que, esse é exatamente o caso das decisões a respeito do *ne bis in idem*, nas quais vem sendo realizado um importante diálogo entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e as recentes manifestações do Tribunal de Justiça da União Europeia – o que é imprescindível considerar-se para uma verdadeira compreensão do

---

[227] Ibid., p. 166.

[228] "Artigo 51. Âmbito de aplicação. 1. As disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições e órgãos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União. Assim sendo, devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respectivas competências. 2. A presente Carta não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a Comunidade ou para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas nos Tratados" (consultado em 06/05/2021, em: <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>).

[229] GUERRA, Luis López. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la EU y «le mouvement nécessaire des choses», p. 176/178.

encaminhamento desse tema num cenário de Direito Comparado; este, por sua vez, imprescindível para a compreensão do atual debate no Brasil. No cenário europeu:

> La coexistencia de dos sistemas de protección internacional de derechos fundamentales, y la presencia na sus respectivas cúspides de dos tribunales competentes sobre esta materia ha conducido, en virtud del «movimiento forzoso de las cosas» de que se na hecho mención más arriba, al establecimiento de un diálogo entre ambos Tribunales, primeramente en la forma genérica de mutuas referencias, y posteriormente y como se verá, en un proceso de interacción aún por desarrollarse en profundidad. Especialmente, la entrada na vigor con carácter vinculante de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión en virtud del Tratado de Lisboa ha supuesto un punto de inflexión, en ambos aspectos, en la práctica de los dos Tribunales. [230]

Pois bem, precisamente no caso *Akerberg Fransson*, do Tribunal do Justiça da União Europeia, decidiu-se a respeito da proibição ao *bis in idem*, prevista tanto no artigo 4, do Protocolo 7 do Convênio Europeu de Direitos Humanos,[231] como também no artigo 50 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia,[232] iniciando uma mudança jurisprudencial, que veio a ser fixada depois, no caso *A y B contra Noruega*, no ano de 2016, por sua vez, pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, como veremos a seguir.

6.2 Atual posição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Sigamos na explicação, então, considerando a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em paralelo à jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, como uma evolução "necesaria para despejar dudas y eliminar incertidumbres y contradicciones sobre los dos elementos esenciales del principio *ne bis in ídem*: qué

[230] Ibid., p. 178.
[231] Protocolo n° 7 à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais Estrasburgo, 22.11.1984. (...) "Artigo 4° Direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez. 1. Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infracção pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado. 2. As disposições do número anterior não impedem a reabertura do processo, nos termos da lei e do processo penal do Estado em causa, se factos novos ou recentemente revelados ou um vício fundamental no processo anterior puderem afectar o resultado do julgamento. 3. Não é permitida qualquer derrogação ao presente artigo com fundamento no artigo 15° da Convenção" (consultado em 06/05/2021: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>).
[232] "Artigo 50. Direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito. Ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado, nos termos da lei" (consultado em 06/05/2021, em: <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>).

debe entenderse por una misma infracción (*ídem*) y qué debe entenderse por doble ejercicio del *ius puniendi* (*bis*)".[233]

No Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a orientação a respeito do *ne bis in idem* encontra-se, essencialmente, em duas sentenças, o caso *Zolotukhin contra Rusia*, do ano de 2009, com referência especialmente à definição do que seja a identidade da infração, o "*idem*", e o caso *A y B contra Noruega*, do ano de 2016, que consolida a questão referente ao que seja a dupla punição, o "*bis*".

A primeira coisa que se deve registrar é que, "el *ne bis in idem* se ha configurado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como aplicable únicamente en el caso de existencia de una dualidad de procesos"; isto é, "para el Tribunal no resulta aplicable la doctrina que reconoce la posibilidad de un *ne bis in idem* material", no sentido de que o princípio viesse a proibir que em um mesmo processo recaia "una sanción principal doble o plural", exigindo-se uma dualidade de procedimentos para a verificação da incidência do *ne bis in idem*.[234]

A respeito do que representa o *idem* ou de quando se trata de uma mesma infração, significa, "en términos de comprensión inmediata, una conducta constitutiva de una transgresión de la legalidad", mas nessa compreensão estão presentes o sentido de "conduta fática" e, por outro lado, a "definição legal" do que seja essa conduta.[235] Ou seja, de um lado, se pode perceber uma compreensão "fática" ou "naturalística" da infração, na qual, "lo relevante para el bis in ídem sería la conducta o comportamiento del individuo, independientemente de la calificación jurídica que se le atribuya en cada proceso"; e, de outra forma, pela compreensão jurídica, "unos mismos hechos pueden ser definidos como constitutivos de varias y distintas infracciones, que pueden ser tratadas en diferentes procesos".[236]

A jurisprudência desenvolveu-se, então, da seguinte maneira: na Sentença *Gradinger contra Austria*, do ano de 1995, prevaleceu a compreensão naturalística da infração, a respeito do fato, conduzir veículo sob efeito de álcool, quando o infrator causou uma morte no trânsito e este fato não foi levado à esfera penal, diante da condenação na esfera administrativa; o TEDH entendeu que esse aspecto já havia sido julgado, não mais podendo haver uma nova condenação, pois vulneraria o *ne bis in idem*.

---

[233] GUERRA, Luis López. «Ne bis in idem» en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Española de Derecho Europeo* nº 69, 2019, 9-26, p. 11.
[234] Ibid., p. 12.
[235] Ibid., p. 13.
[236] Ibid., p. 13.

No caso *Oliveira contra Suiça*, de 1998, por outro lado, reconheceu-se a possibilidade de duas condenações, primeiro em processo administrativo e depois em um processo penal, também a respeito de condução de veículo, mas com resultado de lesão a outro motorista, considerando-se a primeira infração como perda do controle do veículo, além do crime de causação de lesões. Já na Sentença *Franz Fischer contra Austria*, em 2001, um motorista sob influência de álcool causou a morte de um ciclista, e reconheceu-se que era possível uma condenação administrativa, junto à condenação penal, mas que se deveria examinar se essas infrações, supostamente distintas, tratavam na verdade dos mesmos elementos essenciais, o que se entendeu ter ocorrido no caso, reconhecendo-se a vulneração ao *ne bis in idem*.[237] Então:

> ¿Qué debería entenderse por «elementos esenciales»? En su jurisprudencia posterior, el Tribunal indicó varios criterios para determinar la presencia de una o varias infracciones, como el de si cada infracción legalmente definida perseguía una finalidad distinta (así en *Rosenquist contra Suecia*, el año 2004) o si protegía distintos valores sociales (así en *Garetta contra Francia*, del año 2008).
> Así y todo, la existencia de dos líneas jurisprudenciales y la forzosa incertidumbre y dificultad en delimitar el concepto de «elementos esenciales», a la hora de decidir si efectivamente se habría producido o no una misma infracción, llevaron al Tribunal en su sentencia en el caso *Zolotukhin contra Rusia* (TEDH 2009, 23) a establecer en forma clara su posición respecto a la presencia del *idem*, esto es, sobre la presencia de una o varias infracciones. Valga decir que el Tribunal optó en *Zolotukhin* (TEDH 2009, 23) claramente por el concepto fáctico o naturalista de infracción, definida, no por la calificación legal, sino por la conducta o comportamiento fáctico del afectado.[238]

No caso, tratava-se de uma prisão administrativa, no exército, por desordem, tendo depois havido o processamento na via penal, em razão de conduta ameaçadora e insultante, e ficou reconhecida a violação ao *bis in idem*, em razão de significarem fatos idênticos ou substancialmente os mesmos; foi decidido que "el procedimiento entablado contra el recurrente en la vía penal se refería esencialmente a la misma infracción por la que ya había sido declarado culpable en vía administrativa".[239] Firmada a posição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em *Zolotukhin contra Russia* (TEDH 2009, 23), nos seguintes termos, que destacamos: "that Article 4 of Protocol No. 7 should be construed as prohibiting the prosecution or trial of an individual for a second offence in

[237] Ibid., p. 13/16.
[238] Ibid., p. 15/16.
[239] Ibid., p. 16.

so far as it arose from identical facts or facts that were "substantially" the same as those underlying the first offence".[240]

Considerada essa a interpretação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos para o que significa o "*idem*", com um conceito fático ou naturalista da infração, passemos, então, ao estudo quanto ao caráter penal dos processos – ou o que sejam *processos materialmente penais* – e a interpretação do que seja a dualidade de procedimentos, ou seja, o "*bis*".

A pergunta aqui é: quando existe a presença de uma reiteração processual sancionatória proibida? Para a resposta: "El término «penal» es clave: sólo se excluye una nueva persecución y condena penal si ya ha recaído una resolución firme *también* en material penal". Então, deve ser feita outra pergunta: quais condições caracterizam um procedimento e/ou uma sanção para que venham a ser qualificados como penal? – isso porque "esta cuestión suele plantearse, en la mayoría de las ocasiones en relación con la presencia de una dualidad de procedimientos, penal y administrativo, en relación con los mismos hechos".[241]

> La cuestión relativa a cuándo el tratamiento de una infracción debe considerarse o no de naturaleza penal se planteó tempranamente en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, si bien en relación con otro mandato, el del artículo 6, referente a las garantías del debido proceso a que tiene derecho una persona en caso de acusación penal dirigida contra ella. En la conocida sentencia en el caso *Engel contra los Países Bajos* (TEDH 1976, 3), en 1976, el Tribunal elaboró una serie de criterios para distinguir procedimientos y sanciones penales de procedimientos y sanciones de otro tipo (por ejemplo de tipo disciplinario o administrativo) no cubiertos de las mismas exigencias que los supuestos de naturaleza penal. Ahora bien, en casos posteriores, lo que se planteó al Tribunal respecto del artículo 4 del protocolo 7 fue si los criterios considerablemente garantistas aplicables en relación con el proceso debido derivadas del artículo 6 del Convenio era también aplicables en los supuestos relativos a la prohibición del *bis in idem* contenida en el artículo 4 de protocolo 7. [242]

Dessa maneira, de início, os chamados "critérios Engel", que têm origem em garantias do devido processo, com base no artigo 6 do Convênio Europeu de Direitos

---

[240] Information Note on the Court's case-law 116 February 2009 Sergey Zolotukhin v. Russia [GC] - 14939/03 Judgment 10.2.2009 [GC]. Sergey Zolotukhin v. Russia - HUDOC - Council of Europe Consultado em 04.08.2021: <https://hudoc.echr.coe.int> / <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91222>.
[241] GUERRA, Luis López. «Ne bis in idem» en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, p. 17.
[242] Ibid., p. 17.

Humanos,[243] foram aproveitados para orientar também o reconhecimento do caráter penal de procedimentos sancionadores, distinguindo-os de sanções de outros tipos, como as disciplinares e as administrativas, bem como, as notadamente destinadas a outras finalidades, para fins de verificar possíveis vulnerações ao *ne bis in idem*; desde que, em princípio, o artigo 4 do protocolo 7 do Convênio Europeu de Direitos Humanos se refere a uma dualidade de procedimentos e sanções penais, e, portanto, não exclui, ou admite, uma dualidade de procedimentos e sanções sobre o mesmo fato, se se tratam de procedimentos e sanções de naturezas distintas.[244]

Pois bem, seguindo os "critérios Engel", então, o Tribunal de Europeu de Direitos Humanos pôde considerar que um procedimento e a respectiva sanção aplicada em um âmbito nacional, por exemplo, ainda que não seja formalmente penal, conforme a legislação interna, venha a ser considerado como "de caráter penal", para verificação da ocorrência de vulneração ao *ne bis in idem*; porém: "La aplicación de estos criterios, derivados de los requisitos del artículo 6, a la prohibición del *bis in idem* del artículo 4

[243] "Artigo 6° Direito a um processo equitativo 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. (...)". Convenção Europeia dos Direitos do Homem, consultada em 04.08.2021: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>.

[244] "Los denominados criterios *Engel* (TEDH 1976, 3), para determinar la presencia de una sanción penal (a diferencia de otros tipos de sanciones) pudieran resumirse en tres aspectos:

1. El primero se refiere a la calificación de la sanción por el ordenamiento interno. Si este ordenamiento califica una infracción y la correspondiente sanción como penal, el Tribunal estima que no cabe otra calificación por su parte. En este sentido, este criterio resulta decisivo. Ahora bien, si la calificación nacional es distinta (es decir, como sanción o infracción no penal) el Tribunal no está vinculado por dicha calificación: de otra forma, bastaría a cualquier Estado definir una infracción como no penal (administrativa, disciplinaria, fiscal) para eludir las garantías del artículo 6 frente a acusaciones penales. Por ello, el Tribunal deberá aplicar otros criterios.
2. Un segundo criterio sería el de la naturaleza de la infracción. El Tribunal trata de precisar esta naturaleza atendiendo a una serie de elementos. Así, verifica si usualmente este tipo de infracciones se encuentran, en los países del Convenio, incluidas dentro de la normativa penal. Por otro lado, y más allá de este análisis, podríamos decir, comparatista, el Tribunal verifica si se persiguen fines típicamente penales: si se persiguen fines de prevención (particular o general) de conductas consideradas contrarias al orden social, o si, por el contrario, lo que se persiguen son fines regulatorios de una materia determinada, a efectos de conseguir una mejor funcionalidad. Otro elemento a tener en cuenta para decidir sobre la eventual naturaleza penal de infracciones y sanciones es el de si el tratamiento sancionador es de naturaleza general, afectando a todas las personas, o si se aplica sólo respecto de una categoría determinada de personas pertenecientes a un colectivo determinado, para conseguir un mejor funcionamiento de organizaciones o sistemas.
3. Un tercer criterio empleado por el Tribunal para decidir sobre el carácter penal de una infracción es la severidad de su eventual sanción. La presencia de una privación de libertad implica para el Tribunal la existencia de un carácter penal. Pero el hecho de que la sanción sea sólo económica no implica la exclusión de ese carácter, si reviste un determinado nivel de gravedad" (GUERRA, Luis López. «Ne bis in idem» en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, p. 17/18).

del protocolo 7, para verificar si efectivamente se da una dualidad de infracciones penales no ha dejado de plantear dudas",[245] pois:

> Por un lado, el Tribunal admite, desde la perspectiva «comparatista» que la pluralidad de sanciones paralelas en procedimientos penales y administrativos es un fenómeno generalizado en los ordenamientos de los países europeos, dando lugar a sanciones, en ambos procedimientos, de considerable gravedad. Por otra parte, el protocolo 7 no ha sido ratificado por varios Estados, lo que hace dudar de una vigencia general de los principios *Engel* (TEDH 1976, 3) en este aspecto. Además, ha de tenerse en cuenta el margen de apreciación reconocido a los Estados en la aplicación del Convenio.[246]

Agora, dito isso, aqui está o ponto chave na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, na compreensão de, além do que seja um *caráter penal do procedimento*, o que seja um *tratamento coerente diversificado*, quando se admite a concorrência de procedimentos e sanções, ainda que considerados de *natureza penal*, sobre os mesmos fatos. Explica-se:

> Ello se produciría (y ya es jurisprudencia consolidada del Tribunal) cuando la combinación de sanciones sobre los mismos hechos deba ser considerada como un conjunto integrado de tal manera que resultaría artificial estimar que existe una duplicidad de procedimientos que lleve a que una persona sea juzgada o sancionada de nuevo por una infracción que ya haya dado lugar a una resolución firme. La doctrina del Tribunal, particularmente en casos de índole tributaria, ha experimentado una cierta evolución, pero a partir de la citada sentencia en el caso *A y B contra Noruega* (*JUR 2016, 272540*), del año 2016, el Tribunal ha aceptado que la imposición de una dualidad de sanciones como resultado de unos mismos hechos no tiene por qué suponer necesariamente una vulneración del *ne bis in idem*. Ahora bien, esta apreciación integral de dos procedimientos como formando un todo único aparece rodeada de múltiples precisiones y condicionamientos.[247]

Quer dizer, a consideração da *natureza penal* em sanções e procedimentos distintos, incluídos o processo (formalmente) penal e os processos administrativos – mas, pensamos que, sem exclusão de qualquer *processo de natureza penal*, ou materialmente penal, como, no Brasil, é também o processo civil coletivo para a tutela da probidade administrativa –, com a duplicidade de processos sancionatórios, não necessariamente

[245] GUERRA, Luis López. «Ne bis in idem» en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, p. 18.
[246] Ibid., p. 18/19.
[247] Ibid., p. 19/20.

vulnera o *ne bis in idem*, desde que, se esteja diante de um *tratamento coerente diversificado* – que, nos parece, representa a *coerência entre as funções das penas e a estabilidade entre processos*.

No caso *Nilsson contra Suécia*, do ano de 2005, o TEDH decidiu pela possibilidade de duplo processamento quanto à condução de veículo sob efeito de álcool, havendo uma primeira condenação administrativa, com a suspensão da habilitação de trânsito pelo prazo de dezoito meses, e depois uma condenação formalmente penal quanto ao mesmo fato. Ficou reconhecida que a sanção de suspensão, se bem que seja *formalmente uma medida administrativa*, teria uma natureza penal, entre outros motivos, em razão de sua severidade; mas que, ainda quando "las diferentes sanciones de naturaleza penal se impusieron en procedimientos distintos, había entre ellas una conexión lo suficientemente fuerte, material y temporal, como para considerar que la retirada durante un tiempo del permiso de conducir era una parte de las sanciones". [248]

A duplicidade de processos e a cumulação de sanções em processos distintos são possíveis, desde que haja essa *estreita conexão* entre os procedimentos sancionadores. Foi o que ficou consolidado, depois de alguma variação no posicionamento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, na Sentença *A y B contra Noruega* (*JUR 2016, 272540*), em matéria tributária, em que os contribuintes questionavam a condenação sucessiva em processos administrativos e penais a respeito das mesmas infrações fiscais.

Considerada a liberdade do legislador de cada Estado na organização de procedimentos sancionadores e aspectos empíricos para o enfrentamento de uma infração:

> El Tribunal, para determinar si se había producido una dualidad de procedimientos sancionadores contraria al *ne bis in ídem*, parte de la libertad de los Estados a la hora de organizar los procedimientos relativos a infracciones del ordenamiento. En los términos de la sentencia [*A y B contra Noruega* (JUR 2016, 272540)], *«los Estados podrán, legítimamente, elegir respuestas legales complementarias a conductas socialmente ofensivas (como el no cumplimiento de regulaciones de tráfico o la evasión de impuestos) a través de procedimientos distintos que formen un todo coherente a efectos de enfrentarse con aspectos diferentes del problema social en cuestión, siempre que las respuestas jurídicas acumuladas no den lugar a una carga excesiva para el individuo afectado»*.[249]

[248] Ibid., p. 20.
[249] Ibid., p. 21.

Respeitadas, portanto, as escolhas do legislador, sobre *como punir* – seja do ponto de vista do procedimento, seja na escolha das sanções –, entende, hoje, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos não vulnerar o *ne bis in idem* a dualidade de processos sancionatórios, desde que os distintos procedimentos formem *um todo coerente* para o enfrentamento de diferentes aspectos de determinado problema social, cumulando sanções de natureza materialmente penal, mas que não signifiquem uma carga excessiva para o indivíduo.

A posição do TEDH levou em conta – o *movimento necessário das coisas* – também a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso *Akerberg Fransson* (*TJCE 2013, 56*), a respeito do dever de comprovar se efetivamente se tenha produzido uma situação de dupla ingerência punitiva vedada, ou, ao contrário, se se trata, na escolha do legislador, de um sistema coerente e integrado, que enfrenta, de forma previsível e proporcional, os diversos aspectos de uma infração, formando um todo (punitivo) coerente e integrado.

O Advogado Geral, no caso *Akerberg Fransson*, Cruz Villalón, chamou a atenção para a diversidade dos sistemas jurídicos nacionais europeus, demonstrando os países que não assinaram ou assinaram com reservas o artigo 4 do protocolo nº 7 do Convenio Europeu de Direitos Humanos e explicando as razões para tal posicionamento – vale a transcrição:

> O princípio da proibição da dupla condenação não integrou expressamente a CEDH desde o início. Foi aditado, como é sabido, através do seu Protocolo 7, aberto à assinatura em 22 de novembro de 1984 e entrou em vigor a 1 de novembro de 1988. Entre outros direitos, o artigo 4º contém a garantia da proibição da dupla condenação, com o objetivo, de acordo com as anotações do protocolo elaboradas pelo Conselho da Europa, de dar expressão ao princípio segundo o qual ninguém pode ser julgado em processo penal por causa de uma infração pela qual já foi condenado ou absolvido anteriormente por sentença transitada em julgado.
>
> Contrariamente ao que se passa com outros direitos constantes da CEDH, o direito previsto no artigo 4º do Protocolo 7 da CEDH não foi unanimemente aceite pelos Estados signatários da Convenção, entre os quais se incluem vários Estados-Membros da União. À data da leitura destas conclusões, o Protocolo 7 ainda não tinha sido ratificado pela Alemanha, Bélgica, Países Baixos e Reino Unido. Entre os Estados que o ratificaram, a França formulou uma reserva ao artigo 4º do referido protocolo, limitando a sua aplicação apenas às infrações de natureza penal. Além disso, por ocasião da assinatura, a Alemanha, a Áustria, a Itália e Portugal fizeram várias declarações incidindo sobre o mesmo facto: o âmbito limitado do artigo 4º do Protocolo 7, cuja proteção só

> abrange a dupla sanção «penal», no sentido previsto na ordem jurídica interna.
> O anteriormente exposto mostra clara e inequivocamente como os problemas suscitados pela dupla sanção administrativa e penal enfermam de uma considerável falta de consenso entre os Estados-Membros da União. A natureza problemática do contexto acentua-se se tivermos em consideração as negociações sobre a futura adesão da União à CEDH, nas quais os Estados e a União decidiram excluir, de momento, os protocolos da CEDH, incluindo o que aqui nos ocupa.
> Na origem desta falta de consenso pode estar a importância assumida pelos instrumentos de sanção administrativa num grande número de Estados-Membros, bem como a especial relevância concedida, por sua vez, nestes Estados-Membros ao processo e às sanções penais. Por um lado, os Estados não querem renunciar à eficácia que caracteriza a sanção administrativa, especialmente em setores em que o poder público pretende garantir um escrupuloso cumprimento da lei, como o direito fiscal ou o direito da segurança pública. Por outro lado, o caráter excecional da intervenção penal, bem como as garantias que assistem ao arguido durante o processo, incentivam os Estados a reservar uma margem de decisão sobre as condutas suscetíveis de censura penal. Este duplo interesse em manter um poder sancionatório dual, administrativo e penal, justifica que, atualmente, um grande número de Estados-Membros recuse, de uma maneira ou de outra, obedecer à jurisprudência do TEDH.[250]

Assim, a atual posição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em harmonia com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, é de que o artigo 4 do protocolo 7 não proíbe que os Estados legislem no sentido da imposição de uma sanção administrativa, com duplo processamento de natureza penal, nos casos em que também haja uma persecução (formalmente) penal.

Destacamos, porém, que estão presentes no julgamento *A y B contra Noruega* as seguintes circunstâncias:

(i) "la posible imposición de una sanción en ambos procedimientos, administrativo y penal era previsible para los afectados"[251] – *portanto, a previsão legal do exercício das distintas competências sancionadoras*;

(ii) "además, ambos procedimientos se habían desarrollado en paralelo y estaban estrechamente conectados, de forma que los hechos establecidos en uno de ellos

[250] Conclusões do Advogado-Geral Pedro Cruz Villalón, apresentadas em 12.06.2012, no Processo C-617/10, Åklagaren contra Hans Åkerberg Fransson / Tribunal de Justiça da União Europeia. Consultado em 05.08.2021: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62010CC0617&from=EN>.

[251] GUERRA, Luis López. «Ne bis in idem» en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, p. 21.

habían sido aceptados en el segundo"[252] – *ou seja, uma estabilidade processual entre as instancias punitivas quanto à interpretação dos fatos*;

(iii) "la condena acordada en el procedimiento penal habría tenido en cuenta la sanción fiscal impuesta administrativamente"[253] – *quer dizer, a presença de técnicas de desconto de penas entre os processos*.

Assim, o sentido de *estreita conexão entre os processos*: (i) "exige que en el ordenamiento nacional los dos procedimientos persigan propósitos complementários"; e (ii) "exige que las consecuencias de la infracción en cada uno de los procedimientos sean previsibles para los afectados".[254]

A estreita conexão diz respeito a condições *materiais*, no sentido de que deve (i) "traducirse en una interacción en el establecimiento de los hechos, de forma que no se produzca una doble actividad en la proposición y práctica de la prueba"; verificando-se (ii) "si la sanción eventualmente impuesta en el primer procedimiento es tomada en cuenta en el segundo".[255]

Bem como a uma conexão *temporal*, que não significa que o processo administrativo e o processo penal corram de forma estritamente simultânea, mas "sí exige que no se produzca una patente desconexión temporal, expresada en una notable diferencia en el tiempo entre el primero y segundo procedimiento".[256]

Portanto, em sentido próximo ao que compreendemos, propondo como interpretação para o sistema brasileiro quanto ao *ne bis in idem* e aos processos

[252] Ibid., p. 21.
[253] Ibid.
[254] Ibid., p. 21-23.
[255] Ibid.
[256] "Como ejemplo de esta estricta aplicación del principio de estrecha conexión temporal, puede citarse la sentencia, posterior a *A y B contra Noruega* (*JUR 2016, 272540*), en el caso *Johanssen y otros contra Islandia* (*JUR 207, 117555*), del año 2017. También en este caso había tenido lugar primeramente un procedimiento administrativo que dio lugar a un recargo tributario, al que siguió un procedimiento penal que concluyó en una condena. Pues bien, en este caso, el Tribunal estimó que no se había producido una conexión suficiente entre ambos procedimientos (que habían versado sobre los mismos hechos, y que habían dado lugar a sanciones que el Tribunal consideró de naturaleza penal) capaz de excluir la aplicación del artículo 4 del protocolo 7. En forma destacada, no se producía la conexión temporal. Los procedimientos administrativo y penal habían sido sólo parcialmente paralelos: la duración combinada de ambos había sido de nueve años y tres meses, pero su tramitación había sido coincidente en el tiempo solamente durante un año. La acusación penal se había producido, respecto de un de los demandantes, quince meses después de la sanción administrativa: respecto del otro, dieciséis meses después. Pero además, la práctica de prueba en ambos procedimientos había sido distinta y separada, ya que la autoridad policial había llevado a cabo una investigación propia, distinta de la judicial" (GUERRA, Luis López. «Ne bis in idem» en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Revista Española de Derecho Europeo 69, 2019, 9-26, p. 21-23).

sancionatórios, está, então, "por el momento, el último capítulo de la saga *ne bis in idem* en el ámbito europeo".[257]

6.3 Breve comparação entre sistemas nacionais europeus

Quanto aos sistemas nacionais, vê-se, já conforme as jurisprudências do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e do Tribunal de Justiça da União Europeia, que adotam, os Estados, concepções diversas quanto ao *ne bis in idem*; inclusive, por vezes, optam por soluções que alcançam uma função semelhante à deste princípio, mas que se realizam através de outros mecanismos, como veremos.

No âmbito supranacional, por outro lado, se tem considerado que pode ser artificial ter-se como vulneração ao *ne bis in idem*, a repetição de processos administrativos e penais, considerando ser possível uma combinação de processos, com uma estreita conexão, e desde que formem um *todo* sancionatório coerente.

Lembremos, então, antes de tratar dos sistemas jurídicos dos países, quanto ao *ne bis in idem*, da observação do Advogado Geral, no caso *Akerberg Fransson*, Cruz Villalón, (transcrita acima) de que, o Protocolo 7 da Convenção Europeia de Direitos Humanos não havia sido ratificado pela Alemanha, Bélgica, Países Baixos e Reino Unido, e que mesmo entre Estados que o ratificaram, por exemplo, a França o fez com reserva ao artigo 4º do protocolo, restringindo sua aplicação ao âmbito estritamente penal; também Áustria, Itália e Portugal declararam o âmbito do artigo 4º do Protocolo 7, só ter alcance para a dupla sanção formalmente penal.[258]

Pois bem, seguem agora breves comparações entre alguns dos principais sistemas jurídicos da Comunidade Europeia, além do Reino Unido, demonstrando as possíveis variedades entre os tratamentos legislativos, nos âmbitos nacionais; considerando o *ne bis in idem* sob suas duas perspectivas, a processual e a material ou substantiva.

Iniciando com a dimensão processual, embora a solução tradicionalmente aceita entre os Estados-Membros, em regra, seja a da autonomia e independência entre os

---

[257] GUERRA, Luis López. La Carta de Derechos Fundamentales de la UE y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, p. 403.

[258] Conclusões do Advogado-Geral Pedro Cruz Villalón, apresentadas em 12.06.2012, no Processo C-617/10, Åklagaren contra Hans Åkerberg Fransson / Tribunal de Justiça da União Europeia. Consultado em 05.08.2021: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62010CC0617&from=EN>.

processos administrativos e criminais, há também sistemas jurídicos nacionais, no cenário europeu, que reconhecem uma implicação entre as duas instâncias punitivas, em medidas e formas variáveis, mas que permitem identificar quatro grupos ou classificações de países no que diz respeito ao regramento do *ne bis in idem*, portanto, em sua vertente processual, entre a esfera administrativa e a esfera criminal.

Foi o que concluiu o levantamento feito pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, na pesquisa denominada "*Cumulation of administrative and criminal sanctions and the* ne bis in idem *principle*";[259] indicando:

(i) Em um primeiro grupo, no qual estão Alemanha e França, com um sistema de completa independência entre os processos: "some Member States take the autonomy approach, stipulating that the initiation of criminal proceedings has no effect on the course of the administrative proceedings or vice versa";

(ii) Em um segundo grupo, no qual estão Hungria, Polônia e Reino Unido, com uma independência em alguma medida mitigada: "other Member States, while also taking that traditional approach, moderated it for a number of infringements, by providing for the second set of proceedings to be either suspended or prohibited";

(iii) Um terceiro grupo, em que se encontram a Espanha e a Itália, com "specific rules providing for the suspension of administrative proceedings following the initiation of criminal proceedings, whether during the proceedings seeking the imposition of the administrative sanction (Spain) or at the stage of enforcement of the sanction imposed (Italy)". Sendo que, no que diz respeito as sanções fiscais: "In these last Member States, it appears that a criminal acquittal is no bar to the initiation or continuation of administrative proceedings for the purpose of imposing a fiscal sanction";

Não obstante essa classificação, há uma especificidade de que, na Espanha e na França, as autoridades administrativas estão vinculadas às conclusões a respeito dos fatos, como definidos na esfera penal.

(iv) E um quarto grupo, no qual encontra-se a Suécia, com um sistema novo, vigente desde 2016, no qual há uma total implicação entre as esferas administrativa e criminal, no sentido de proibir o processamento duplo.[260]

---

[259] Directorate-General for Library, Research and Documentation – CVRIA. Court of Justice of the European Union. Research Note. *Cumulation of administrative and criminal sanctions and the ne bis in idem principle*, 2017. Consultado em 06.08.2021: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-12/ndr-2017-003_synthese_en_neutralisee_finale.pdf>.

[260] Dando como exemplo as sanções fiscais: "It provides, in essence, in certain circumstances, that fiscal administrative proceedings shall not be initiated if criminal proceedings have been brought. Moreover,

Mais uma vez, eis a liberdade do legislador em decidir sobre a realização do poder punitivo do Estado, não afastada a possibilidade de duplos processamentos sancionatórios, desde a total independência entre o âmbito administrativo e o âmbito penal, passando por sistemas de independência mitigada, em alguma medida ou forma, até a existência de uma legislação recente e inovadora, de intenso relacionamento entre as atividades punitivas do Estado, no sentido da proibição ao duplo processamento sancionador.

Quanto à dimensão material do *ne bis in idem*, como já vimos, o problema da cumulação das sanções diz respeito aos casos em que haja também a cumulação de processos – pois, em regra, admite-se a aplicação de mais de uma espécie de penalidade, inclusive no âmbito dos processos penais, como ocorre também no Brasil. Ou seja, diz respeito aos casos em que não há critérios de suspensão de procedimentos ou de eleição de um deles; então, as legislações podem determinar que as sanções sejam cumuladas, ou que uma elimine a outra, por exemplo.

Na França, o cumulo de sanções é expressamente autorizado, como no caso das sanções fiscais, porém, considerado o princípio da proporcionalidade, em havendo duas sanções pecuniárias, por exemplo, deve-se garantir que a segunda sanção levará em conta a primeira penalidade já aplicada, pela técnica, necessariamente presente, do desconto de penas. Também na Espanha, onde o processo administrativo deve ser suspenso, diante do processo penal (o que veremos em detalhe a seguir), caso, em circunstâncias excepcionais, uma segunda sanção venha a ser imposta, também deve-se levar em conta a sanção anterior.

Porém, um sistema distinto é o Italiano, "that the solution designed to eliminate one of the two sanctions imposed", não por uma técnica de desconto, mas em razão do chamado "princípio da especialidade", que muito se aproxima de um concurso aparente de normas: "consists in essence in applying, if there are several concurrent provisions governing the same situation, only one of them, namely that, as Italian law states, which

---

when the prosecutor decides to charge the taxpayer, the administrative proceedings are definitively prohibited. Conversely, the Swedish system prohibits criminal proceedings from being conducted once the fiscal sanction has been imposed. However, in the former situation, administrative proceedings may be initiated if the prosecutor decides not to open the investigation procedure or closes it. Finally, in the event of a charge being brought, the new system requires the prosecutor to ask the criminal court to impose, in the criminal proceedings, an administrative sanction in addition to the criminal sanction" (Directorate-General for Library, Research and Documentation – CVRIA. Court of Justice of the European Union. Research Note. *Cumulation of administrative and criminal sanctions and the ne bis in idem principle*, 2017, p. 9/10).

contains all the elements of the other concurrent provisions, and a distinctive called the 'specialising element'". [261]

Dessa forma, vê-se a diversidade de posturas legislativas entre os Estados europeus, o que confirma também o já reconhecido na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos: "It is apparent from this overview that application of the *ne bis in idem* principle in the Member States is not always consistent with the case-law of the ECtHR [European Court of Human Rights], since the conditions for applying that principle may be interpreted differently at national level".[262]

[261] Directorate-General for Library, Research and Documentation – CVRIA. Court of Justice of the European Union. Research Note. *Cumulation of administrative and criminal sanctions and the ne bis in idem principle*, 2017, p. 9/10.
[262] Ibid.

CAPÍTULO VII

NE BIS IN IDEM NO BRASIL: INTERPRETAÇÕES PARA O PROCESSO CIVIL E PARA O PROCESSO ADMINISTRATIVO

7.1 Coisa julgada e relacionamento entre processos

> *Mas não se pode tratar a jurisdição civil como se não fosse jurisdição quando encontramo-nos diante de um tribunal penal, ou como se fosse outro poder do Estado, nem é adequado que a jurisdição penal seja considerada uma espécie de jurisdição preponderante, vez que seus casos são tão jurisdicionais como os de qualquer outra jurisdição.* (Jordi Nieva-Fenoll)[263]

A transcrição acima é do texto *La cosa juzgada*, do espanhol Jordi Nieva-Fenoll, que investigou o tema da *res iudicata*, inclusive conciliando o processo civil com o processo penal. Importa seguir o raciocínio, porque revela e encaminha o que queremos mostrar, sobre a necessidade de *estabilização de questões fáticas e probatórias entre a competência penal e a competência cível sancionatória da improbidade administrativa*.

Questiona o professor: "se, para obter a estabilidade dos pronunciamentos que reclama a coisa julgada, seria necessário que os Juízes de ordens jurisdicionais diferentes daquela em que se pronunciou a decisão estável vejam-se obrigados a seguir o pronunciamento do Juiz anterior sem poder modificá-lo nem um pouco". [264]

> Isto é, a questão que quero enfrentar é se poderia manter-se a estabilidade dos pronunciamentos (que precisam da coisa julgada), deixando aos Juízes de outras ordens jurisdicionais liberdade de decidir contra o decidido por seus companheiros de outra ordem jurisdicional. Ou se, ao contrário, não se pode falar de pronunciamentos estáveis – e portanto tampouco de coisa julgada – se tais pronunciamentos podem ser questionados por qualquer Juiz de outra jurisdição. [265]

---

[263] NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa julgada*; tradução Antônio do Passo Cabral. Coleção Liebman. Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier, Eduardo Talamini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 253/255.

[264] NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa julgada*, p. 255.

[265] A expressão "outra jurisdição" se justifica porque na Espanha – se bem que não siga o modelo francês, onde realmente há uma jurisdição administrativa independente, pois o chamado "recurso administrativo"

Explica que, as decisões judiciais não têm efeitos entre si, salvo as exceções legais entre a competência penal e a competência civil, que ele chama de jurisdição, ao invés de competência, "de forma que a lei parcelou os efeitos de coisa julgada entre as ordens jurisdicionais";[266] agora: "Pode ocorrer, e ocorre, que Juízes de diversas jurisdições decidam de forma distinta com respeito ao mesmo assunto, ignorando-se entre si, amparando-se em que cada Juiz possui sua jurisdição, e em que o outro Juiz somente haveria decidido um determinado ponto com efeitos meramente prejudiciais". [267]

De um lado, registre-se a eficácia *ad extra* das decisões penais, sobre todas as demais competências, o que se explica pela seguinte razão: a competência penal "é exclusiva, e nenhuma outra ordem jurisdicional pode declarar que houve delito onde a jurisdição penal disse que não o havia, ou onde não disse absolutamente nada"; por isso, "a eficácia dos pronunciamentos penais sobre o restante dos juízos é absoluta, reitero, no que as questões penais se referirem", e a coisa julgada trata de evitar a reiteração de juízos (*bis in idem*).[268]

No sentido contrário (= da competência cível para a competência penal) não se fala em vinculação da coisa julgada.

> Nesse sentido, ao lado de outros argumentos mais generalistas e, portanto, duplamente incompreensíveis, a doutrina parece considerar, novamente, que o fato de que o restante dos processos responda a princípios diferentes – como o princípio dispositivo –, assim como que existam diferentes regras em matéria de ônus da prova, que os juízos civis ou de outras jurisdições não podem ter influência sobre o processo penal. E assim se detêm, ainda que não esclareçam por que razão então

do modelo espanhol trate-se de verdadeira ação judicial (como veremos quando da comparação entre os processos sancionadores de Espanha, Portugal e Brasil, o que aproxima o modelo espanhol muito mais ao nosso que ao modelo francês –, observa o tradutor do texto, fala-se em: "jurisdição diversa para matéria administrativa, financeira e de previdência social. Assim é comum referir-se a 'ordenamentos' ou 'ordens' jurídicas 'diversas' ao falar das relações da jurisdição civil com a jurisdição exercida nas causas contra o Estado" (NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa julgada*, p. 253/256).

[266] Ibid., p. 257.

[267] Por exemplo: "Creio que não serve de nada que um Juiz administrativo declare que um bem imóvel não foi abandonado por seu proprietário, para os fins de evitar o pagamento dos impostos (ordem jurisdicional administrativa), e imediatamente depois um Juiz civil diga que o abandono daquele bem ocorreu, o que subtrai toda base à sentença da jurisdição administrativa. Ademais, uma situação desse tipo seria muito prejudicial na prática, já que resultaria em haver um sujeito de direitos que está pagando impostos porque conceituado como proprietário de um bem imóvel – segundo lhe obrigou o Juiz administrativo – que já não era de sua propriedade – segundo afirma o Juiz civil. O caso que estou exemplificando, além disso, não é uma hipótese de manuais escolares, mas um caso completamente real e que, ademais, como se pode imaginar teve efeitos prejudiciais completamente absurdos para o litigante que os sofreu, porque perdeu uma propriedade e teve que pagar os impostos por algo que já não era seu" (NIEVA-FENOLL, Jordi, p. 257/258).

[268] Ibid., p. 259.

> juízos de processos de diferentes jurisdições que respondem aos mesmos princípios não podem influir-se reciprocamente.[269]

Continuando no argumento:

> Do ponto de vista da teoria da estabilidade, tal conclusão é inaceitável pois não resulta que outro Juiz, ainda que seja de diferente jurisdição, possa questionar o que foi apreciado por outros Juízes de maneira definitiva. Se algum sentido da coisa julgada era evitar a reiteração de juízos, um Juiz da mesma jurisdição não pode questionar o que disse outro Juiz dessa mesma ordem. Mas se for de outra jurisdição, então não haveria, seguindo essa opinião, nenhum problema. Em ambos os casos está-se repetindo o juízo, que é justamente o que pretende evitar a coisa julgada, e por isso entendo que a teoria da estabilidade deve abandonar essa ideia tradicional. [270]

Por conclusão, com a qual concordamos (desde que adaptada ao nosso sistema):

> Por isso, entendo que as decisões dos Juízes administrativos, civis, sociais e penais devem ter influência entre si quando estes devam partir, com caráter prejudicial, dos pronunciamentos próprios de alguma dessas jurisdições. Por conseguinte, não somente quando o queiram as partes, como na ordem civil, ou quando se trate de questões de validade de matrimônio ou supressão de estado civil, na ordem penal. Em qualquer caso deverá produzir-se tal influência, como única maneira de que a função jurisdicional se preste de maneira coerente. [271]

Parece-nos necessária a defesa de Jordi Nieva-Fenoll, especialmente se se estiver diante de dois processos sancionatórios (= materialmente penais), nos quais se realiza a pretensão punitiva do Estado, podendo um deles ser um processo civil sancionador, para a tutela da probidade administrativa, como ocorre no Brasil; está, ainda, em sentido próximo, às jurisprudências do Tribunal Europeu de Diretos Humanos e do Tribunal de Justiça da União Europeia, quanto à *conexão próxima entre processos materialmente penais*.

Nessa interpretação, importa o estudo do regramento das questões prejudiciais no Código de Processo Civil, porque, aquilo que venha a ser decidido prejudicialmente à pretensão punitiva objeto do processo civil sancionador, deve ter a estabilidade, agora, inclusive, reconhecida no § 3º do art. 21 da nova Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429/1992, com a reforma introduzida pela Lei nº 14.230/2021, segundo o qual: "As

---

[269] NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa julgada*, p. 264/265.
[270] Ibid., p. 266/267.
[271] Ibid., p. 267.

sentenças civis e penais produzirão efeitos em relação à ação de improbidade quando concluírem pela inexistência da conduta ou pela negativa da autoria".

Consideramos, ainda, um conceito caro ao tema da estabilização de decisões, para melhor compreensão do relacionamento entre os processos sancionadores no sistema brasileiro: o publicismo no processo civil.

Nesse sentido, estudaremos, então, detalhadamente, as questões prejudiciais no Código de Processo Civil de 2015, com o reconhecimento de uma posição publicista do legislador, em favor do indivíduo e em um sentido pragmático, é dizer, de evitar a existência de decisões contraditórias e em favor da economia da atividade jurisdicional: racionalidade inafastável entre processos sancionadores.

Antes, lembramos, dessa racionalidade, importa para o *ne bis in idem* o relacionamento entre processos e a coisa julgada – incluídas as questões prejudiciais – em todo o processo civil: não apenas no processo civil sancionador.

7.2 Publicismo e questões prejudiciais no processo civil

Sobre as questões prejudiciais e para explicar a ideia de publicismo,[272] começamos uma comparação do nosso atual Código de Processo Civil de 2015 com o Código de Processo Civil de 1939.

Sobre as questões prejudiciais e os limites objetivos da coisa julgada, no CPC/1939, o art. 287 e parágrafo único dispunham que "A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas" e "Considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissa necessária da conclusão".

Por outro lado, em substituição desse regramento, no Código de Processo Civil de 1973, as questões prejudiciais deveriam ser decididas, desde que, querendo a parte com força de coisa julgada, pela via da *ação declaratória incidental*, nos termos dos arts. 5º, 325 e 470 deste diploma[273].

---

[272] Sobre o tema falamos antes em: XAVIER, Marília Barros. *Estudos em homenagem à Professora Thereza Alvim: controvérsias do direito processual civil 5 anos do CPC/2015*. Coordenação ARRUDA ALVIM et. al. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

[273] "Art. 470. Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide"; "Art. 325. Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor poderá requerer, no prazo de 10 (dez) dias, que sobre ele o juiz profira sentença incidente, se da declaração da existência ou da inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide (art. 5 º)"; "Art. 5º. Se, no

Já o CPC/2015 tratou da possibilidade de ampliação dos limites objetivos da coisa julgada de maneira (a nós parece), em grande medida, semelhante ao regramento disposto no CPC/1939, dispondo no art. 503, § 1º, e incisos, e § 2º, que: "A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida" (art. 503, *caput*); "O disposto no *caput* aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se" (§ 1º): "dessa resolução depender o julgamento do mérito" (inciso I); "a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia" (inciso II); "o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal" (inciso III); "A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial" (§ 2º).

No livro *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*, Thereza Alvim[274], sobre a mudança do CPC/1939 para o CPC/1973 observou que o código anterior (1939) "permitia, dentro do próprio ordenamento, interpretação mais ampla e mais publicista" a respeito da incidência da coisa julgada e do princípio dispositivo[275]; para ela a mudança então trazida (1973) favoreceria "a criação de decisões contraditórias", não se podendo "considerar o ponto prejudicial como albergado pela coisa julgada (a não ser que já o esteja por sentença proferida em outra ação)"; e ficaria "a determinação do conteúdo do processo, assim, ao arbítrio das partes (por não quererem ou não poderem) levantar questões, aplicando-se totalmente o princípio dispositivo, retrocedendo-se à posição individualista do processo".

Sobre a ideia usada por Thereza Alvim de se pensar entre uma *interpretação publicista* ou *individualista* do processo, registremos que há hoje um cenário de influxo entre interesses públicos e interesses privados – nesse sentido, *v.g.*, o art. 8º do CPC/2015 prestigia conceitos como: "Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos *fins sociais* e às exigências do *bem comum*, resguardando e promovendo a *dignidade da*

---

curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença" (CPC/1973).

[274] ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 97/98.

[275] Ao contrário dela, Barbosa Moreira entendeu, em sua Tese para docência livre apresentada na Universidade Federal do Rio de Janeiro, que: "A interpretação sistemática leva-nos, assim, à inteligência restritiva do art. 287 e seu parágrafo [do CPC/1973] (...) As questões prejudiciais, conhecidas incidentalmente, ficam abertas, em qualquer outro processo, à livre apreciação do órgão judicial" (BARBOSA MOREIRA. José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967 p. 112).

pessoa humana e observando a *proporcionalidade*, a *razoabilidade*, a legalidade, a publicidade e a *eficiência*" (grifamos). O que se vê atualmente são nuances de interesses públicos sobre tutelas de interesses privados, bem como o contrário, matizes de interesses privados sobre interesses públicos; com isso, superando-se uma fase anterior de rigorosa divisão[276] nas teorias do interesse.[277]

A esse respeito (quanto ao nosso debate), Luiz Guilherme Marinoni explica que a "coisa julgada, em si, pode ser entendida – num estágio anárquico – como uma restrição à liberdade", é que "liberdade relacionou-se com a coisa julgada apenas para colocar nas mãos daquele que pode sofrer os seus efeitos o poder de definir aquilo que, uma vez decidido pelo juiz, não pode mais ser discutido", porém, "a tutela da vontade apenas tingiu o limite de circunscrever a coisa julgada ao pedido porque se estava num momento histórico em que os interesses dos cidadãos eram vistos como rivais dos interesses do Estado".[278]

Ao contrário do que se imaginou – comparando com o direito estadunidense: "Ao ter raízes na boa fé, na coerência do direito e na segurança jurídica (na sua feição subjetiva de confiança legítima), o *colateral estoppel* propicia a tutela da liberdade", com "íntima relação com os princípios que, hoje, estão à base do liberalismo econômico", e que também estão "claramente infiltrados no Código de Processo Civil, dando sustentáculo às regras dos arts. 503 e 506".[279]

Exemplo, na jurisprudência, de uma expressão publicista em favor da segurança jurídica e da *liberdade individual*, quanto à extensão da coisa julgada, está na interpretação que foi dada à Súmula 239 do STF, segundo a qual, "Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores"; a súmula, editada sob a vigência do CPC/1939[280], vem sendo

---

[276] Sobre o tema ver "A grande dicotomia: *público/privado*", em: BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

[277] Sobre as *teorias do interesse* e sua atual interpretação: "um dos lugares-comuns mais importantes da dogmática jurídica e que se difundiu com von Jhering e a escola da Jurisprudência dos interesses no século XIX, com repercussões permanentes até o século XX. A ideia remonta às concepções modernas que vão opor sociedade e indivíduo, cada qual com seus respectivos interesses. Os da sociedade, representados pelo Estado, são comuns, neutros em face dos egoísmos particulares, e envolvem a gestão da coisa pública, de toda a economia nacional. Essa noção, porém, perde nitidez em face de certos interesses particulares e não obstante sociais" (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 106).

[278] MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 172.

[279] MARINONI, Luiz Guilherme, *Coisa julgada sobre questão*, p. 173.

[280] Em Sessão Plenária de 13.12.1963.

interpretada como inaplicável na hipótese de a decisão tratar da *própria existência da relação jurídica tributária*.[281]

Importa, dessa maneira, considerar, como releitura do que seja, uma *interpretação publicista*, uma tomada de posição hoje em favor *também do indivíduo*, posição esta (pensamos que) assumida pelo CPC/2015. Ademais, a disciplina das questões prejudiciais no atual Código tem, por outro lado, o mesmo sentido *pragmático* do CPC/1939, como apontado por Thereza Alvim, quanto a *se evitar a existência de decisões contraditórias* e quanto à *economia da atividade jurisdicional*[282], ambas, por sua vez, em favor da *racionalidade* do sistema jurídico.[283-284]

A importância dessa última perspectiva fica demonstrada se se pensa no exemplo (irretocável) oferecido pela Professora: "*A* pode ser *condenado a pagar juros* de um mútuo, em ação movida contra ele por *B*, *pleiteando os juros*. *A*, ao se defender, nada alegou em relação à existência ou validade do contrato. Posteriormente, *A* poderá mover

---

[281] Nesse sentido: "A Súmula 239/STF baseia-se em dois precedentes, o AI 11.227-Embargos (DJ de 10.02.1945) e o RE 59.423-Embargos (DJ de 12.06.1970). Ambos os precedentes fazem uma importante distinção para fins de cálculo da extensão dos efeitos da coisa julgada relativa à tributação. Naquelas oportunidades, entendeu a Corte que as sentenças que afastassem relações jurídicas tributárias individuais e concretas ficavam circunscritas ao tempo em que ocorridos os fatos jurídicos tributários. É o típico caso no qual pede-se a anulação de lançamento tributário. Em sentido diverso, se a sentença afastasse relações jurídicas tributárias individuais, mas de menor densidade de concreção (mais abstratas), de modo a proibir a constituição do crédito tributário, irrelevante a presença de circunstâncias de fato distintivas, os efeitos da coisa julgada se projetariam para o futuro. É esta a atualização que faço da nomenclatura utilizada nos antigos precedentes. Conforme registro feito no acórdão recorrido, houve a declaração incondicional da inconstitucionalidade da Lei 7.689/1989, protegida pela coisa julgada, sem que a legislação posterior tenha realizado modificações fundamentais na regra-matriz tributária da CSLL" (STF, AIAgR 495145, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª T, j. 02.03.2010, *DJe* 25.03.2010); ARE 861.473, rel. Min. Roberto Barroso, dec. monocrática, j. 9.2.2015, *DJe*. 25.2.2015; AIEDAgR 791.071, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª T, j.18.2.2014, *DJe*. 18.3.2014; EDARE 704.846, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª T, j. 28.5.2013, *DJe*. 8.8.2013.

[282] ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*, p. 60.

[283] Já sustentava Teresa Arruda Alvim, antes do CPC/2015: "Por diversas razões nós entendemos ser esta a melhor escolha. Duas delas merecem menção: (a) não é lógico, e é contra o bom senso, admitir haja dois entendimentos sobre a mesma *causa petendi* em duas ações diferentes, para gerar consequências diversas; (b) a regra vigente deixa a porta aberta para outras ações futuras, em que a mesma *causa petendi* pode ser vista de outra maneira" (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. *Revista de Processo*. São Paulo: abr. 2014, vol. 230, p. 75-92).

[284] Sobre a racionalidade do sistema jurídico, explica ainda Teresa Arruda Alvim: "Se o *decisum* da sentença fosse uma *conclusão* das premissas que o antecedem, não haveria possibilidade de coexistirem duas sentenças diferentes, proferidas em relação a casos iguais, aplicando-se a mesma lei. A jurisprudência é sobremaneira abundante em exemplos deste tipo, ou seja, casos a respeito dos quais há decisões conflitantes, situação esta que, diga-se de passagem, o Novo Código quis ao máximo evitar, com a criação de precedentes vinculantes, do IRDR e do aprimoramento do regime jurídico dos recursos repetitivos para os tribunais superiores. Entretanto, o decisório de uma sentença não é um ponto a que se chegue arbitrariamente: *o caminho é racional*. Mas o *caminho racional não tem uma única saída*. A racionalização do discurso jurídico tem de ser concebida *situacionalmente*. Quando se diz que o discurso jurídico é racional, não se quer absolutamente referir à racionalidade das ciências da natureza: o discurso racional é fundamentado; é o discurso que ´presta contas'" (ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. 10. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 76/77).

nova ação, contra *B* visando à *restituição da quantia*, já estando expirado o prazo contratual. Nessa ação, já que sobre o ponto 'contrato', não houve discussão, na primeira ação, esse poderá ser rediscutido, pois o objeto do processo é outro. Assim, poderá o juiz, até o mesmo que condenou *A* a pagar os juros, decidir diversamente entendendo inválido o contrato, mas que não deve haver a devolução do dinheiro. Ainda, *B* inconformado, poderá mover ação declaratória de existência e validade do contrato, desde que este ainda não foi objeto da coisa julgada material, obtendo tal declaração. Vemos, então, que *B* recebeu os juros (coisa julgada material) de um dinheiro que *não lhe foi devolvido* (coisa julgada material), tendo obtido posteriormente a declaração judicial da validade e existência do contrato de mútuo (coisa julgada material), podendo vir ainda a cobrar, em nova ação, mais juros, pois o contrato já foi declarado válido e existente em juízo, mas não podendo reaver o dinheiro mutuado, pois há coisa julgada material no sentido de que este não lhe é devido"[285].

O que o sistema de 1939 consagrava, então, era "a extensão da imutabilidade a todas as premissas necessárias da conclusão da sentença, abrangendo, assim, os pontos e as questões prejudiciais e não a todos os motivos ou a fundamentação da sentença, pois são coisas diversas"[286]. Fazia "coisa julgada material a sentença *nos limites das questões decididas*", significando *decidida* como com autoridade de coisa julgada material, "porque a própria lei usa da expressão *'terá força de lei'*" (grifos da autora).[287] No regramento do CPC/2015 faz coisa julgada (tem "*força de lei"*) a *questão prejudicial decidida expressamente* no processo, desde que atendidos os *requisitos* legais do art. 503, §§ 1º e 2º do CPC/2015.

A norma presente no CPC/1939 ficou parcialmente recuperada no CPC/2015, notadamente, no sentido da existência de uma *limitação legal ao princípio dispositivo*[288], tendo sido impressos rigores (requisitos) inexistentes antes[289] e que distinguem hoje a coisa julgada em *duas hipóteses*.

---

[285] ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*, p. 97/98.
[286] Ibid., p. 59.
[287] Ibid., p. 74.
[288] "O fato de, pelo princípio dispositivo, ser o autor quem dava o conteúdo jurídico da lide, não era infringido pelo fato de as premissas necessárias à conclusão da sentença e, portanto, questões prejudiciais, serem decididas com autoridade de coisa julgada, como já nos manifestamos. Assim, o autor, pelo princípio dispositivo, é que iniciava o processo, mas por força da limitação legal ao princípio não poderia ele impedir que o juiz decidisse a respeito das questões às quais necessitaria conhecer para concluir, e decidir, em conformidade com o próprio estatuto processual civil, ou seja, com força de coisa julgada material" (ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*, p. 77/78).
[289] "Isso significa que, para que haja coisa julgada material sobre a questão prejudicial, é necessário estejam presentes os requisitos da abolida ação declaratória incidental, salvo pedido expresso da parte em petição

Há *duas* normas jurídicas de *incidência* da coisa julgada material, mas que uma vez aplicadas (uma ou outra), o regime jurídico do instituto é idêntico[290], é dizer: forma-se a coisa julgada material com todas as suas implicações.

Ou seja, há no atual sistema processual civil brasileiro, como dissemos, *requisitos distintos* que autorizam a *incidência* da coisa julgada (i) nas questões *principais* e (ii) nas questões *prejudiciais* em um processo. Observemos, com Tercio Sampaio Ferraz Junior, que sistematizar a diferença – neste caso, entre coisa julgada sobre questões principais e coisa julgada sobres questões prejudiciais – é como, numa classificação, apontar o "*genus proximum*" e a "*differentia specifica*"; isso porque uma norma jurídica ao configurar uma *facti specie* está na verdade *tipificando-a*[291], portanto, há nessa distinção, por assim dizer, *dois tipos, duas normas* e *duas hipóteses de incidência* da coisa julgada material no sistema jurídico processual civil brasileiro.

Por isso, também, o *fato jurídico* coisa julgada[292] pode *existir* (incidir) para as questões principais e *não existir* (não incidir) para as questões prejudiciais. Observemos que o contrário nunca é possível[293], *i.e.*, existir coisa julgada sobre questão prejudicial e não existir sobre questão principal.

---

inicial apartada" (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 1253).

[290] Em sentido diverso: "Há dois regimes jurídicos distintos de coisa julgada, no processo civil brasileiro, que variam conforme o objeto da coisa julgada. Se a coisa julgada for relativa à resolução da questão principal (art. 503, *caput*), aplica-se o regime jurídico comum e tradicional, disciplinado em diversos artigos do CPC. Se a coisa julgada for relativa à resolução de prejudicial incidental, há uma diferença: o legislador impede a sua formação, em algumas situações previstas nos §§ 1º e 2º do art. 503, unicamente aplicáveis a esse regime da coisa julgada" (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, 11. ed. Salvador: *Jus Podivm*, 2016, v. 2, p. 549).

[291] "A análise formal desse juízo faz-nos pensar, inicialmente, numa construção silogística. Sendo toda decisão jurídica correlata de um conflito que a desencadeia e de uma norma que a institucionaliza, a primeira imagem que nos vem a mente é a de uma operação dedutiva em que: (a) a norma (geral) funciona como premissa maior; (b) a descrição do caso conflitivo, como premissa menor; e (c) a conclusão, como ato decisório *strito sensu*"; porém, "a construção da premissa maior é extremamente complicada no ato de decisão. A doutrina estuda esse problema em termos de *qualificação jurídica* do caso. Lembremo-nos da concepção da estrutura da norma como imperativo (despsicologizado) – cometimento – que impõe um comportamento na medida em que o qualifica e lhe atribui consequências – relato. Ou seja, a norma estabelece uma hipótese de incidência – a *facti specie* – cuja ocorrência desencadeia uma consequência jurídica" (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, p. 277-280).

[292] Falamos em coisa julgada como *fato jurídico processual* como o acontecimento, decurso do tempo, que produz efeito sobre o processo; nesse sentido: "fato processual seria todo acontecimento natural com influência sobre o processo, e ato processual toda ação humana que produza efeito jurídico em relação ao processo" (Humberto Theodoro Júnior. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 497); considerando ainda que "O ato jurídico ganha o qualificativo de processual quando é tomado como *fattispecie* (suporte fático) de uma norma jurídica processual e se refira a algum procedimento" (DIDIER Júnior, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. 2. Ed. Salvador: *Jus Podivm*, 2013, p. 33).

[293] "A razão é intuitiva: o juiz resolve a prejudicial como quem usa de *meio* necessário para atingir o *fim* colimado. A solução da prejudicial tem valor *instrumental* em relação à da prejudicada. Não seria lógico

Pode acontecer, tão somente, uma diferença temporal entre uma e outra coisa julgada, *v.g.*, uma sentença que reconhece a decadência do direito, pedido da demanda, fundado em relação jurídica decidida expressa e incidentalmente como válida, ademais de atender a todos os requisitos legais para formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial, neste caso, haverá possibilidade de formação da coisa julgada sobre a questão principal e sobre a prejudicial, porém, tendo o autor interesse recursal somente sobre a principal, virá a prejudicial a transitar em julgado primeiro, caso, de fato, se interponha o recurso.

Assim, também se pode notar que a observância a esses requisitos legais *definirá a matéria de mérito apreciada na ação*, bem como a *formação do interesse recursal* – considerando que a questão vinculada é de mérito e *a questão vinculante ficará tida também como mérito*.

A não observância aos requisitos implica em que as questões prejudiciais sejam simples *motivo* da resolução da questão principal, entretanto, "havendo a possibilidade de incidência da coisa julgada e, portanto, dos inescusáveis prejuízos que podem dela advir, não se nega mais a possibilidade de interposição do respetivo recurso"[294].

Nós pensamos que também é possível que haja interesse recursal quanto à *existência em si dos requisitos* do art. 503, §§ 1º e 2º, do CPC/2015.

Pode, *v.g.*, o juiz entender e *dispor expressamente* na decisão que ficaram os requisitos do art. 503, §§ 1º e 2ª atendidos – e nisso chamamos especial atenção para o requisito do *efetivo* contraditório – enquanto a parte derrotada quanto à questão prejudicial entender que os requisitos da lei não foram obedecidos, não sendo aquela decisão *integrante do mérito da ação*.

Há interesse recursal em se discutir *se se trata ou não de questão prejudicial decidida como mérito*, sobre a qual poderá vir a recair a coisa julgada; servindo, em última análise, de *controle* quanto à incidência da coisa julgada sobre as questões prejudiciais.

Some-se a isso, por outro lado, que a falta de disposição expressa do julgador em dizer se se trata ou não de matéria incluída no mérito, dá ensejo a embargos de declaração, para que o próprio juízo prolator da decisão diga *se a questão prejudicial compõe o mérito da decisão* e, a partir disso, a parte possa constatar a *existência ou não de interesse recursal* seu sobre a matéria; não vindo a parte a ser surpreendida no futuro, se num

---

atribuir à solução da *questão-meio*, em qualquer hipótese, tutela mais forte que a atribuída à solução da *questão-fim*" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*, p. 77).

[294] UZEDA, Carolina. *Interesse recursal*. Salvador: *Jus Podivm*, 2018, p. 154.

segundo processo a matéria decidida como prejudicial ficar tida como transitada em julgado, sem que se tenha exercido a devida oportunidade recursal.

Isso não deixa de ser, como dissemos, um controle sobre a possibilidade da formação da coisa julgada, que é *consequência do controle sobre a formação do mérito* no julgamento. Realizar-se-á, por fim, um controle se a *coisa julgada* (como toda ela, aliás – conforme dissemos que o regime jurídico da coisa julgada é um só) *sobre prejudicial* for invocada em nova ação, podendo a parte adversa alegar neste caso, por exemplo, a *inexistência* da coisa julgada em razão da ausência dos requisitos legais do art. 503, §§ 1º e 2º do CPC/2015.

Assim, há *requisitos distintos* para a *incidência* da coisa julgada quanto às questões prejudiciais, porém, estas desde que qualificadas pela imutabilidade em nada hão de se distinguir, formam coisa julgada material.

Mais precisamente: há requisitos *parcialmente distintos*, porque a eles se soma a irrecorribilidade ou não mais recorribilidade, não estando a decisão sujeita *ex vi legis* ao duplo grau de jurisdição[295], o que é necessário sempre ao trânsito em julgado.

O pressuposto *pedido* necessário, em regra, para a incidência da coisa julgada não está presente (ou melhor, tem de estar ausente) no caso das questões prejudiciais, ficando, então, (como que) substituído, no nosso atual sistema, por *tais* requisitos apontados expressamente na lei. Nesse sentido, para Humberto Theodoro Junior, ao estender a coisa julgada à questão prejudicial "independentemente de pedido de declaração incidental formulado pela parte, o NCPC (art. 503, § 1º) tornou *questão principal*, para efeito de estabelecimento dos limites objetivos da *res iudicata*, todas as questões de mérito cuja solução tenha sido, lógica e juridicamente necessária para a resolução do objeto litigioso do processo"[296].

---

[295] Barbosa Moreira explica sobre o trânsito em julgado (mas onde se fala "sentença", devemos ler como "decisão"): "Diz-se tal, no direito brasileiro, a sentença contra a qual não se admite recurso algum, ordinário ou extraordinário (cf. o art. 467), nem está sujeita *ex vi legis* ao duplo grau de jurisdição (art. 475 ou regra análoga). Feita abstração desta última circunstância, concebem-se duas hipóteses: a) a sentença é *originalmente irrecorrível*; neste caso a coisa julgada ocorre com a publicação; b) a sentença é *recorrível*; neste caso, o trânsito em julgado ocorre no momento em que ela o deixe de ser, por força de algum fato que, antes ou depois da interposição, torne inadmissível o recurso (a causa mais frequente, não porém a única, é o esgotamento *in albis* do prazo de interposição), ou em virtude de desistência do recurso interposto" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, vol. V, p. 116).

[296] Humberto Theodoro Júnior. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, p.1164.

Estes requisitos sobre as *questões prejudiciais*, portanto, desde que obedecidos, se prestam a *permitir e limitar objetivamente a incidência da coisa julgada material quanto às relações jurídicas litigiosas a respeito das quais pedido não há*.

Dito isso, *coube ao legislador* determinar que essas exigências fossem mais ou menos amplas - definindo limites menos ou mais largos - para a incidência da coisa julgada material nas questões prejudiciais. Passemos a eles.

A expressão do parágrafo único do art. 287 do CPC/1939, na verdade, era bem mais ampla que a só redação do atual § 1º do art. 503 – além dos demais requisitos –, que prevê como objeto para a coisa julgada *questão prejudicial* decidida de maneira *expressa* no processo.[297]

Questão prejudicial é aquela que, tendo *precedência lógica*, influenciará o *teor* da questão vinculada. Ou melhor: "*questão prejudicial* é aquela que influencia no teor de outra questão, que lhe está condicionada, podendo esta referir-se ao mérito, ou não, e será juridicamente relevante se o juiz ao decidi-la, aplicar a lei ao caso concreto, como o faz ao pronunciar a sentença" [298].

Por outro lado, lembremos que, *ponto prejudicial* é a prejudicial na qual não se levantou qualquer controvérsia a respeito de assertiva da parte (sobre o qual também era possível a formação da coisa julgada no regime de 1939) ou a prejudicial que já fora decidida com força de coisa julgada material; e *questões preliminares*, são aquelas que, também sendo *questões prévias* (como as prejudiciais), tornam *admissíveis ou não* as questões a elas vinculadas.[299]

A redação do § 1º do art. 503 do CPC/2015 exige ainda, como dissemos, que a decisão incidental seja *expressa*, demonstrando o prestígio da *segurança jurídica* no atual regime, por esse e pelos demais requisitos, *todos cumulativos*, tratados nos três incisos desse § 1º do art. 503 do CPC/2015 e no § 2º do mesmo artigo.

Dentre os requisitos para a formação da coisa julgada sobre resolução de questões prejudiciais interpretamos que o legislador deixou de incluir a exigência de que a decisão esteja contida na parte *dispositiva* da sentença – o art. 489, III, do CPC/2015 determina como elemento essencial da sentença "o dispositivo, em que o juiz resolverá as *questões*

---

[297] Registremos a esse respeito: "*questões prejudiciais juridicamente relevantes* (...) *são mais restritas do que as premissas necessárias do 'decisum'*. Isto porque entendemos por questões prejudiciais, propriamente ditas (...) aquelas que para serem decididas obrigam o juiz a usar da mesma atividade que emprega ao decidir a lide" (ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*, p. 77).

[298] ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*, p. 92.

[299] Ibid., p. 23 e ss.

principais que as partes lhe submeterem" (grifo nosso). Decidida a prejudicial na fundamentação, não há óbice para que transite em julgado.[300] Entretanto, nesse aspecto pensamos que o Código deixou a desejar, considerando que a condição de ser incluída a decisão sobre questão prejudicial no dispositivo soma imperativamente à segurança jurídica.[301]

A necessidade de a decisão ser expressa impacta a identificação do mérito e do interesse recursal, portanto, pensamos, por outro lado, que caso não tenha o julgador decidido a questão prejudicial com a devida clareza, inclusive incluindo-a na parte dispositiva, poderá a parte pedir que se supra o que enseja possível omissão na decisão a respeito da questão (art. 1.022, II, do CPC/2015).

O inciso I do § 1º do art. 503 exige que da resolução da questão prejudicial dependa o julgamento do mérito. Portanto: que se trate se questão *prejudicial*, aquela que "deve, lógica e necessariamente, ser decidida antes de outra, sendo que sua decisão influenciará o próprio teor da questão vinculada"[302].[303]

Observemos que o conceito de questão prejudicial pode existir tanto em relação ao mérito como fora dele (da mesma forma influenciando o teor da questão vinculada)[304],

---

[300] Nesse sentido: "Em termos práticos, o que deve ser pesquisado é aquilo, dentro do pronunciamento judicial, que tem de ser conservado imutável para que 'não perca autoridade o que restou decidido', como adverte Jordi Nieva-Fenoll. Explica o autor que é preciso apurar, no bojo do processo findo, quais são as questões deciddas que 'conferem estabilidade à sentença'" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, p. 1163).

[301] Entendendo como sendo a localização da resolução de prejudicial uma exigência da norma: "Para que haja coisa julgada material sobre a prejudicial de mérito é absolutamente imprescindível que ela tenha sido *'decidida'*, sem isso não há falar-se em coisa julgada. Por *'decidida'* entenda-se estar resolvida na parte dispositiva da sentença" (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*, p. 1257).

[302] ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*, p. 24.

[303] Diante disso, para José Américo Zampar Junior, pode ocorrer "litispendência entre a ação principal, na qual a questão prejudicial foi levantada, e a ação autônoma ajuizada, exclusivamente, para a decisão da questão prejudicial a partir do momento em que o juiz, reconhecendo a existência da questão prejudicial trazida pelas partes, fixa, na decisão de saneamento, que esta questão – prejudicial – deverá ser decidida ao final do processo. Se ajuizada a ação objetivando pronunciamento sobre a questão prejudicial em momento anterior à decisão de saneamento, as lides deverão ser reunidas por conexão ou continência, a depender do âmbito de abrangência dos pedidos. Se proposta após a decisão de saneamento e, não havendo outros pedidos para além da decisão da questão prejudicial, estar-se-á em face de litispendência processual" (ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. Conexão, continência, litispendência e questão prejudicial. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2019 (janeiro/junho), vol. 429, p. 221-236).

[304] "Ainda, vejamos que poderemos estar diante de uma questão que seja prejudicial, em relação a outra, processual, por exemplo, a qual, por sua vez, não pode ser objeto de causa autônoma, e, nem de declaratória incidental (...). Assim, em tendo o autor usado do procedimento sumaríssimo, poderá o réu objetar quanto ao valor da causa (porque, exemplificativamente, tem interesse em entrar com reconvenção). Essa questão de valor será em relação à questão do tipo de procedimento, prejudicial, enquanto a questão do procedimento será preliminar do julgamento de mérito. E, afirmamos que esse exemplo, como outros que poderiam ser aqui elencados, se refere a questão prejudicial, pois influencia o teor da decisão que lhe está

mas para fins da incidência da coisa julgada sobre a *prejudicial*, pensamos que a questão vinculada deve ser de mérito, não alcançando questões prejudiciais de conteúdo processual.[305]

O inciso II do § 1º do art. 503, por sua vez, exige que a respeito da questão prejudicial, para a incidência da coisa julgada, tenha havido "contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia". Esse é o requisito que mais tem gerado debate na doutrina, quanto à interpretação da palavra "efetivo", se se trata da *oportunidade* de oferecimento de defesa ou da *reação* do réu.

Interpretar contraditório efetivo como reação do réu "exigiria o uso adequado, em discussão de mão dupla, de todas as provas idôneas ao convencimento do juiz e de todos os recursos"; consequência dessa forma de interpretar seria que, "a coisa julgada ficaria excluída caso uma das partes, após o início do desenvolvimento da discussão da questão prejudicial, optasse por não requerer prova, não participar da produção da prova, não falar sobre o resultado da prova ou simplesmente não recorrer ou responder ao recurso".[306]

Na interpretação de Thereza Alvim, "o importante é que *tenha a parte oportunidade de contradizer a assertiva da parte contrária, de discutir as alegações*. Se o autor, por exemplo, pleiteia o pagamento do preço da venda de um imóvel, não se poderá dizer que, implicitamente, não afirmou a existência e a validade de tal contrato. O réu, nessas condições, teve, quando da contestação, oportunidade de rebelar-se não só quanto ao preço (objeto do pedido) como também quanto à premissa necessária desse pagamento, o contrato. Se não o fez foi porque reconheceu juridicamente a existência e validade do mesmo" [307].

---

subordinada, mas não podem constituir objeto de ação autônoma" (ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*, p. 21/22).

[305] Nesse sentido: "O mérito deve ser, necessariamente, a questão prejudicada" (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*, p. 1255). Em sentido contrário: "No direito civil brasileiro contemporâneo, em que uma norma do Código de Processo Civil expressamente proíbe a rediscussão da questão respeitante a condição da ação ou pressuposto processual, não pode haver qualquer dúvida de que a coisa julgada recai sobre a sentença de natureza processual"; "Note-se, portanto, que a admissão da coisa julgada sobre questão processual é uma consequência lógica e inarredável da coisa julgada sobre sentença processual, expressamente admitida no art. 486 do Código de Processo Civil. Diante da proibição de propor nova ação sem a correção do vício que interditou o julgamento do pedido, não há como não admitir que a coisa julgada sobre questão, instituída no direito brasileiro pelo art. 503 do Código de 2015, possa ficar limitada às questões de mérito" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*, p. 243 e 245).

[306] Explica Luiz Guilherme Marinoni, para quem, entretanto, "a *efetiva oportunidade de discussão* da questão pressupõe a negação da alegação – por parte do autor ou do réu –, ou seja, a constituição de litigiosidade em torno da alegação" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*, p. 256 e 253).

[307] Thereza Alvim. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977, p. 78.

Esta hipótese, por exemplo, trata do chamado *fato principal*, aquele que foi relevante na individualização do objeto de um processo, "que deve suportar o efeito preclusivo e, assim, ser impedido de voltar à discussão judicial em outro processo, ainda que de *petitum* diverso, mas cuja causa de pedir tenha origem no mesmo fato histórico acertado, em caráter principal, no feito anterior" [308].

Thereza Alvim, a respeito do CPC/1939 (escrevendo quando já em vigor o CPC/1973) defendeu que estender a coisa julgada material às relações jurídicas julgadas na sentença seria ideia mais prática: "Todavia devemos tecer, a respeito, duas considerações. A primeira delas é que *só seria essa ideia praticável se o sistema de direito positivo do país, ao adotar o princípio dispositivo, desse margem a atenuações desse princípio*. Em segundo lugar, não entendemos que a controvérsia das questões seja necessária, para que sobre sua decisão pese a autoridade da coisa julgada material, *mesmo ante a adoção do princípio do contraditório pois a parte tem oportunidade de contrapor-se às afirmações da outra e, em não fazendo, perde a oportunidade para tal*" [309] (grifos nossos).

O regramento defendido por Thereza Alvim como *mais prático*, portanto, esbarraria (sob a vigência do CPC/1973) na exigência legislativa da ação declaratória incidental, portanto, superada pelo CPC/2015; o segundo aspecto defendido dizia respeito ao efetivo exercício do contraditório como requisito para a formação, sobre as questões prejudiciais, da coisa julgada, o que, na opinião dela, quanto ao sistema antes praticado (1939*), não deveria ser impeditivo para aquela*.

O argumento merece atenção também no CPC/2015. É que, interpretar o *efetivo contraditório* como *reação* dá às partes (notadamente ao réu) o poder de escolha sobre o que quer tornar imutável e permite, inclusive, escolhas processuais nesse sentido.

---

[308] É o que explica Humberto Theodoro Júnior, afirmando sobre o direito comparado: "Remo Caponi e Andrea Proto Pisani, por exemplo, dão como certo o posicionamento da jurisprudência italiana que, para efeito da coisa julgada externa (material), amplia o objeto do decisório para alcançar a hipótese da *prejudicialidade lógica*, independentemente de formulação de declaratória incidental, nos casos de relação jurídica complexa a qual vem a ser deduzida em juízo de maneira fracionada. Por exemplo: a pretensão ao aluguel tem como pressuposto lógico necessário a relação locatícia, de modo que a sentença, passada em julgado, de condenação ao aluguel de um determinado período, põe em relevo a existência e validade da locação. Esse pressuposto da sentença não pode ser ignorado em posterior demanda originada do mesmo contrato"; isso porque "o que transita em julgado, para a jurisprudência italiana, a exemplo do que se passa nos Códigos da Espanha, Portugal e Rússia, é algo mais do que a resposta da sentença ao pedido do autor, é, também, a relação jurídica básica da controvérsia, ou seja, aquela que forma a *causa petendi* e, portanto, exprime a *ratio decidendi* que conduziu à conclusão do julgamento" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*, p. 1169/1170).

[309] Thereza Alvim. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977, p. 46.

Antonio do Passo Cabral, lembra que a omissão em discutir e a revelia podem ser fruto de uma opção legítima, "pode significar uma escolha voluntária em não participar do processo, sinalizando para os demais sujeitos como um padrão estável de conduta"; para ele "deve haver preclusão das questões alegadas pelo autor e que condicionaram as conclusões da decisão condenatória, mesmo em casos de revelia do réu".[310]

Além disso, há, diante dessa restrição do art. 503, § 1º, II, a permanência do problema das decisões contraditórias no sistema jurídico. É o que reconhece Luiz Guilherme Marinoni, mesmo estando de acordo, por exemplo, com a vedação legal para os casos de revelia. Nesse sentido, reconhecendo-se uma responsabilidade e julgando-se procedente o pedido ressarcitório sobre ela, "em ação futura, em que o autor pedir ressarcimento por outro dano em virtude dos mesmos fatos, a contestação do demandado, ao exigir prova da elucidação da questão da responsabilidade, poderá redundar na decisão de que não há responsabilidade e na improcedência do pedido"[311].

Pensamos que, não obstante as ponderações aqui postas e sobre as quais é merecido o alerta – quanto a ficar ao arbítrio das partes (notadamente do réu) a indiscutibilidade da questão e quanto à existência de decisões conflitantes – a lei é expressa: (i) em vedar, na hipótese de revelia, a existência de coisa julgada sobre questões prejudiciais; e, na mesma linha, (ii) em exigir que venha a ser, no mínimo, controvertido o ponto enunciado como prejudicial, capaz de ensejar a *formação* de uma *questão* sobre a qual incida a coisa julgada.

Por fim, do § 1º, do art. 503 do CPC/2015, o inciso III determina como requisito para a existência de coisa julgada sobre questão prejudicial ter o juízo da questão principal também competência em razão da matéria e da pessoa para resolver aquela, como se principal fosse; ou seja, exige que o juízo tenha *competência absoluta* para decidir também a questão incidental.

A esse respeito, o exemplo que nos parece ímpar para ilustrar esta exigência são as hipóteses de controle difuso e incidental de constitucionalidade, em que não incide a coisa julgada, porque como *questão principal* compete ao STF realizar o controle de

---

[310] Explica ainda que "mesmo nos ordenamentos do *common law*, já se admitiu o vínculo em hipóteses de revelia nos casos em que permitir a rediscussão pudesse prejudicar terceiros que confiaram na manutenção da estabilidade; ou ainda quando o réu praticou algum ato que indicasse ter tido notícia do processo ou que considerava o julgamento válido" (CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. Salvador: *Jus Podivm*, 2018, p. 551).

[311] MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*, p. 265.

constitucionalidade de lei ou ato normativo contestados em face da CF/1988 ou ao TJ se se trata de controle concentrado em face das Constituições Estaduais.[312]

Observemos, que a *competência absoluta* é requisito para a *incidência* da coisa julgada sobre *questões prejudiciais* e que, por outro lado, é requisito de *validade* da coisa julgada sobre questão principal.

Consequência disso é que, no primeiro caso, ausente a competência absoluta *não existe a coisa julgada*; enquanto que, no segundo caso, a hipótese dá ensejo à ação rescisória, sendo a decisão *transitada em julgado*, porém, *nula* (art. 966, II, do CPC/2015).[313]

Ainda, vale dizer, a coisa julgada sobre questão prejudicial é rescindível tanto quanto a coisa julgada sobre questão principal, subsumindo-se às hipóteses dos incisos do art. 966 do CPC/2015, com exceção da competência absoluta, porque neste caso *não há* coisa julgada, em se tratando de questão prejudicial.

O § 2º do art. 503, enfim, determina como requisitos, para sobre questões prejudiciais incidir a coisa julgada, que não haja no processo *restrições probatórias* ou *limitações à cognição* que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial. Nesses casos é necessário fazer o pedido de forma autônoma.[314] O texto veda a hipótese "de apreciação em cognição *não destinada a servir de conteúdo para coisa julgada*", presando para que "o devido processo legal (= contraditório) não tenha sofrido restrição alguma", como ensina Arruda Alvim.[315]

7.3 Processo administrativo sancionador e *reformatio in pejus*

> *Finalmente, e isso é o mais importante, trata-se de uma questão de competências legais e constitucionais. Se a uma autoridade*

[312] Nesse sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*, p. 1257; DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, p. 552.

[313] Quanto a essa última hipótese: "Em nosso entender, sentenças nulas *transitam em julgado*. Argumento definitivo em prol dessa conclusão é a redação do art. 966, II, do CPC: ausentes *dois pressupostos processuais de validade* (= estando-se, portanto, em face de uma *nulidade*) tem-se sentença de mérito transitada em julgado e, portanto, rescindível" (ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 178).

[314] Nesse sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*, p. 1257.

[315] ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil: Teoria Geral do Conhecimento, Processo de Conhecimento, Recursos, Precedentes*. 19. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 1105/1106.

> *administrativa compete sancionar determinados comportamentos, a mesma competência não pode ser usurpada pelo Judiciário, o qual somente poderia atuar em moldes de controles negativos, vale dizer, estabelecendo núcleos intangíveis e limites à ação administrativa, sem substituir-lhe. E às autoridades administrativas as leis costumam outorgar espaços mais amplos de movimentação, inclusive consagrando alguns limites discricionários, trabalhando intensamente com conceitos jurídicos indeterminados, o que realmente fornece caminhos menos estreitos inclusive na escolha de alternativas punitivas e na projeção de seus poderes repressivos. Daí a relevância de pontuar distinções.*[316]

O processo administrativo sancionador se destina à realização do poder punitivo na *função administrativa*, em razão de competência punitiva do Estado (= *ius puniendi*) – sem que usurpe ou tampouco derive da competência punitiva do Poder Judiciário.

Faremos agora de um exame da Lei do Processo Administrativo Federal, Lei nº 9.784/1999, em seus (poucos) dispositivos destinados ao processo sancionador.

Em texto escrito logo após a publicação da Lei Federal de Processo Federal e que ressaltava a importância desta,[317] Carlos Ari Sundfeld explica que as diversas normas da Lei nº 9.874/1999 "regulam, isto sim, o exercício das *competências decisórias da Administração em geral*. E isso faz toda a diferença"; pois "buscou-se obter uniformidade de comportamento no interior da máquina estatal, em nome da necessidade de sujeição do Estado a preceitos fundamentais da ordem jurídico-administrativa, sobretudo aos princípios e regras *constitucionais*".[318]

Carlos Ari Sundfeld lembra, no entanto, que o "caráter universalista" da Lei tem por barreira a especialidade de certas situações que tenham levado à edição de leis especiais, tendo tais especialidades sido respeitadas, com a aplicação somente subsidiária da lei geral de processo (seja do âmbito federal, sejam as leis estaduais, por exemplo); por outro lado, devendo ser afastada a "suposição, totalmente equivocada, de que a simples existência, em lei específica, de alguma referência a processo ou, ainda, a

---

[316] OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, p. 470.
[317] SUNDFELD, Carlos Ari. *As leis de processo administrativo (Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98)*. SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo ANDÉS (coord.). São Paulo: Malheiros Editores, 1ª ed., 1ª tiragem, 2000.
[318] SUNDFELD, Carlos Ari. *As leis de processo administrativo (Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98)*, p. 25.

previsão nessa lei, de que o tema merecerá disciplina em regulamento, seria suficiente para afastar a aplicação da Lei Geral de Processo Administrativo";[319] de forma que a Lei nº 9.874/1999 deve ser considerada como um diploma geral também para o processo administrativo sancionador.

Na Lei do Processo Administrativo Federal os únicos dispositivos que tratam, especificamente, do processo administrativo sancionador são os artigos 65 e 68.

O art. 68 trata da *natureza das sanções* a serem aplicadas na competência administrativa, ou seja, da *natureza administrativa das sanções* – como temos dito –, que será "pecuniária ou consistirão em obrigação de fazer ou de não fazer"; acrescentando que, será assegurado sempre o direito de defesa.

Já o art. 65 trata da *revisão*, está localizado no Capítulo XV, chamado Do recurso administrativo, e dispõe que: "Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada"; com previsão no seu parágrafo único de que: "Da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção".

Queremos destacar, então, a previsão do art. 65, no processamento destinado ao rito sancionatório e a compreensão do regramento dos recursos administrativos, em especial, a possibilidade, destinada unicamente a aplicação de sanções, da chamada revisão no processo administrativo da lei federal.

---

[319] "Exemplifico com o Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei Federal n. 8.078/90) e sua aplicação pela Administração paulista. O processo administrativo para aplicação das sanções dos arts. 55 a 60 do CDC não foi objeto de disciplina pelo próprio Código, o qual se limitou a exigir a realização de procedimento, com ampla defesa. Ademais, não há, no CDC, dispositivo conferindo ao Poder Executivo Federal competência para editar decreto regulamentar sobre esse processo, com o efeito de afastar as normas processuais dos outros entes da Federação, editadas no uso de suas competências próprias. Portanto, não existe um regime processual administrativo de 'direito do consumidor' com nível ou base legal autônoma que possa excluir a aplicação de regras gerais a respeito do processo administrativo de âmbito estadual. Sendo a Fundação Procon de São Paulo uma entidade estadual – que, ademais, exerce atividade administrativa própria do Estado, não sendo órgão delegado da União – cabe-lhe obedecer à Lei Estadual de Processo Administrativo sempre que instaurar, dirigir e decidir seus processos administrativos, inclusive os sancionatórios, por força do art. 1º da Lei [nº 10.177/1998]. O eventual regulamento do CDC editado por Decreto com normas processuais não prevalece sobre a Lei Paulista de Processo"; assim, "O Decreto Federal n. 2.181, de 20.3.97, regulamentando o CDC, estampou, em seus arts. 33 a 35, algumas normas a respeito do processo sancionatório destinado à aplicação das sanções previstas no Código. Esse Decreto foi editado pelo Presidente da República no uso da competência constitucional genérica para regulamentar leis federais, visando à sua fiel aplicação (CF, art. 84, IV). A Fundação Procon de São Paulo pode observá-lo, ao realizar processos para aplicar o CDC, *sem, no entanto, ficar desonerada do dever de dar cumprimento à Lei Paulista de Processo Administrativo*. Aliás, cotejando esta com o Regulamento do CDC, não se vislumbra maior contradição entre eles, os quais podem ser aplicados harmônica e conjuntamente" (SUNDFELD, Carlos Ari. *As leis de processo administrativo (Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98)*, p. 25/27).

O nome "revisão", em um processo de natureza sancionatória, não equivale ao instituto da *revisão administrativa*, de iniciativa da Administração Pública, como dispõe – entre diversos diplomas de direito administrativo –, por exemplo, o art. 53 da Lei do Processo Administrativo Federal, com a seguinte redação: "A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos".

O art. 65 da Lei nº 9.784/1999 trata, na verdade, de espécie de *recurso administrativo*, com legitimidade "a pedido ou de ofício", portanto, de iniciativa de qualquer das partes do processo,[320] podendo também ser realizada oficiosamente; a iniciativa oficial caracteriza o recurso administrativo, ao lado da revisão administrativa, em razão do poder/dever da Administração Pública de rever os seus atos, nesse sentido, inclusive, é expresso o art. 63, § 2 da Lei nº 9.784/1999: "O não conhecimento do recurso não impede a Administração de rever de ofício o ato ilegal, desde que não ocorrida preclusão administrativa".

A *revisão*, enquanto recurso administrativo, entretanto, deve ser comparado com a *revisão criminal*, disposta nos artigos 621 a 631 do Código de Processo Penal; destinando-se, aquela, somente aos processos administrativos de natureza sancionatória.

A revisão criminal é instituto que pode ser, por sua vez, comparado à ação rescisória do processo civil,[321] ou melhor: "Trata-se de autêntica ação rescisória na esfera criminal, indevidamente colocada como recurso no Código de Processo Penal. É ação *sui*

[320] A legitimidade para o recurso administrativo, por sua vez, é mais ampla, nos termos do art. 58 da Lei nº 9.784/1999: "Art. 58. Têm legitimidade para interpor recurso administrativo: I - os titulares de direitos e interesses que forem parte no processo; II - aqueles cujos direitos ou interesses forem indiretamente afetados pela decisão recorrida; III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; IV - os cidadãos ou associações, quanto a direitos ou interesses difusos".

[321] No Código de Processo Civil de 2015: "Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente; III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar manifestamente norma jurídica; VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória; VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos".

generis, pois não possui polo passivo, mas somente o autor, questionando um erro judiciário que o vitimou", explica Guilherme de Souza Nucci.[322-323]

Na redação do art. 621 do CPP, a revisão dos processos findos será admitida quando: a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Ao contrário do pedido rescisório cível, entretanto, não há prazo para o requerimento da revisão criminal, nos termos do art. 622 do CPP: "A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após"; da mesma forma, não há prazo para o recurso administrativo de revisão, do art. 65 da Lei 9.784/1999.

O art. 65 da Lei 9.784/1999, portanto, trata de uma espécie de recurso administrativo destinado somente ao rito de natureza sancionatória; é uma possibilidade recursal destinada aos "processos administrativos de que resultem sanções". Além disso, é cabível somente diante de duas hipóteses, ambas a respeito da presença de alterações

---

[322] "É uma ação penal de natureza constitutiva e *sui generis*, de competência ordinária dos tribunais, destinada a rever, decisão condenatória, com trânsito em julgado, quando ocorreu erro judiciário"; "Contrário, sustentando trata-se de um recurso, embora de caráter misto e *sui generis*, está a posição de Magalhães Noronha. Entendendo cuidar-se de ação penal e não de mero recurso está a posição da maioria da doutrina e da jurisprudência"; interessante para nosso debate, ainda, o seguinte ponto de vista: "Sérgio de Oliveira Médici, no entanto, propõe outra conceituação, sem adotar o difundido caráter de ação, nem acolher ser a revisão criminal um mero recurso, merecendo registro: 'em nosso entendimento, a revisão constitui meio de impugnação do julgado que se aparta tanto dos recursos como das ações, pois a coisa julgada exclui a possibilidade de interposição de recurso, e, ao requerer a revista da sentença, o condenado não está propriamente *agindo*, mas *reagindo* contra o julgamento, com o argumento da configuração do erro judiciário. A ação penal anteriormente *vista* é então *revista* por meio da revisão que, entretanto, não implica inversão das partes (em sentido processual)" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*, p. 1025-1027).

[323] Lembremos também: "Há, indiscutivelmente, uma crescente aproximação entre normas de Direito Processual Administrativo e Direito Processual Judiciário. Também existem aproximações ainda mais convergentes entre normas de Direito Processual Penal e normas de Direito Processual Administrativo, além da inegável aproximação entre Direito Processual Civil e Direito Processual Penal na regulação de determinados tipos de relações. Desse contexto é que nasce e se desenvolve um conjunto específico de normas processuais agrupáveis debaixo da categoria que se pode designar como Direito Processual Punitivo: Direito Processual Administrativo, Direito Processual Judiciário Civil (ações civis públicas ou controle da Administração Pública no tocante ao exercício de pretensão punitiva) e Direito Processual Judiciário Penal (fonte inspiradora de garantias, regras e princípios). (...) Daí porque falamos, a propósito, de um Direito Processual Punitivo, que pode ser tanto o Direito Processual Administrativo quanto o Direito Processual Penal, ou tanto o Direito Processual Administrativo aplicado pela Administração Pública (ou indiretamente pelo Judiciário) como o Direito Processual Judiciário em sentido amplo, apto a abarcar até mesmo instrumentos como ações civis públicas para a implementação de normas punitivas. A terminologia, assim posta, produz um reflexo mais fiel da dinâmica punitiva e permite construções teóricas mais coerentes com a dimensão sancionatória da atividade estatal" (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, p. 421/422).

nas condições originais do processo, ou seja, diante do surgimento de "fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada".

O ponto que queremos mostrar, além da qualificação da revisão, como uma possibilidade de recurso exclusivo ao processo administrativo sancionatório, é que somente nesses casos está prevista, por disposição expressa, a proibição à *reformatio in pejus*, no parágrafo único do art. 65, segundo o qual, que da revisão, "não poderá resultar agravamento da sanção".

Está vedada, então, a *reformatio in pejus*, no recurso de revisão, cabível nas hipóteses que envolvam a presença de (i) fatos novos ou (ii) a inadequação da sanção aplicada.

Por outro lado, o recurso administrativo do art. 64 da Lei nº 9.784/1999 autoriza o agravamento do julgamento, determinando: "O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência"; e em seu parágrafo único: "Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão".

Se nos processos administrativos sancionatórios, com a revisão, em razão de alterações nas condições originais do julgamento, não é permitido o agravamento da sanção, poderia se pensar que mais grave seria a piora da sanção sem tais justificativas.

Porém, o recurso do art. 64, em ocorrendo, compõe a formação mesma do procedimento para a aplicação da sanção, enquanto, a revisão, tem esse caráter "rescisório", de ocorrer sobre um processo *findo*.

Ainda que a redação do art. 65 da Lei nº 9.784/1999 não seja expressa nesse sentido, é como deve ser interpretada, já que fala em processos administrativos de que *resultem* sanções.

Dessa forma, se da revisão resultasse o aumento da sanção já aplicada, estaria caracterizado um novo julgamento punitivo, ferindo a proibição *bis in idem*.

Quanto ao recurso do art. 64 da Lei nº 9.784/1999, importa perceber ainda a observação trazida por Cássio Scarpinella Bueno, de que "trata, a princípio, do que usualmente é identificado pela doutrina como o 'efeito devolutivo' do recurso", para explicar que: "efeito devolutivo do recurso deve ser entendido como a matéria passível de reexame pelo órgão *ad quem*. (...) Nesse contexto e considerando a abrangência do

disposto neste art. 64 (e, da mesma forma, a disposição de seu parágrafo único), parece-nos que inexiste aplicação eficaz, aqui, do conceito de efeito devolutivo".[324]

Por fim, considerando a redação do art. 63, § 2º da Lei 9.784/1999, segundo a qual, mesmo com o não conhecimento do recurso, a Administração Pública como declarar ilegal o ato recorrido, Cássio Scarpinella Bueno conclui – com o que concordamos: "é indiferente a identificação da matéria impugnada no recurso para fins de delimitação da matéria a ser decidida pelo órgão *ad quem*, considerando o espectro amplo, verdadeiramente total conferido pela lei, a este órgão"; ou seja, inexiste "qualquer *necessidade* de relação entre o objeto do recurso e a manifestação do órgão julgador", sendo "possível que o julgamento da instância *ad quem* na esfera administrativa resulte em prejuízo ao recorrente, vale dizer, que se opere em seu desfavor o que usualmente é denominado de *reformatio in pejus*";[325] diferente, portanto, é o recurso de revisão do processo administrativo sancionador.

7.4 A decisão na Rcl 41557 e outras decisões sobre o *ne bis in idem*

Apontamos a seguir decisões, em argumentos e posições de maior relevância para o *ne bis in idem*, no Brasil, começando pelas decisões no Supremo Tribunal Federal, o que faremos indicando a matéria específica a que se referem:

- Sobre a *independência mitigada entre as diferentes esferas sancionadoras*:

Principal decisão, até o momento, para o *ne bis in idem* que alcança o Direito Administrativo Sancionador, está representada no julgamento da Reclamação Constitucional nº 41557, em 15.12.2020, com relatoria do Min. Gilmar Mendes, na 2ª Turma, do Supremo Tribunal Federal.

Na Rcl nº 41557 foram identificados – o que nos parece ser – critérios de estabilidade processual entre as instancias punitivas para o sistema brasileiro, representados, especialmente: (i) na *identidade entre os acervos fático-probatórios na ação de improbidade administrativa e na ação penal* e (ii) na *independência mitigada entre diferentes esferas sancionadoras*.

---

[324] BUENO, Cassio Sacarpinella. Os recursos nas leis de processo administrativo federal e paulista: uma primeira aproximação. *As leis do processo administrativo (Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*. SUDFELD, Carlos Ari; MUÑOS, Guillermo Andrés. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 211.
[325] Ibid., p. 212.

Na decisão, foi compreendido o *bis in idem* como a *duplicação do mesmo panorama fático-probatório como substrato empírico fundante em esferas sancionadoras distintas*, considerada a relação entre direito penal e direito administrativo sancionador.

Primeiro, tendo sido reconhecida a legitimidade de se cotejar o acervo fático-probatório entre uma ação penal e uma ação de improbidade administrativa, em sede de Reclamação Constitucional sobre afronta à autoridade de decisão do STF, em anterior *Habeas Corpus* que trancou a ação penal.

Sendo possível a Reclamação Constitucional em ações de natureza subjetiva, para que haja adesão da decisão reclamada à decisão precedente, entretanto, entendeu-se ser preciso que ficasse demonstrado claramente, entre as duas, um *liame temático material*; bem como, que houvesse a *viabilidade do segundo procedimento* – como (dizemos nós) uma continuação do primeiro processo (na linha do entendimento atual do TEDH), ou, conforme a referência jurisprudencial do Voto Relator, como *para se verificar se novas provas seriam hábeis a ensejar a reabertura de investigação*. Assim:

> A ação civil de improbidade administrativa trata de um procedimento que pertence ao chamado direito administrativo sancionador, que, por sua vez, se aproxima muito do direito penal e deve ser compreendido como uma extensão do *jus puniendi* estatal e do sistema criminal. (...) Diante da existência de dois procedimentos distintos, respondidos pelo mesmo sujeito e aparentemente sobre os mesmos fatos, em que o primeiro procedimento é arquivado pelo Supremo – no caso do processo trancado –, é legítimo o escrutínio da Corte, em sede de reclamação, acerca da viabilidade do trâmite do segundo procedimento – viabilidade significa neste ponto, sobretudo, a existência comprovada de fatos novos, que apontem para um acervo probatório independente com relação ao primeiro procedimento. (Rcl 41557, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 15.12.2020, *DJe*-045 09-03-2021)

Depois, ficou reconhecido que: (i) o acervo fático-probatório, substrato empírico da ação civil de improbidade administrativa, se identificava com o aquele presente no processo penal trancado pelo STF, tendo, os dois procedimentos, iguais conjuntos de fatos e provas; e (ii) a tese de negativa de autoria havia sido a razão determinante do trancamento do processo penal anterior pelo STF.

Então, da relação entre direito penal e direito administrativo sancionador, foi analisada a vedação ao *bis in idem*, compreendido este como a *duplicação do mesmo panorama fático-probatório como substrato empírico fundante em esferas sancionadoras distintas*. Vale transcrever a redação no Voto Relator:

> O ponto central de tensão que aqui nos interessa nessa relação, para além de traçar uma diferenciação formal e material entre o ilícito penal e o ilícito administrativo – algo que foi objeto de preocupação da doutrina desde a publicação de Das Verwaltungsstrafrecht, por Goldschmidt, em 1902 – é a limitação do *jus puniendi* estatal por meio do reconhecimento (1) da proximidade entre as diferentes esferas normativas e (2) da extensão de garantias individuais tipicamente penais para o espaço do direito administrativo sancionador. (Rcl 41557, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 15.12.2020, *DJe*-045 09-03-2021)

A assunção do pressuposto de que o direito administrativo sancionador é um "autêntico subsistema" da ordem jurídico-penal, como entende o TEDH, resulta na aplicação de princípios penais, entre os quais, o *ne bis in idem* "não somente dentro dos subsistemas mas também e principalmente na relação que se coloca entre ambos os subsistemas" [penal e administrativo sancionador], nesse sentido, resulta em uma "baliza hermenêutica para a qualidade da relação".[326]

Assim, reconhecendo a tese da independência entre as diferentes esferas sancionadoras, como definida no art. 37, § 4º da Constituição Federal, entendeu o STF ser, na verdade, uma "independência mitigada":

> Tal independência, contudo, é complexa e deve ser interpretada como uma independência mitigada, sem ignorar a máxima do *ne bis in idem*. Explica-se: o subsistema do direito penal comina, de modo geral, sanções mais graves do que o direito administrativo sancionador. Isso significa que mesmo que se venha a aplicar princípios penais no âmbito do direito administrativo sancionador – premissa com a qual estamos totalmente de acordo, o escrutínio do processo penal será sempre mais rigoroso. *A consequência disso é que a compreensão acerca de fatos fixada definitivamente pelo Poder Judiciário no espaço do subsistema do direito penal não pode ser revista no âmbito do subsistema do direito administrativo sancionador. Todavia, a construção reversa da equação não é verdadeira, já que a compreensão acerca de fatos fixada definitivamente pelo Poder Judiciário no espaço do subsistema do direito administrativo sancionador pode e deve ser revista pelo subsistema do direito penal – este é ponto da independência mitigada*.
> (...)
> A adoção de uma noção de independência mitigada entre as esferas penal e administrativa – esta parece ser a posição mais acertada diante dos princípios constitucionais reitores do sistema penal, principalmente da proporcionalidade, da subsidiariedade e da necessidade – na interpretação da lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/92), sobretudo do art. 12 ("Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:"), nos leva ao entendimento de que *a mesma narrativa fático-probatório que deu ensejo a uma decisão de mérito definitiva na esfera*

[326] Rcl 41557, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 15.12.2020, *DJe*-045 09-03-2021.

> *penal, que fixa uma tese de inexistência do fato ou de negativa de autoria, não pode provocar novo processo no âmbito do direito administrativo sancionador – círculos concêntricos de ilicitude não podem levar a uma dupla persecução e, consequentemente, a uma dupla punição, devendo ser o* bis in idem *vedado no que diz respeito à persecução penal e ao direito administrativo sancionador pelos mesmos fatos*. (Rcl 41557, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 15.12.2020, *DJe*-045 09-03-2021- grifamos)

Decidiu o STF não ser aceitável o duplo processamento (= dupla persecução) entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, e, consequentemente dupla punição, em havendo dois requisitos entre os processos, quais sejam: (i) a presença da mesma narrativa fático-probatório – quando ocorrem, na verdade, círculos concêntricos da ilicitude; e (ii) a existência de uma anterior decisão penal definitiva de mérito, que tenha fixado a tese da inexistência do fato ou da negativa de autoria.

Não se admite, diante de tais circunstâncias, portanto, a existência do segundo processo sancionador – que, no caso, findou encerrado para o reclamante, com sua exclusão do polo passivo da ação de improbidade.

Interessante observar, ainda, que a decisão considera válido o argumento pensado na ordem temporal, do processo penal (processo anterior) ao processo civil sancionador (processo posterior), mas não no sentido contrário.

A esse respeito ponderamos nosso ponto de vista, sobre a importância de uma estabilidade em questões preliminares decididas no mérito, com trânsito em julgado, na competência jurisdicional cível; especialmente, no Brasil, também entre o processo civil sancionador (sendo este o processo anterior) e o processo penal (posterior), em favor da racionalidade do sistema punitivo, como um todo, da mesma maneira, quando se esteja na presença de identidade fático-probatória entre os procedimentos.

- Sobre a *autonomia entre instâncias punitivas*:

O reconhecimento da autonomia entre instâncias punitivas, no julgamento do "Tema 576 – Processamento e julgamento de prefeitos, por atos de improbidade administrativa, com base na Lei 8.429/92", quando ficou enunciada, pelo STF, a seguinte Tese: "O processo e julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-lei 201/67) não impede sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992, em virtude da autonomia das instâncias"; a partir do julgamento de mérito do processo com repercussão geral, RE 976566, rel. Min. Alexandre de Morais, Tribunal Pleno, j. 13.09.2019, *DJe* 25.09.2019. Decidiu o STF:

> A norma constitucional prevista no § 4º do art. 37 exigiu tratamentos sancionatórios diferenciados entre os atos ilícitos em geral (civis, penais e político-administrativos) e os atos de improbidade administrativa, com determinação expressa ao Congresso Nacional para edição de lei específica (Lei 8.429/1992), que não punisse a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público voltada para a corrupção, e a de todo aquele que o auxilie, no intuito de prevenir a corrosão da máquina burocrática do Estado e de evitar o perigo de uma administração corrupta caracterizada pelo descrédito e pela ineficiência. 3. A Constituição Federal inovou no campo civil para punir mais severamente o agente público corrupto, que se utiliza do cargo ou de funções públicas para enriquecer ou causar prejuízo ao erário, desrespeitando a legalidade e moralidade administrativas, independentemente das já existentes responsabilidades penal e político-administrativa de Prefeitos e Vereadores. 4. Consagração da autonomia de instâncias. Independentemente de as condutas dos Prefeitos e Vereadores serem tipificadas como infração penal (artigo 1º) ou infração político-administrativa (artigo 4º), previstas no DL 201/67, a responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa é autônoma e deve ser apurada em instância diversa. (RE 976566, rel. Min. Alexandre de Morais, Tribunal Pleno, j. 13.09.2019, *DJe* 25.09.2019)

- Sobre a *competência do juízo cível nas ações de improbidade administrativa*:

O julgamento sobre a competência do juízo cível para o julgamento das ações de improbidade administrativa, ausente a competência por prerrogativa de função, com a declaração de inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84, do Código de Processo Penal, pelo STF, na ADI 2797, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 15.09.2005, DJ 19.12.2006.

Pretendia a Lei nº 10.628/2002, que incluiu os §§ 1º e 2º no art. 84 do CPP, "equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República",[327] tendo entendido o STF:

> Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior. 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que

[327] STF, ADI 2797, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 15.09.2005, DJ 19.12.2006.

> ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames. 5. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 C.Pr.Penal, acrescido pela lei questionada e, por arrastamento, da regra final do § 2º do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de improbidade administrativa. (ADI 2797, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 15.09.2005, DJ 19.12.2006)

Daqui em diante, estão, brevemente, alguns destaque de julgamentos sobre o *ne bis in idem*, no Superior Tribunal de Justiça:

- Sobre o *cúmulo entre responsabilidade civil e responsabilidade sancionatória*:

Decisão de distinção entre medida inibitória de conduta danosa (= responsabilidade inibitória / reparatória) e sanção administrativa punitiva (= responsabilidade sancionatória), que podem ser cumuladas, não representando violação ao *ne bis in idem*. Julgou o STJ:

> É possível o manejo de ação civil pública para imposição de obrigação de não fazer e multa cominatória para vedar o transporte de cargas em excesso por vias públicas, sendo presumidos os danos coletivos decorrentes da prática. 3. Inexiste dupla punição (*bis in idem*) pela coexistência de sanção administrativa e ordem inibitória de conduta danosa à coletividade. 4. A razoabilidade da sanção deve considerar o contexto econômico da conduta e não ante sua identificação isolada. (AgInt nos EDcl no REsp 1711805/MG, rel. Min. Og Fernandes, 2ª T, j. 16.03.2021, *DJe* 07.04.2021)

- Sobre o *cúmulo entre processo civil sancionador e processo criminal*:

A possibilidade de cumulação da responsabilidade criminal, com a responsabilidade civil por improbidade administrativa – entendimento consolidado, superada interpretação contrária anterior (REsp 769.811/SP, rel. Min. Francisco Falcão, rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, 1ª T, j. 19.06.2008, *DJe* 06.10.2008; REsp 456.649/MG, rel. Min. Francisco Falcão, rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, 1ª T, j. 05.09.2006, DJ 05/10/2006, p. 237); de forma que, o cúmulo processual e punitivo entre as duas esferas não macula ou viola a proibição ao *bis in idem*. Nesse sentido:

> Quanto à alegação de impossibilidade jurídica do pedido, ao argumento de que a ação civil pública por ato de improbidade não é via adequada para a responsabilização de agentes políticos, que não responderiam por seus atos com base na Lei n. 8.429/92, e sim, por eventuais crimes de responsabilidade [Decreto-Lei nº 201/67], a alegação não deve prosperar. (...) à luz do entendimento consolidado nesta Egrégia Corte, admite-se a responsabilização de agentes políticos nos termos da Lei n.

> 8.429/92, e não ocorre, desse modo, *bis in idem* nem incompatibilidade entre a responsabilização política e a criminal. Nesse sentido: AgInt no AREsp 1.496.528/PB, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 19/11/2019, DJe 29/11/2019 e AgInt no REsp 1.759.308/CE, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 25/6/2019, DJe 27/6/2019. (AgInt no REsp 1856755/SP, rel. Min. Francisco Falcão, 2ª T, j. 22.06.2020, *DJe* 26.06.2020)

- Sobre a *vedação à reformatio in pejus nos processos administrativos sancionadores*:

O reconhecimento da vedação à *reformatio in pejus* nos processos administrativos sancionadores e a violação ao *ne bis in idem* em razão de novo processo disciplinar, instaurado após condenação criminal pelos mesmos fatos. Decidiu o STJ:

> O impetrante respondeu a Processo Administrativo-Disciplinar instaurado em 2002, em que foi absolvido por decisão prolatada no mesmo ano. Posteriormente, veio a ser condenado em processo criminal que teve curso na 3ª Vara Federal de Porto Velho/RO, com início também em 2002, mas cuja sentença foi proferida em 2008. Em decorrência da condenação penal, cuja sentença transitou em julgado em 2010, a Administração instaurou novo PAD, em que o servidor foi demitido. (...) 3. O art. 132, I, da Lei 8.112/90 não determina que ser condenado por crime contra a Administração Pública é uma irregularidade administrativa, mas que as infrações praticadas contra a Administração que também constituam crime devem ser necessariamente punidas com a pena de demissão. 4. Entendimento em contrário levaria a que, por ter praticado uma determinada conduta, o servidor poderia receber uma penalidade administrativa e, após ser condenado penalmente, receber uma segunda punição administrativa. VEDAÇÃO ABSTRATA À EXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM* 5. O STJ entende que, julgado um Processo Administrativo Disciplinar instaurado contra servidor público federal, a revisão da conclusão só poderá acontecer em duas hipóteses: a) existência de vício insanável no PAD, que o torne nulo; e b) surgimento de fatos novos que justifiquem o abrandamento da penalidade ou a declaração da inocência do servidor. 6. O art. 174 da Lei 8.112/90 só prevê a revisão do PAD "quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada" e o parágrafo único do art. 182 é explícito em que "da revisão do processo não poderá resultar agravamento de penalidade". 7. Nesse sentido: MS 17.370/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 10/09/2013; MS 10.950/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Terceira Seção, DJe 01/06/2012. ALEGAÇÃO DE *BIS IN IDEM* NO CASO CONCRETO 8. Procede a alegação de *bis in idem*, pois as infrações pelas quais o servidor foi condenado criminalmente e que seriam a base da demissão aplicada no PAD instaurado em 2010 estavam compreendidas no objeto do PAD anterior, de 2002, em que o impetrante havia sido absolvido. (...) CONCLUSÃO 11. Segurança concedida para anular o ato de demissão do impetrante, com pagamento

> da remuneração devida desde a data do ajuizamento. (MS 17.994/DF, rel. Min. Herman Benjamin, 1ª Seção, j. 14.12.2016, *DJe* 17.04.2017)

- Sobre o *cúmulo entre processo administrativo sancionador e processo criminal*:

A possibilidade de cúmulo entre processo administrativo sancionador e processo criminal, com consequente cumulação de penalidades, sobre o mesmo fato. Em matéria de direito ambiental, decidiu o STJ:

> Segundo a jurisprudência pacífica do STJ, a Lei 9.605/1998 dispõe sobre tipos de infrações e de sanções simultaneamente criminais e administrativos. Aqueles são de competência do juiz criminal; estes, diferentemente, se inserem no âmbito do poder de polícia ambiental da autoridade administrativa. A imposição concomitante das duas modalidades de pena não configura *bis in idem*. (REsp 1533234/SE, rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T, j. 13.12.2016, *DJe* 28.08.2020)

PARTE V

DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

CAPÍTULO VIII

DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: DO MODELO BRASILEIRO PARA O *NE BIS IN IDEM*

8.1 A influência de Alejandro Nieto em nossa interpretação

Toda a construção deste estudo conduz à defesa da posição, que originalmente – mesmo antes do amadurecimento da pesquisa –, despertou a nossa interpretação, junto a Alejandro Nieto, com seu *Derecho Administrativo Sancionador*[328] – este, por sua vez, um estudo de indiscutível força, caracterizado pelo pragmatismo e lucidez na compreensão do Direito Administrativo Sancionador.

A interpretação de Alejandro Nieto foi a nossa primeira consulta ao tema da proibição ao *bis in idem* – o nosso convencimento, a nascer de uma semente plantada desde ali, veio firmar-se, claro, ao longo da pesquisa. Isso porque, o professor espanhol foi, antes, na verdade, o responsável pela escolha do tema objeto desse nosso estudo – que não deixa de ser a continuação da pesquisa realizada em nosso Mestrado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, trabalho publicado, depois, em versão comercial, como o livro "Direito Administrativo Sancionador Tributário".[329]

É que Alejandro Nieto compreende, com absoluta razão, a existência de um núcleo ao Direito Administrativo Sancionador, que define e desenha este nos seus mais destacados contornos, tendo "ficado à espera" de nosso estudo, para agora, o último princípio que realiza esse núcleo, o princípio do *non bis in idem* ou *ne bis in idem*: "El bloque temático central del Derecho Administrativo Sancionador - y, por ende, del presente livro - se encuentra indubitavelmente en los principios de legalidad (con sus dos elementos o corolarios: la reserva legal y el mandato de tipificación), de culpabilidad y de *non bis in idem*".[330-331]

---

[328] NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, 2012.
[329] *Direito Administrativo Sancionador Tributário*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
[330] Alejandro Nieto. *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 25.
[331] Havíamos enfrentado, antes, os princípios da legalidade e da culpabilidade, não incluindo o *ne bis in idem*, dada a complexidade deste tema e a profundidade com que tratamos os outros dois princípios, o trabalho, de então, ganharia uma extensão que não desejávamos. Com o registro também de que a pesquisa que resultou no primeiro livro, destinava-se à matéria tributária, constando, entretanto, de *duas partes*, uma primeira (parte I) destinada ao Direito Administrativo Sancionador e, depois, a pesquisa com a aplicação

Alejandro Nieto sobre "la prohibición de *bis in idem*", dizendo em termos *deliberadamente simplificados*, "que nadie puede ser condenado dos veces por un mismo hecho", e observando como premissa que "desde un punto de vista orgánico, hay que tener en cuenta la posible intervención de dos tipos de órganos represivos, judiciales y administrativos",[332] analiza diversos pontos de vista, possíveis para a compreensão do princípio, dentre os quais, o do concurso de infrações – a partir dos conceitos penais de concurso – sobre o qual *confessa resignadamente*:

> La teoría de los concursos penales constituye un inmejorable marco teórico de referencia, de momento el único fiable de que se dispone, mas forzoso es reconocer que su utilidad ha de ser escasa a falta de prevenciones precisas que le hagan operativo en el Derecho Administrativo Sancionador. De hecho – tal como ha denunciado

dos conceitos então fixados, (parte II) destinada ao Direito Tributário Sancionador ou Direito Administrativo Sancionador Tributário.

Explicamos no livro: "Elegemos para a nossa pesquisa somente os princípios da *legalidade* - e, seu corolário, *tipicidade* - e da *culpabilidade*. Veja-se: outros poderiam ser levantados, é claro. Devemos dizer mesmo que todos os princípios do direito punitivo - ou do direito penal - merecem ser cotejados com o nosso tema, em razão do fundamento que defendemos, do poder punitivo único do Estado. Acontece que elegemos esses apenas porque são o núcleo do Direito Sancionador. E há uma justificativa para essa afirmação. É que na legalidade e na culpabilidade estão os dois blocos de maior afastamento em relação ao Direito Penal. Então, ao mesmo tempo em que tomamos por referências construções dogmáticas e técnicas deste, *os dois princípios que ganham uma conformação quase que completamente distinta de sua origem penal tornam-se os mais relevantes na compreensão do Direito Sancionador*. (...) Esses *princípios que destacamos*, parece, firmam (e respondem) o dilema: '¿cuál es el camino correcto: aplicar al Derecho Administrativo Sancionador los principios del Derecho Penal debidamente adaptados a las peculiaridades de aquél, o construir un Derecho Administrativo Sancionador desde el Derecho Público estatal y, por supuesto y principalmente, desde el Derecho Administrativo, sin olvidar por elle, claro es, las garantías individuales del inculpado?'" (XAVIER, Marília Barros. *Direito Administrativo Sancionador Tributário*, p. 72/73); o questionamento transcrito em espanhol é de Alejandro Nieto (*Derecho Administrativo Sancionador*, p. 26).

[332] Explica, como ponto de partida: "lo que significa que la duplicidad de decisiones – y el correspondiente conflicto – puede surgir, cuando menos, en los siguientes ámbitos:

- entre dos Tribunales penales (cuestión que no va a ser estudiada aquí);
- entre dos Administraciones Públicas o Corporaciones con facultades sancionadoras, asimilada a estos efectos, a una Administración Pública, como es el caso de un Colegio Profesional;
- entre órganos distintos de un mismo ente público; y
- el supuesto más corriente: entre un Tribunal penal y un órgano administrativo; lo que eventualmente puede convertirse en un conflicto no ya entre una sentencia y un acto administrativo sino entre dos sentencias – o entre dos procesos jurisdiccionales –, cuando el acto administrativo sancionador se ha revisado, o está siéndolo, por un Tribunal contencioso-administrativo [o que corresponde ao Poder Judiciário].

A esta pluralidad de fenómenos se corresponde inevitablemente un correlativo fraccionamiento de enfoques metodológicos, puesto que el tema es objeto de preocupación por parte de los penalistas, de los procesalistas, de los laboristas y, por supuesto, de los administrativistas (en este contexto incluidos también los tributaristas), quienes no siempre se conocen debidamente entre sí. (…) Ante la inexistencia de una proclamación legal, la regla surgió, en definitiva, como creación doctrinal, dominada por inequívocas inspiraciones ideológicas (no siempre contrastadas con la realidad) y por mimetismos de Derechos extranjeros. Apurando las cosas, sin embargo, la regla, más que una creación doctrinal, es un producto de la Jurisprudencia, que es el punto más firme de referencia" (NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 429/430) – tais razões já explicavam, aliás, a complexidade do estudo sobre o *ne bis in idem*.

> repetidas veces la doctrina, singularmente Alenza – no existe un mecanismo hábil de articulación entre los mecanismos penal y administrativo de represión, con la consecuencia de que la regla que estamos examinando, teóricamente confusa, en la realidad funciona de manera harto deficiente y por lo común imprevisible. Andamos escasos ciertamente de reflexión jurídica, pero en este campo, más quizás que en ningún otro, se hace necesaria una regulación normativa y un progreso jurisprudencial que doten de contenido preciso a un principio que sigue dominado por impulsos ideológicos y quizás con buenas intenciones pero carente casi por completo de osatura técnica.[333]

De um verdadeiro esforço empreendido por Alejandro Nieto, na busca de uma racionalidade a partir de decisões ou na doutrina, desde estudos do direito penal ou processual, ou de uma sistematização das leis na Espanha, chega a propor, por exemplo, como veremos sobre a pluralidade de processos administrativos sancionadores, os critérios da vontade (da Administração Pública) e da cronologia, como solução,[334] porém, importa, sobretudo, a sua seguinte conclusão – esta que influenciou-nos desde o início:

> En la hipótesis – que es la que parece más plausible – de que la prohibición está vigente y sea aplicable al Derecho Administrativo Sancionador, su operatividad no puede ser intensa dado que, sin necesidad de acudir a los consabidos pretextos de esquiva [a través de las relaciones especiales de sujeción, la diversidad de intereses protegidos y la presencia de autoridades de distinto orden], son enormes las dificultades técnicas de su manejo, comprobándose, una vez más, lo arduo que supone trasladar una dogmática desde el Derecho Penal, en el que fue elaborada, al Derecho Administrativo Sancionador, cuyas circunstancias y condiciones tan diferentes son en este punto de las de aquél. [335]

Por exemplo:

> Por arrastre de una inercia plurisecular se está exigiendo en el Derecho Administrativo Sancionador la concurrencia de las tres identidades que, si tienen sentido en el Derecho Penal, no, desde luego, en el Derecho Administrativo, ya que cuando se trata de un eventual conflicto entre una condena penal y una sanción administrativa, por definición una y otra han de tener distinto fundamento normativo (sin contar con la probable diferencia de los bienes jurídicos protegidos y de los intereses en juego). En consecuencia, si se toma en serio la teoría de las tres identidades – que formalmente nadie se atreve a discutir – hay que terminar poniendo muy en duda las posibilidades de su aplicación práctica al Derecho Administrativo Sancionador. [336]

---

[333] NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 488.
[334] Ibid., p. 478.
[335] Ibid., p. 495.
[336] Ibid., p. 495.

A respeito do sistema espanhol, com a preferência do processo penal frente ao processo administrativo sancionador, conclui, Alejandro Nieto, não ser uma solução ideal, pois: "La regulación concreta de esta regla, tal como ha sido elaborada por la jurisprudencia, deja, en fin, mucho que desear puesto que la precedencia del orden penal sobre el administrativo carece de justificación cuando han intervenido jueces contencioso-administrativos".[337] De fato, em havendo o recurso administrativo – que se destina a julgamento pelo Poder Judiciário, equivalendo a uma ação – não há justificativas para a preferência ou prevalência entre duas competências jurisdicionais destinadas a matérias distintas – na Espanha, uma administrativa e uma penal; se se queira comparar, no Brasil, seria o caso da preferência da competência penal, por exemplo, frente à competência cível no controle jurisdicional dos atos administrativos.

No sistema espanhol, olhada a "dinâmica da regra", tem por solução: "de que no *se apliquen* dos sanciones, el mejor modo de evitarlo es que *no se produzcan*, a cuyo fin lo más eficaz es que *no se tramiten simultáneamente* dos procedimientos".[338] Então, o processo penal tem preferência, frente ao processo administrativo sancionador, ou seja, este deve não existir ou não prosperar, diante da existência daquele. "Axioma que se explica formalmente por la circunstancia de que los tribunales tienen en todo caso una posición prevalente institucional sobre los órganos de la Administración";[339] a crítica de Alejandro Nieto é que:

> Esta justificación carece, sin embargo, de razón de ser cuando la sanción administrativa ha sido revisada por un Tribunal contencioso-administrativo, que en la actualidad forma parte, como se sabe, de la Jurisdicción ordinaria o Poder Judicial en sentido propio, de tal manera que la sanción – sobre todo en el supuesto de que la sentencia revisora haya alterado su contenido administrativo inicial – no es impuesta por un órgano de la Administración sino por un uno del Poder Judicial. [340]

[337] Ibid., p. 496.
[338] Ibid., p. 446.
[339] Ibid., p. 446.
[340] Defendendo: "La verdad es que ya va siendo hora de replantearse esta actitudes y extraer las últimas consecuencias de la naturaleza rigurosamente jurisdiccional de los Tribunales contencioso-administrativos y de la no jerarquización de normas que tienen el mismo rango. El que en la actualidad hayan de revestir las normas penales la forma de ley orgánica podría entenderse, no obstante, como un argumento más en apoyo de la no subordinación a ellas de las normas administrativas en cuanto que cada uno de estos grupos normativos tienen su ámbito propio de actuación que excluye la posibilidad de un conflicto jerárquico" (NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 446/447).

Faz, ainda, outra crítica ao modelo espanhol, em casos de existência de sentença penal condenatória:

> La sentencia condenatoria es el máximo exponente del *non bis in idem* y la consagración de una postura ideológica de carácter inequívocamente garantizador de los ciudadanos: ante la solemnidad y el rigor de los tribunales penales quedan paralizadas para siempre las actuaciones de los humildes órganos administrativos. La realidad, sin embargo, demuestra que las cosas pueden suceder de otra manera y que la regla puede actuar como una auténtica burla de los intereses públicos. Concretamente: cuando las sanciones administrativas son más duras que las penas, para lo que sirve la condena criminal es, en el fondo, para reforzar la inmunidad del infractor.[341]

Pois bem, com essa ainda comparação, queremos apontar que, a tentativa – reconhecida como – melhor elaborada do sistema espanhol[342] para o tratamento à

---

[341] "El supuesto, por lo demás, no es imaginado. Para comprobarlo basta repasar la sentencia de 20 de octubre de 1984 (Ar. 5907; Lorca García). En autos se trataba de una sanción administrativa de cinco millones de pesetas. Pero el infractor tuvo la fortuna de sufrir también un proceso penal que desembocó en una condena de diez mil pesetas. Pues bien, de acuerdo con el mecanismo explicado, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo anuló la sanción de los cinco millones y el infractor quedó liberado con la modesta pena de diez mil pesetas. En los libros suele hablarse de la gravedad del proceso penal en relación con los procedimientos administrativos sancionadores, y así es ciertamente cuando están en juego penas privativas de libertad; pero cuando se trata de penas pecuniarias puede ocurrir que la situación se invierta y que, con ello, el principio de *non bis in idem* se convierta en una burla. (…) «Una explicación a esta inversión da la importancia de las sanciones administrativas y penales – ha escrito Alenza en 2002 – puede ser la circunstancia de que el Derecho Administrativo Sancionador admite le responsabilidad de las personas jurídicas, de mayor poder económico que las físicas». Y también vale la pena recordar aquí la siguiente observación del mismo autor en el mismo lugar: con un adecuado manejo forense de las fórmulas del Derecho Administrativo Sancionador se «deja en manos del avispado infractor la posibilidad de cerrar la vía penal cuando ha sido sancionado por la Administración, cumpliendo la sanción y no recurriéndola: que es lo que sucederá cuando la sanción administrativa no sea más elevada que la eventual sanción penal, sobre todo cuando la sanción administrativa se haya impuesto previa 'negociación' informal ante el responsable y la Administración»" (NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 458).

[342] Olhando também para o sistema espanhol, Helena Regina Lobo da Costa pensou, com uma muito bem fundada investigação: "importante proposta *de lege ferenda*, a se inserir em uma política sancionadora geral, que leve em consideração, ao ser formulada, as diferentes possibilidades de reação fornecidas pelas distintas esferas do direito. Sua adoção em nosso sistema aportaria considerável dose de racionalidade, já que o legislador seria instado a optar entre a via penal ou a administrativa – pois saberá que, criando ilícitos sobrepostos, um deles restará afastado – e, assim, terá de refletir sobre as especificidades e possibilidades de cada âmbito no sentido de atingir as finalidades de prevenção e retribuição. Além disso, deve-se sublinhar que não seriam necessárias mudanças drásticas em nosso sistema para recepcionar essa regra. Após o exame anteriormente efetuado, a adoção dos parâmetros para consolidação do *ne bis in idem* aplicados na Espanha e no Peru parece ser uma possibilidade factível. Assim, sugere-se adotar os critérios de identidade de sujeitos, fatos e efeitos para identificar as hipóteses de aplicação da vedação de cumulação e, igualmente, a prevalência da esfera penal no âmbito processual. (...) Seria necessário, ainda, formular algumas regras específicas para lidar com questões características de certos delitos – como, a título de exemplo, a extinção da punibilidade dos crimes tributários pelo pagamento do tributo ou a realização de acordos administrativos como os termos de cessação de conduta na esfera do CADE ou da CVM. Não obstante seja necessário, pois, alterações legislativas para a adoção da regra, não há como tachar a proposta de utópica ou irreal. Tendo em vista que o atual sistema resulta em grandes paradoxos, conferir-lhe alguma racionalidade parece ser medida fundamental" (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico*

proibição ao *bis in idem* tampouco é suficiente para a segurança jurídica; as diversas outras opções nacionais de tratamento da matéria, como vimos, também não trazem respostas definitivas à complexidade do tema – assim o reconhece o direito comunitário europeu, ao optar por levar em conta a diversidade dos sistemas nacionais, e apontar, por sua jurisprudência mais recente, o reconhecimento da possibilidade ao duplo processamento sancionatório, desde que atendidas a determinadas condições.

8.2 A cultura jurídica brasileira

A diversidade cultural é também aclamada por Alejandro Nieto: "Este régimen, que a los españoles nos parece obvio, dista mucho de serlo ya que caben otros modelos alternativos igualmente plausibles: que el procedimiento sea judicial desde el principio o que la revisión de los actos administrativos sancionadores sea realizada por tribunales penales", por exemplo.[343]

Eis, então, a nossa defesa do *modelo brasileiro*: não há que se partir de uma folha de papel em branco, olhando para outros sistemas jurídicos a procura de respostas para o que poderia servir quanto à proibição ao *bis in idem* no Brasil. Olhamos para o direito comparado, para o direito internacional público e para o direito comunitário, especialmente, na tentativa de melhor compreender a nossa própria realidade, nosso atual sistema positivo, bem como, a realidade da cultura jurídica brasileira, percebendo o que temos, então assim, como podemos melhorar, mas sem a pretensão de forjar um sistema inteiramente novo. Não dizemos também, que o legislador e a jurisprudência não possam providenciar adaptações e melhoras ao nosso sistema: devem fazê-lo,[344] mas nunca desconsiderando os nossos fatores culturais.

---

e direito administrativo sancionador: ne bis in idem *como medida de política sancionadora integrada*, p. 226/227).

[343] NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 575.

[344] Helena Regina Lobo da Costa, analisando o princípio da proporcionalidade como "o fundamento mais firme e seguro para o reconhecimento do *ne bis in idem* relativo às searas penal e administrativa", propõe que, na consideração do subprincípio da necessidade (entre adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), que a própria legislação evite a ocorrência de espaços de sobreposição, por exemplo: "Outra contribuição decorrente da necessidade de consideração da efetividade do meio, seria a diminuição do uso meramente simbólico do direito penal no campo econômico. Sabe-se que o direito penal simbólico nasce especialmente como uma estratégia do Estado para encobrir sua falta de capacidade regulatória e que se insere num contexto de emoção coletiva, já que 'causa boa impressão, não custa nada e cobre politicamente o flanco', razão pela qual seria muito apreciado como medida de marketing político, mas também se revela vazio em termos de efetividade" (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador:* ne bis in idem *como medida de política sancionadora*

Sobre a cultura jurídica, Caio Mario da Silva Pereira diz que olhando para os "diplomas legislativos atuais, ficamos surpreendidos pela sua semelhança. Vencida a barreira da língua, ou da técnica, o jurista de hoje encontra chaves de solução mais ou menos uniformes nas mais distantes legislações"; porém, não chega "esta paridade de problemas e de equações a proporcionar a unificação dos sistemas legislativos", o que seria "um velho anseio dos juristas de boa vontade". Então, conclui: "Os sistemas se diversificam na sua origem histórica, nas suas fontes doutrinárias, na sua estruturação, na sua terminologia, na técnica de trabalho dos seus juristas";[345] e explica: "O trabalho lógico da mente humana consegue, entretanto, reduzir toda essa variedade de 'direitos' a um pequeno número de grupos ou de famílias, da mesma forma que um processo idêntico opera a reunião das línguas em famílias que se distinguem pela aproximação genética".[346]

Exemplo disso é a interessante classificação de Clovis Bevilaqua, sobre quem, atento ao Brasil, explica Caio Mario da Silva Pereira: "Para o ilustre jurista patrício, atua o critério da origem histórica, remontando o moderno direito dos povos ocidentais a uma fase de evolução do direito ariano, e resultando a classificação da incidência dos fatores romano e bárbaro, e da influência canônica. Daí a indicação de quatro grupos"; onde, "Um quarto grupo, que é a inovação do escritor brasileiro, constitui-se dos sistemas latino-americanos, provindos de fontes europeias mais ou menos próximas (Espanha e Portugal), modificados porém sob o impacto de elementos europeus estranhos (francês) apresentando certas ousadias fortes e certas influências democráticas".[347]

---

integrada, p. 216-229); a análise da necessidade das medidas é fator de grande importância, e parece-nos representar também o que colocamos como o princípio da necessidade da pena, dizendo que o cúmulo de sanções – que pesamos ser admissível, ainda que em processos distintos – implica nessa análise, a ser procedida pelo legislador, da função concreta da penalidade, sendo que, somente diante da existência de justificadas funções distintas (= necessidade da pena) é possível a cumulação, quando assim o entenda o legislador e considerando-se a não automaticidade das sanções, ou seja, a independência no caso concreto para a aplicação de cada uma delas.

[345] Para defender a existência de uma unidade de cultura jurídica ocidental – o que é, inclusive o que fortalece o estudo do direito comparado – pelas razões, em síntese: "Mas, transpostos os obstáculos e vencidos os óbices que a diversificação morfo-genética levanta, o jurista [ocidental] de um e de outro grupo verifica que todos eles compõem uma unidade cultural inquebrantável, contida nesta trilogia do pensamento filosófico, político e econômico" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Unidade da cultura jurídica ocidental. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de Minas Gerais, 1954, v. 6, p. 22/33).

[346] "Êste trabalho, que constitui a classificação dos sistemas legislativos, despresa as manifestações particulares, salientando os pontos que traduzem os seus contatos, as suas analogias, e, extraindo deles o denominador comum, logra reduzir os mais variados sistemas a pequeno número de famílias" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Unidade da cultura jurídica ocidental, p. 23).

[347] "O primeiro [grupo] se compõe das legislações que conservaram predominante o seu direito nacional, onde são quase nulas as influências romanas e canônicas (exemplos: países escandinavos, Estados Unidos). No segundo grupo estão os direitos que assimilaram o romano mais ou menos radicalmente, e receberam as influências germânicas e canônicas (direito espanhol, português, italiano). Ao terceiro grupo pertencem os que conservaram mais ou menos distintos os elementos germânico e romano, influenciados pelo

Prova de uma característica própria ao nosso direito é a estrutura existente na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; Edilson Pereira Nobre Júnior narra e contextualiza a hoje chamada, por abreviação, "LINDB": "Entre nós, o Decreto-lei n. 4.657/42, revogando a Introdução ao Código Civil, promulgou uma Lei de Introdução ao modo de diploma autônomo, o que se manteve em descompasso com o direito estrangeiro, revelando-se como uma impropriedade à luz da doutrina".[348]

Além disso, havendo, no Brasil, leis de processo administrativo – leis estas que alcançam "na atualidade, a condição de paradigma do Direito Administrativo contemporâneo", pois, a elas "compete o estabelecimento dos princípios e regras gerais às relações jurídico-administrativas, contendo inclusive normas de aplicação e interpretação" [349] – na nossa cultura jurídica, ocorreu que houve uma ampliação – portanto, também peculiar – na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, por imperativo da evolução jurídica, para uma melhor disciplina do Direto Público:

> Constitui-se numa praxe, iniciada com a codificação dos franceses, a de que as disposições ou títulos preliminares ou introdução não só contivessem artigos relativos ao Direito Civil. Para tanto, contribuiu o caráter de direito comum que o Direito Civil ostenta e que deriva da sua precedência sobre os demais ramos jurídicos. Igualmente, no que concerne à expansão para o Direto Público, tal restou facilitado pela inexistência de uma legislação administrativa sistematizada numa lei geral. Por isso, a nossa Lei de Introdução ao Código Civil (atualmente, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), contém dispositivos sobre a vigência e aplicação das normas com pertinência ao ordenamento como um todo, indistintamente, aos segmentos do Direito Privado como do Direito Público. [350]

canônico, para se fundirem mais tarde (direitos da França, Alemanha, Bélgica, Holanda, Suíça)" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Unidade da cultura jurídica ocidental, p. 23).

[348] "É preciso recordar que um ponto alto e inicial do Estado Liberal de Direito consistiu nas codificações, as quais albergavam a pretensão de completude do ordenamento jurídico. Precisamente por isto, os Códigos Civis, com o pioneirismo cronológico do Código Civil Francês (1084), optaram pela técnica de preceder aos seus dispositivos um Título Preliminar (art. 1º a 6º). O exemplo foi seguido, apenas com variação semântica, pelos Códigos Civis da Itália (1865), da Argentina de 1869 (Títulos Preliminares, Título I, arts. 1º a 22), da Espanha de 1889 (Título Preliminar – Das normas jurídicas, sua aplicação e eficácia, arts. 1º a 16) e pelo Código Civil de 1916, a cujos preceitos antecederam uma Introdução (arts. 1º a 21)"; sendo ainda que as codificações que sobrevieram a nossa Lei de Introdução, ao modo único de diploma autônomo, "mantiveram a técnica original, conforme se vê pelos Códigos Civis da Itália de 1942 (Disposições sobre a lei em geral, arts. 1º a 31), de Portugal de 1966 (Título I – Das Leis, sua Interpretação e Aplicação, arts. 1º a 65º) e pelo argentino de 2015 (Título Preliminar, arts. 1º a 18)" (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *As normas de direito público na lei de introdução ao direito brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do direito administrativo*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019, p. 27/28).

[349] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *As normas de direito público na lei de introdução ao direito brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do direito administrativo*, p. 29.

[350] "Considerando-se que inexiste monopólio da União para estabelecer normas gerais sobre o Direito Administrativo, à míngua de autorização do art. 22 da Constituição Federal, bem como frente ao reconhecimento da autonomia administrativa a todos os entes políticos da federação, a convicção sobre a aplicação além da esfera federal dos arts. 21 a 30 da LINDB somente se sustenta pela singularidade de

Recentemente, e noutro ponto, Daniel Francisco Mitidiero lembra que a cultura tem uma relação "ainda mais evidente se procurarmos evidenciá-la a propósito do direito processual civil, 'ramo das leis mais rentes à vida', consoante anota Pontes de Miranda no prólogo de seus opulentos Comentários ao Código de Processo Civil".[351]

Então, as características de um povo, claramente, influenciam a construção dos seus institutos jurídicos: "Tome-se como exemplo a carga eficacial das ações (de direito material) e das sentenças preponderantemente mandamentais. Embora de pré-forma alemã, a eficácia mandamental (diria Luiz Guilherme Marinoni, a técnica processual mandamental), tal como a concebemos hoje, é produto da ciência jurídica brasileira"; legado do "trato com o imperativo, dado que a vontade de mandar e a disposição para cumprir ordens eram mesmo peculiares aos portugueses e espanhóis", o que "talvez não só explique a construção da carga eficacial mandamental, mas também o excelente êxito do nosso mandado de segurança" [352] – para dizer de mais um exemplo.

Dissemos tudo isso à guisa de contextualização da força da cultura no direito – como explicamos no ponto "dignidade da pessoa humana, racionalidade e cultura jurídica" –, para alertar que: deve, a cultura nacional, ocupar o seu espaço devido em um sistema jurídico, respeitando-se o modo de pensar e decidir de seus juristas e legisladores.

Defende também Fábio Medina Osório:

> O certo, porém, é que cada sistema nacional punitivo pode constituir suas próprias normas, com espaços soberanos de conformação legislativa dos institutos, dos ilícitos, das penas, das regras e princípios que presidem seu funcionamento, inclusive no tratamento das peculiaridades dos processos punitivos e das interfaces entre as instâncias. Além disso os sistemas enfrentam substratos culturais e sociais distintos, com demandas e necessidades diferenciadas, donde a importância de reconhecer funcionalidades distintas do *non bis in idem*, que não há de ser idênticos em todos os modelos onde esteja consagrado, porque as normas superiores provenientes do Direito Internacional ou, no caso específico, do Direito Comunitário Europeu, apesar de fixarem limites e diretrizes, não estabelecem modelos padronizados com rigidez e incapacidade de ajuste. Analogamente,

---

conterem o desenvolvimento dos princípios que a Lei Maior consagrou para a regência da Administração Pública, fazendo em Títulos que se impõe à observância também pelo Distrito Federal, Estados e Municípios" (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *As normas de direito público na lei de introdução ao direito brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do direito administrativo*, p. 28-31).

[351] MITIDIERO, Daniel Francisco. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil. *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, 2004, n. 33, pp. 484/510, p. 485.

[352] MITIDIERO, Daniel Francisco. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil, p. 487/488.

> pode-se dizer que o sistema federal norte-americano segue a mesma trilha, ao abrigo da cláusula constitucional do devido processo legal.[353]

Portanto, nossa compreensão, partindo da racionalidade do poder punitivo do Estado e do conceito de dignidade da pessoa humana, como limites ao sancionamento e para a interpretação do *ne bis in idem*, não perde de vista – isso é importante – o *fundo ético-cultural da nossa sociedade*, expresso nas escolhas do constituinte e, nos limites impostos por este, do legislador infraconstitucional.

8.3 O modelo brasileiro de Direito Administrativo Sancionador

a. A decisão do legislador constituinte no art. 37, § 4º, da Constituição Federal

Na Constituição, disso não há dúvida, estão as primeiras escolhas legislativas sobre a atividade punitiva do Estado, com definições sobre quais e como bens jurídicos são protegidos, bem como, sobre quais e como direitos podem sofrem restrições, no exercício do *ius puniendi*, desde limites também ali postos.

Na Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte não dispôs expressamente sobre o *ne bis in idem*, mesmo para o direito penal, tampouco para o direito administrativo sancionador; também dos tratados internacionais vigentes no Brasil, o direito administrativo sancionador, a bem da verdade, não está definido quanto ao *ne bis in idem*.[354]

---

[353] OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, p. 333.

[354] Lembramos, na explicação de Helena Regina Lobo da Costa, que, no sistema punitivo brasileiro, há somente o "reconhecimento da norma no Código Penal, no que se refere à extraterritoriedade da lei brasileira, e no Estatuto do estrangeiro, relativamente à extradição. Também a previsão trazida pelo art. 8º do Código Penal, no sentido de que a pena cumprida no estrangeiro deve atenuar ou ser computada à pena imposta no Brasil, pode ser tida como o reconhecimento legislativo de uma das decorrências da proibição do *bis in idem*"; acrescentando, a respeito do cenário que alcança o Brasil, no âmbito do direito internacional público: "Em âmbito regional, o Pacto de San José da Costa Rica prevê o princípio (art. 8.4), mas restrito à seara penal: 'O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos'. (...) O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas também prevê a regra em seu art. 14, inc. 7, mas sua aplicação restringe-se à esfera penal"; nos dois casos havendo alguma flexibilização para ilícitos além do penal, mas de todo modo, "os tratados internacionais que vinculam o Brasil não fornecem elementos claros a embasar o estabelecimento da proibição de aplicação de pena e sanção administrativa aos mesmos fatos" (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador:* ne bis in idem *como medida de política sancionadora integrada*, p. 186/187).

Decidiu, entretanto, de maneira clara, o constituinte da Carta Federativa de 1988, no § 4º do art. 37, o seguinte: "Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível".

O art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988 representa, dentre outras coisas, nada menos que o conceito de *ne bis in idem* para o direito administrativo sancionador brasileiro – dizemos sem medo de errar.

Eis, então, a decisão do constituinte para o modelo brasileiro de *ne bis in idem* que inclua, parte que é do *ius puniendi*, o direito administrativo sancionador – acolhendo toda a nossa fundamentação até aqui.

Disse o constituinte da Carta de 1988, como consequência para pessoas físicas – dada a natureza da sanções –, por condutas contrárias à probidade na Administração Pública: de uma *responsabilização sancionatória* (penas de suspensão dos direitos políticos e perda da função pública); de uma *responsabilização reparatória* (ressarcimento ao erário); e de uma *potestade cautelar* (indisponibilidade dos bens).

Disse também que o exercício de tais poderes para responsabilizações seria feito na *forma* e gradação previstas em *lei* e sem prejuízo da *ação penal* cabível.

Pois bem. Define, o constituinte, *duas responsabilizações sancionatórias*, a serem realizadas com distinção processual – por assim dizer, uma responsabilização "outra", porque sem prejuízo da *ação* penal –, em razão dos mesmos fatos, portanto: (i) uma, por ato de improbidade administrativa; (ii) uma segunda, por um possível ilícito penal.

Decidiu, então, o constituinte quais responsabilizações recaem sobre o ato de improbidade, *não impedido*, uma responsabilização de natureza sancionatória, o cúmulo com um segundo processo também sancionador, o penal; não há dúvida da escolha, nesse sentido expressa, pelo duplo processamento sancionador para tal hipótese.

Agora, lembremos, que "atos de improbidade administrativa" de que trata o art. 37, § 4º da Constituição Federal, não é um conceito isolado, mas que compõe o direito administrativo sancionador: é o antecedente normativo (= infração) de um tipo sancionador exercível por uma *potestade administrativa*.

Do signo *potestade administrativa sancionadora* e, por isso, do conceito de direito administrativo sancionador, tratam o art. 37, § 4º da Constituição Federal; com a observação de que falando da leitura do texto constitucional, portanto, de antes do

reconhecimento expresso da matéria (direito administrativo sancionador) na Lei de Improbidade Administrativa (art. 1º, § 4º)[355], pela reforma da Lei nº 14.230/2021.

A responsabilização sancionatória é a realização do *ius puniendi*, o que somente é possível materialmente pelo *direito penal* ou pela *Administração Pública*, pois o Estado: (i) pune para proteger a sociedade; e (ii) pune para proteger sua própria atuação, quando, protege a si mesmo, mas no interesse da coletividade – não há uma terceira razão ou justificação, desde a divisão de poderes, para o exercício do *ius puniendi*; o que faz perceber, aliás, também o conceito (mal compreendido) de sanção materialmente administrativa, enunciado por Fábio Medina Osório.

Importante notar que o constituinte opta por atribuir ao legislador infraconstitucional a decisão sobre a *forma*, ou seja, o processo instrumento para a responsabilização por atos de improbidade administrativa; o que quer dizer que o constituinte não definiu o processo civil sancionador, quem o fez foi o legislador infraconstitucional.

A responsabilização por ato de improbidade administrativa, como se percebe da redação do art. 37, § 4º da Constituição Federal, poderia vir a ser feita em sede de um *processo administrativo* (veremos melhor a seguir); se veio a decidir, o legislador infraconstitucional, por realizá-la na *forma* de um processo civil, isso não muda o conceito de *ius puniendi*, tampouco deixa de significar o direito administrativo sancionador.

Portanto, a decisão do constituinte pelo duplo processo sancionador diz mais que dos atos de improbidade administrativa, diz do direito administrativo sancionador, da potestade sancionadora que "ocupa" o *ius puniendi* em paralelo ao direito penal.

O art. 37, § 4º da Constituição Federal significa uma decisão pelo duplo processamento sancionador, *na presença* do direito administrativo sancionador.

Respondendo a toda a fundamentação da tese, nos capítulos anteriores, ousamos dizer: não fere à proibição ao *bis in idem* o duplo processamento sancionador, tendo essa sido a escolha do constituinte brasileiro para o direito administrativo sancionador.

E a interpretação da decisão do constituinte vista, por assim dizer, "por dentro" do direito administrativo sancionador – e não só em paralelo ao direito penal – , ou seja,

---

[355] "Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelará a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei. (...)
§ 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador" (Lei nº 8.429/1992).

entre processos administrativos sancionadores, tampouco deve ser outra, porque da redação do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, não há exceção ou norma que diga em sentido contrário.

O sistema jurídico brasileiro (repetimos) admite o duplo processo sancionador ou materialmente penal (como vimos): *na presença do direito administrativo sancionador*.

Eis o modelo brasileiro de direito administrativo sancionador para o *ne bis in idem* – acolhendo toda a nossa fundamentação, desde a filosofia, das justificações e conceitos penais, processuais e no direito administrativo sancionador, também na compreensão cultural e da liberdade de escolhas legislativas em um Estado, além da realidade das mais recentes interpretações – conclusões de uma saga, sem exagero no nome – no direito comparado, que terminaram por confirmar a aguçada compreensão que inspirou o início desta pesquisa, por Alejandro Nieto.

b A decisão do legislador infraconstitucional para o Processo Civil Sancionador

Pois bem, o constituinte definiu, no art. 37, § 4º, da Carta de 1988, que o ato de improbidade administrativa e o ilícito penal podem originar duas responsabilizações sancionadoras ou materialmente penais (como vimos) sobre os mesmos fatos; dizendo com quais sanções deve responder aquele que venha a ser condenado por atos de improbidade administrativa e determinando que tais sanções sejam aplicadas "na forma e gradação previstas em lei".

A Constituição Federal, portanto, atribuiu ao legislador infraconstitucional a decisão sobre a *forma* para a responsabilização por atos de improbidade administrativa, decidindo expressamente, quanto ao processo, somente, que se realize "sem prejuízo da ação penal cabível".

Poderia, então, o legislador infraconstitucional ter optado em realizar a responsabilização por ato de improbidade administrativa por meio da função administrativa, ou seja, na competência de um processo administrativo sancionador?

Pensamos que sim.

O legislador infraconstitucional, por exemplo, faz uma opção nesse sentido para a responsabilização das pessoas jurídicas na Lei Anticorrupção, quando "dividiu" a responsabilização sancionatória, com a previsão de parte das sanções para o processo

administrativo sancionador e outra parte das sanções administrativas para o processo civil sancionador.[356]

A Lei Anticorrupção, como dissemos antes, foi elaborada para atender à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 2003, e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.687/2006, exigindo a adequação legislativa dos países signatários para a responsabilização de pessoas jurídicas pela práticas de atos de corrupção, mas, conforme os princípios de cada ordenamento jurídico interno.

A responsabilização das pessoas jurídicas poderia ter "índole penal, civil ou administrativa", nos termos do artigo 26 da Convenção, tendo o Brasil elaborado a Lei nº 12.846/2013, com a responsabilização – não só pelos mesmos fatos, mas pelos mesmos tipos sancionadores (art. 5º da Lei nº 12.846/2013) – "dividida" em dois processos, um cível e um administrativo, ou seja: para *uma infração*, haverá *dois processos sancionadores*.

A lógica processual da Lei Anticorrupção já demonstraria, por si só, o modelo brasileiro para o reconhecimento do duplo processamento sancionador; inclusive, se olhado somente o direito administrativo sancionador, como é o caso, sem paralelismo ao direito penal.

No processo administrativo sancionador da Lei Anticorrupção estão previstas as sanções de multa e publicação extraordinária da decisão condenatória (art. 6º da Lei nº 12.846/2013); tendo sido destinadas, as sanções restritivas de direitos – possivelmente mais gravosas –, para aplicação no processo civil sancionador, por exemplo: suspensão ou interdição parcial de atividades e a dissolução da pessoa jurídica (art. 19 da Lei nº 12.846/2013).

Agora, fazemos uma observação considerando as decisões do legislador brasileiro, no tempo: a Lei de Improbidade Administrativa é anterior à Lei Anticorrupção,

---

[356] A competência para o processo administrativo sancionador da Lei nº 12.846/2013 ficou definida da seguinte forma – como também poderia ser na competência, se da hipótese de um processo administrativo sancionador por atos de improbidade administrativa:
"Art. 8º A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa.
§ 1º A competência para a instauração e o julgamento do processo administrativo de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica poderá ser delegada, vedada a subdelegação.
§ 2º No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União - CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento" (Lei nº 12.846/2013).

tendo o legislador infraconstitucional, quando da elaboração da Lei nº 8.429/92, já decidido por aplicar sanções, no âmbito do sistema de combate à corrupção, para a responsabilização de pessoas físicas, em uma forma processual, então, "criada", a Lei Anticorrupção acompanhou o modelo do processo civil sancionador; criando, esta, por sua vez, um formato de dois processos para uma mesma responsabilização (= infração), na cumulação do processo administrativo sancionador com o processo civil sancionador.

Há outras normas nas quais o legislador infraconstitucional decidiu por usar a *forma* do processo administrativo sancionador, inclusive para a responsabilização de pessoas físicas, também no sistema de combate à corrupção, aplicando, assim como prevê a Lei de Improbidade Administrativa, graves sanções restritivas de direitos.

Este exemplo está nas leis destinada ao regramento de licitações, que não deixam de integrar o sistema de combate à corrupção, nelas vendo-se sanções de funções concretas semelhantes às sanções aplicadas na Lei Anticorrupção e na Lei de Improbidade Administrativa – sanções restritivas de direitos, como suspensões temporárias e impedimentos –, porém, realizadas no processo administrativa sancionador, mesmo alcançando também pessoas físicas; o que ocorre, de maneira direta, na Lei das Estatais (art. 84 da Lei nº 13.303/2016), ou, através da desconsideração da personalidade jurídica, na Lei Geral de Licitações e Contratos (art. 160 da Lei nº 14.133/2021).

Isso confirma tratar-se somente de uma escolha legislativa, seja para o processo administrativo sancionador ou para o processo civil sancionador, este, modelo processual peculiar ao Brasil.

E demonstra o que dizemos sobre a possibilidade deixada pelo constituinte, no art. 37, § 4º, da Carta de 1988, para o legislador infraconstitucional na realização da responsabilidade sancionatória por atos de improbidade, que poderia vir a ter sido uma responsabilidade administrativa – em nenhuma hipótese, deixando de representar o direito administrativo sancionador.

Sendo próprio ao Brasil, desde uma perspectiva cultural, o modelo do processo civil sancionador gera estranhamento, na doutrina tanto administrativista, como processualista; estranha-se o conceito de sanção administrativa, porque fora da função administrativa, e quer-se dizer de uma ação civil pública, o que a ação de improbidade administrativa nunca foi.

A validade e utilidade de conceitos neste modelo brasileiro desafia a doutrina diante de uma escolha legislativa, portanto. A ciencia, entretanto, não abandona suas categorias, a ela devemos buscar, com nosso melhor rigor.

Então, acrescentamos: a explicação do conceito material de sanções administrativas, no modelo brasileiro, tem suporte, por adição, em um outro conceito, compreendido por nós, no cenário do Direito Administrativo Sancionador e no atual momento da sociedade global – possível dizer, na pós-modernidade: o conceito de *sanções de natureza administrativa*.

Isso veremos na sequência.

Noutro giro, mas ainda cogitando hipóteses: poderia o legislador infraconstitucional, ainda, ter disciplinado o sistema de combate à corrupção em um mesmo e único diploma legislativo, alcançando a responsabilização de pessoas físicas e de pessoas jurídicas, reunidas, portanto, as matérias da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção, para a aplicação de sanções do direito administrativo sancionador? Poderia essa reunião de responsabilidades ser feita inteiramente na *forma* de um processo administrativo sancionador?

Respondemos que sim para as duas perguntas.

O estudo da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção, na verdade, deve ser feito de maneira conjunta (insistimos).

Desde a escolha feita pelo legislador infraconstitucional brasileiro na Lei de Improbidade Administrativa, do ponto de vista processual, pensamos, o critério decisivo na classificação desses dois diplomas legislativos de responsabilização sancionatória das pessoas físicas e das pessoas jurídicas por atos contra a Administração Pública, não se trata, *em última análise*, do pertencimento ou não pertencimento ao sistema processual de tutelas coletivas – ainda que deste possam fazer parte, como argumentamos antes.

Mas sim, de comporem, a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção, juntas, uma *classe processual* que de nome – desde o nome do direito material que realiza – Processo Civil Sancionador.

Portanto, um "novo" microssistema processual, que defendemos ser *formalmente civil* e *materialmente penal*, como explicamos nos capítulos anteriores, demonstrando agora, a decisão do legislador infraconstitucional no modelo brasileiro para o direito administrativo sancionador.

c O modelo constitucional brasileiro para o *ne bis in idem*

Desde o modelo brasileiro de direito administrativo sancionador, portanto, reconhece-se a decisão do constituinte, bem como, a decisão do legislador infraconstitucional, enquanto *conceitos* que definem o exercício do *ius puniendi*, implicando que: o duplo processamento sancionador não vulnera o *ne bis in idem*.

É dizer: na presença do *direito administrativo sancionador*, por decisão do legislador constituinte brasileiro, em única (= sem exceção) e clara expressão (art. 37, § 4º da Constituição Federal de 1988), sem definir a forma processual, admite no exercício do *ius puniendi* o conceito ou modelo de *duplo processamento sancionador*.

O conceito adotado pelo constituinte simboliza o direito administrativo sancionador, em sua inteireza – e não uma parte dele (como se poderia argumentar, da tutela da probidade); simboliza o duplo processamento sancionador na proteção do interesse público ou coletivo: que é, na verdade, *todo* o Direto Administrativo Sancionador, pois que este não atua em favor de interesses individuais, mas sempre da coletividade, da regulação social, da prevenção de riscos coletivos, da realização, enfim, da gestão pública – o que deve ser compreendido, ainda, diante de elementos empíricos e tendo em conta a nossa atual sociedade.

A gestão pública – no interesse público e coletivo – é a razão, em si, do Direito Administrativo Sancionador.[357]

---

[357] É premissa que fundamenta todo o raciocínio de Alejandro Nieto, da qual decorre suas definições, por exemplo, de "administrativização" e "giro administrativo" para o Direito Administrativo Sancionador – nós também, disso não resta dúvida, a adotamos como importante premissa, desde o nosso livro Direito Administrativo Sancionador Tributário.

Alejandro Nieto, já no início de seu livro, dedica um ponto a explicar: "El Derecho Administrativo Sancionador actual – contaminado, sin duda, por las preocupaciones ideológicas constitucionales y por la tradición penalista – se autoproclamó de inmediato defensor a ultranza de los derechos y garantías individuales (…). Actitud loable, desde luego, pero sesgada y parcial habida cuenta de que por imperativo constitucional la tarea primordial de la Administración es la *gestión* (y defensa) de los intereses públicos y generales; lo que en absoluto corresponde a los tribunales de Justicia sometidos «únicamente» a la Ley y al Derecho. (…) El progreso sustantivador del Derecho Administrativo Sancionador ha de conducir inevitablemente a una mayor atención de la actividad administrativa originaria, es decir, a la protección de los intereses generales, sin prejuicio del respecto a la Ley. Esto es obligado porque de otra suerte – y tal como está sucediendo ya – se confunde el objetivo con el instrumento. Para los jueces, y en especial tratándose de la jurisdicción criminal, la legalidad es la defensa de los derechos y garantías de quienes han atacado los bienes jurídicamente protegidos; mientras que para la Administración, y muy particularmente en su vertiente sancionadora, el objetivo, como se ha repetido, es la protección y defensa de los intereses públicos y generales, operando la ley y el Derecho como un límite del ejercicio de su actividad, no como un fin de contenido propio. Hay que recuperar, por tanto, este objetivo fundamental pues que, de otra suerte, no valdría la pena haber otorgado a la Administración la potestad sancionadora y sería más propio encomendársela directamente a los tribunales" (NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 152).

E ainda que diga, o constituinte, da matéria – presente, aliás em toda a gestão pública – probidade, *elege* um *conceito processual*, o duplo processo sancionador, desde o direito administrativo sancionador.

Dizemos sem medo de errar: o Brasil admite o duplo processamento sancionador, conceitualmente, para *todo* o direito administrativo sancionador. Eis o modelo brasileiro para o *ne bis in idem*.

Noutro giro, por decisão do legislador infraconstitucional, o sistema brasileiro admite, no exercício do *ius puniendi*, o conceito ou modelo de um *processo materialmente penal* (= sancionador) na função jurisdicional de *competência cível*, que se pode – ou se deve, em razão do direito material que realiza – chamar de *processo civil sancionador*.

Em tais conclusões, partimos do – ou chegamos no – elemento cultural, como em nossa epígrafe da tese, para lembrar das "coisas que o povo diz", como estudou Câmara Cascudo: *Vox Populi, vox Dei*;[358] da sabedoria popular, em compreender a força do elemento cultural de um povo – voz do povo, voz de Deus – encontram-se, no Estado e no Direito, também escolhas e decisões.

Esse sistema, entretanto, (i) deve ser melhor compreendido quanto à vertente material do *ne bis in idem*, que impõe um núcleo intangível na *técnica de desconto* entre penas; bem como, (ii) pode ser aperfeiçoado pelo *relacionamento entre processos sancionadores*, a exemplo da decisão no Supremo Tribunal Federal na Rcl 41557,[359] em matéria fática e probatória, com (a) o refinamento da interpretação sobre coisa julgada e questões prejudiciais (vimos antes) a respeito dos processos sancionadores, como também (b) pela coordenação e informação entre órgãos (veremos a seguir) com competência para processos sancionadores; representando, essa racionalidade, a mais contemporânea – e realista – compreensão a respeito da complexa "saga do *ne bis in idem*" em que se faça presente o Direito Administrativo Sancionador, também se se olha para o direito comparado.

8.4 Pluralidade de processos administrativos sancionadores

[358] CASCUDO, Luís da Câmara. *Coisas que o povo diz*. Voz do Povo, Voz de Deus. Rio de Janeiro: Bloch Editores, 1968.
[359] Rcl 41557, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 15.12.2020, *Dje* 09.03.2021- estudamos em *ne bis in idem* no Brasil.

Mercedes Pérez Manzano explica que a manifestação mais conhecida do *ne bis in idem* "se proyecta sobre la acumulación de sanciones de carácter administrativo y penal, de modo que evitar dicha duplicidad sancionadora constituye su finalidad fundamental".[360]

Porém, igualmente importante é a cumulação entre *sanções administrativas*.

Observa Alejandro Nieto: "La inseguridad jurídica resultante de la regla que estamos comentando se agrava aún más cuando se trata de varias sanciones administrativas. El problema ha asomado ya al hilo de la determinación de las «autoridades del mismo orden». Pero aquí no acaba la cuestión".[361]

Nieto propõe uma bem elaborada construção teórica – característica ao autor –, que pensamos deve ser aproveitada aqui; desde que, no cúmulo de processos administrativos sancionadores, não se distingue, de início, o nosso sistema do sistema espanhol, devendo-se proceder, de todo modo, a um ajuste para a racionalidade do modelo brasileiro.

Eis a explicação:

> En la legislación administrativa es frecuente la presencia de *dos tipificaciones que sólo coinciden parcialmente*, es decir que en una se añade o suprime o se altera un elemento de la otra. Un precepto califica de infracción y sanciona la contaminación de una corriente de agua, mientras que el otro califica y sanciona la contaminación del agua *potable*: en esta circunstancia varía el objeto de la acción. Un precepto califica de infracción y sanciona el vertido de aguas residuales en el mar sin instalaciones adecuadas mientras que otro describe la misma acción pero referida a establecimientos *turísticos*: en esta circunstancia varía el sujeto. Un precepto califica de infracción y sanciona el ejercicio de caza en días vedados, mientras que otro añade el dato de que se trate, además, de *días de fortuna* (es decir, con niebla o nieve): aquí varían las circunstancias.[362]

Essa compreensão é um mecanismo para que se identifiquem as infrações, os tipos, ou melhor, o *idem*, como os fatos e fundamentos, que compõe o princípio *ne bis in idem* – especialmente, entre as sanções administrativas:

> En todos estos supuestos nos encontramos con *dos tipos*, puesto que no es lo mismo contaminar una masa de agua potable que una corriente de agua no potable. En consecuencia, y de acuerdo con lo que atrás se ha escrito, habría que considerar como cometidas dos infracciones. Ahora

[360] MANZANO, Mercedes Pérez. *Manual de Introducción al Derecho Penal*, p. 84.
[361] NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo sancionador*, p. 475.
[362] NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo sancionador*, p. 477.

> bien, aquí sucede que una de tales infracciones no se puede cometer independientemente de la otra o, mejor todavía, la simple es independiente de la agravada o modalizada, pues el tipo de esta última *contiene todos los elementos* de la primera (más alguno añadido, claro está).[363]

Ocorre de haver, então, dentre processos administrativos sancionadores, tipicidades que podem ser simbolizadas como "círculos concêntricos" em seus elementos, na definição dos tipos infracionais. De maneira que, praticados os elementos de um tipo, pode também outro tipo realizar-se, integral ou parcialmente:

> En estas condiciones hay que concluir que en la misma comisión de la infracción simple no hay problema, puesto que no concurre la infracción agravada; mientras que en la comisión de la infracción agravada, aunque realmente no haya cometido también la infracción simple, jurídicamente este dado no tiene relevancia porque ya está tenido en cuenta en el tipo (por así decirlo, la norma ya lo sabía) y ha señalado una sola sanción que comprende – si es que se quiere formular en tales términos – el castigo de la infracción agravada.[364]

Para Nieto, em hipóteses tais, deve um tipo – simples ou agravado, inclusive – excluir o outro: "*En definitiva, en el supuesto de tipos parcialmente coincidentes la aplicación de uno excluye la del otro en que se contemplan los mismos elementos que ya aparecen en el aplicado*".[365] Nisso, entretanto, reconhece o autor, uma dificuldade prática, que deve se resolver no momento da aplicação da sanção – entendendo ser possível, também, (repetimos) que o tipo simples excluísse o tipo agravado:

> Cuando el órgano sancionador es el mismo para las infracciones, resulta casi inimaginable que instruya simultáneamente dos expedientes (uno por caza vedada y otro por caza vedada en días de fortuna). Pero, cuando los órganos sancionadores son distintos y no están debidamente coordinados, es muy probable que se inicien simultáneamente y tramiten paralelamente los dos expedientes (por las Consejerías de Obras Públicas y de Turismo, en el ejemplo anterior de contaminación de aguas) y ninguno de ellos acceda a inhibirse en beneficio del otro. La cuestión habrá de abordarse y resolverse, entonces, en el momento de la resolución.[366]

E há ainda as hipóteses em que não se trata de "círculos concêntricos", mas sim de "conjuntos" (= tipos) que se sobrepõem igualmente, nos elementos dos tipos

[363] Ibid., p. 477.
[364] Ibid.
[365] Ibid.
[366] Ibid.

infracionais,[367] ou são, mesmo, tipos idênticos,[368] repetidos nas leis que dispõem sobre o exercício do poder de punir pela Administração Pública.

Pois bem, o manejo do *ne bis in idem* desde o conceito penal, na verdade, quando no Direito Administrativo Sancionador não autoriza "a concebir esperanzas desmedidas";[369] para os processos administrativos:

> Lo normal es que, tratándose de dos infracciones administrativas, cada una de ellas se tramita y resuelve por órganos (y aun entes) distintos: lo que impide que uno de ellos (¿cuál habría de ser?) aplique una sanción absorbente o exasperada, ya que ello supondría que un órgano cediere su competencia en favor de otro; y ni siquiera hay un mecanismo de este tipo.[370]

Nos caos em que: "dentro del Ordenamiento administrativo nos encontramos con dos normas tipificadoras concurrentes y, para llegar a elegir cuál es la aplicable, no nos sirve ninguno de los criterios" – por exemplo, especialidade, subsidiariedade, alternatividade – propõe Alejandro Nieto: "En tales supuestos – y en contra de lo que sucede en el Derecho Penal – me atrevo a conjeturar que debe resolverse el conflicto con los criterios combinados de la voluntad y de la cronología".[371]

O "critério da cronologia" diz respeito à prevalência de um único processo sancionador, como é a regra no sistema espanhol, quanto ao processo penal – "una vez que tiene lugar el primer pronunciamiento, se pone en marcha el criterio cronológico, dado que el sancionado puede alegar la prohibición del *bis in idem* para impedir la segunda sanción y, si llega a imponerse, será nula";[372] o que não se aplica no nosso sistema.

Quanto ao "critério da vontade":

> Primero pesa la voluntad de la Administración (o de las Administraciones) que puede iniciar un expediente u otro (o los dos) al amparo de las dos normas en juego, igualmente válidas y, a estos efectos, igualmente aplicables. Constatada de oficio o a instancia de partes esta duplicidad de trámites, si se trata de órganos distintos de una misma Administración, el superior jerárquico común decidirá cuál de los dos debe continuar y cuál debe ser paralizado, o si deben continuar

[367] Por exemplo, na Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846/2013, a tipicidade das condutas "no tocante a licitações e contratos" art. 5º, inciso IV.
[368] Por exemplo, na Lei Geral de Licitações e Contratos, Lei nº 14.133/2021, há uma tipicidade por remissão à Lei Anticorrupção, de forma que os tipos se repetem: "Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações: (...) XII - praticar ato lesivo previsto no art.5º da Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013".
[369] NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo sancionador*, p. 478.
[370] Ibid., p. 479.
[371] Ibid., p. 478.
[372] Ibid., p. 478.

> a los dos. Tratándose de dos Administraciones distintas, cada una de ellas decidirá por separado si paraliza o si continua el expediente. [373]

Diante disso, ousamos também conjecturar que, dada a pluralidade de processos administrativos sancionadores, em havendo os mesmos sujeitos e mesmos fatos, estes definidos em *tipos parcialmente coincidentes* ou *tipos integralmente coincidentes*, podem ser considerados como critérios ao *ne bis in idem* no sistema brasileiro a *coordenação entre processos* e a *técnica de desconto*.

Pela coordenação entre processos, entendemos, a Administração Pública, pode, nos casos autorizados, avocar uma competência para o processamento sancionatório – por exemplo, há previsão nesse sentido, no art. 8º, § 2º, da Lei Anticorrupção[374] –; e deve, em havendo determinação legal, reunir procedimentos sancionatórios para serem apurados e julgados conjuntamente – nesse sentido o art. 159, da Lei Geral de Licitações e Contratos.[375]

Foi incluída na Lei do Processo Administrativo Federal, Lei nº 9.784/1999, pela Lei nº 14.210/2021 (com o acréscimo do Capítulo IX-A), a possibilidade de a Administração Pública realizar uma "decisão coordenada", entretanto, ficou excluída (por determinação expressa do art. 49-A, § 6º, inciso II) o uso dessa ferramenta para o processo administrativo sancionador.[376]

---

[373] Ibid., p. 478.

[374] Art. 8º, § 2º, da Lei nº 12.846/2013: "No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União - CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento".

[375] Art. 159, da Lei nº 14.133/2021: "Os atos previstos como infrações administrativas nesta Lei ou em outras leis de licitações e contratos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na referida Lei".

[376] Na redação da Lei nº 9.784/1999, com o acréscimo pela Lei nº 14.210/2021:
"CAPÍTULO XI-A - DA DECISÃO COORDENADA
Art. 49-A. No âmbito da Administração Pública federal, as decisões administrativas que exijam a participação de 3 (três) ou mais setores, órgãos ou entidades poderão ser tomadas mediante decisão coordenada, sempre que:
I - for justificável pela relevância da matéria; e
II - houver discordância que prejudique a celeridade do processo administrativo decisório.
§ 1º Para os fins desta Lei, considera-se decisão coordenada a instância de natureza interinstitucional ou intersetorial que atua de forma compartilhada com a finalidade de simplificar o processo administrativo mediante participação concomitante de todas as autoridades e agentes decisórios e dos responsáveis pela instrução técnico-jurídica, observada a natureza do objeto e a compatibilidade do procedimento e de sua formalização com a legislação pertinente.
§ 2º (VETADO).
§ 3º (VETADO).
§ 4º A decisão coordenada não exclui a responsabilidade originária de cada órgão ou autoridade envolvida.

A atuação coordenada e cooperada pela Administração Pública é um princípio, por exemplo, expresso nas leis espanholas, desde o anterior Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992,[377] bem como em sua substituta, Ley 40/2015,[378] Régimen Jurídico del Sector Público, sendo considerado um princípio material, e não processual – porque a esse respeito nada dispõe a Ley 39/2015, atual Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; determina a Ley 40/2015, espanhola, como "princípio das relações interadministrativas" (Artículo 140.1.e): "Coordinación, en virtud del cual una Administración Pública y, singularmente, la Administración General del Estado, tiene la obligación de garantizar la coherencia de las actuaciones de las diferentes Administraciones Públicas afectadas por una misma materia para la consecución de un resultado común, cuando así lo prevé la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico".

Lembramos que é também a Ley 40/2015, Régimen Jurídico del Sector Público – e não a lei do processo administrativo – que versa sobre o *ne bis in idem*, para o sistema

---

§ 5º A decisão coordenada obedecerá aos princípios da legalidade, da eficiência e da transparência, com utilização, sempre que necessário, da simplificação do procedimento e da concentração das instâncias decisórias.
§ 6º Não se aplica a decisão coordenada aos processos administrativos:
I - de licitação;
II - relacionados ao poder sancionador; ou
III - em que estejam envolvidas autoridades de Poderes distintos".

[377] "Artículo 4. Principios de las relaciones entre las Administraciones Públicas.
1. Las Administraciones públicas actúan y se relacionan de acuerdo con el principio de lealtad institucional y, en consecuencia, deberán:
a) Respetar el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias.
b) Ponderar, en el ejercicio de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones.
c) Facilitar a las otras Administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias.
d) Prestar, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras Administraciones pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias.
(…)
Artículo 18. Coordinación de competencias.
1. Los órganos administrativos en el ejercicio de sus competencias propias ajustarán su actividad en sus relaciones con otros órganos de la misma o de otras administraciones a los principios establecidos en el artículo 4.1 de la Ley, y la coordinarán con la que pudiera corresponder legítimamente a éstos, pudiendo recabar para ello la información que precisen.
2. Las normas y actos dictados por los órganos de las Administraciones Públicas en el ejercicio de su propia competencia deberán ser observadas por el resto de los órganos administrativos, aunque no dependan jerárquicamente entre sí o pertenezcan a otra Administración".

[378] "Artículo 3. Principios generales.
1. Las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho.
Deberán respetar en su actuación y relaciones los siguientes principios: (...)
k) Cooperación, colaboración y coordinación entre las Administraciones Públicas".

espanhol. Entretanto, trata da relação entre o direito penal e o direito administrativo sancionador – como dissemos, objeto de maior destaque no tema. Determina, no "Artículo 31. Concurrencia de sanciones", que: "1. No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento"; bem como, trata sobre a relação entre o direito nacional e o direito comunitário europeu, com uma cláusula de desconto entre sanções: "2. Cuando un órgano de la Unión Europea hubiera impuesto una sanción por los mismos hechos, y siempre que no concurra la identidad de sujeto y fundamento, el órgano competente para resolver deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la que, en su caso, deba imponer, pudiendo minorarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción"; portanto, nada dispondo sobre a pluralidade entre processos administrativos sancionadores.

A respeito da pluralidade entre processos administrativos sancionadores, na Espanha, há, de todo modo, uma novidade na Ley 39/2015, Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, para as hipótese de duplo processamento em um mesmo órgão; no capítulo destinado à iniciação do procedimento, ficou incluído o "Artículo 57. Acumulación", dizendo que: "El órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer, de oficio o a instancia de parte, su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento"; e que contra a "decisão de reunião de processos" – assim, se deve entender, no texto, a "acumulación" – não cabe recurso: "contra el acuerdo de acumulación no procederá recurso alguno".

E há, também na Ley 39/2015 espanhola, o impedimento a respeito do duplo processamento sobre uma infração que seja continuada, quando não tenha recebido decisão administrativa definitiva: "Artículo 63. 3. No se podrán iniciar nuevos procedimientos de carácter sancionador por hechos o conductas tipificadas como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora, con carácter ejecutivo".

Sem que destine ao *ne bis in idem*, entretanto, na Espanha, a Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, dispõe, no "Artículo 55", sobre "Información y actuaciones previas", determinando que, antes do início do procedimento, o órgão competente pode abrir um período de informação ou atuações prévias, com o fim de conhecer as circunstâncias do caso concreto e a conveniência ou não de iniciar o procedimento, nisso, incluído o processo administrativo

sancionador (Artículo 55.2), quando: "En el caso de procedimientos de naturaleza sancionadora las actuaciones previas se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros".

Também tratando sobre a informação no processo administrativo, a Ley 39/2015, a respeito da resolução, ou decisão, dos procedimentos administrativos sancionadores, determina que sejam enunciadas a valoração das provas e a fixação dos fatos, além das pessoas responsáveis, infrações cometidas e sanções impostas:

> Artículo 90. Especialidades de la resolución en los procedimientos sancionadores.
> 1. En el caso de procedimientos de carácter sancionador, además del contenido previsto en los dos artículos anteriores, la resolución incluirá la valoración de las pruebas practicadas, en especial aquellas que constituyan los fundamentos básicos de la decisión, fijarán los hechos y, en su caso, la persona o personas responsables, la infracción o infracciones cometidas y la sanción o sanciones que se imponen, o bien la declaración de no existencia de infracción o responsabilidad.[379]

Parece-nos, assim, que, sobre a coordenação entre processos administrativos sancionadores, a informação deve ser uma importante ferramenta, pois, como na conhecida fórmula a respeito do *ne bis in idem* – na Sentencia 77/1983 do Tribunal Constitucional de España – "es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos de Estado".[380]

Em sentido próximo, percebe Valter Shuenquener de Araújo:

> No direito contemporâneo, sobressai a necessidade de uma maior comunicação, integração e coordenação entre as instâncias civil, penal e administrativa, com a finalidade de se coibir o arbítrio estatal, diminuir a insegurança jurídica e de se garantir a proporcionalidade sancionatória. Assim, é preciso refletir, por exemplo, se uma conduta reputada lícita em um processo administrativo deve ser objeto de

[379] Consultado em: < https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10565>.
[380] "El principio non bis in idem determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento e la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado" (Sentencia 77/1983 do Tribunal Constitucional de España, acessado em 03.01.2020: <http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1983-28949.pdf>).

> persecução penal sem qualquer consideração/valoração dos elementos já apurados naquele feito.[381]

Então, noutro giro, considerando-se a relação entre processos administrativos, processo penal e processo civil sancionador, a respeito das provas, importa observar – comparativamente – a racionalidade também na Ley 39/2015, espanhola, no "Artículo. 77.4.", este sim, destinando-se ao regramento processual sobre o *ne bis in idem*, entre processo administrativo e processo penal, que determina: "En los procedimientos de carácter sancionador, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien".

Se se queira transportar a lógica ao sistema brasileiro, a coisa julgada penal e, também, a coisa julgada civil (sancionadora) devem vincular a Administração Pública, quanto a existência e validade dos fatos declarados provados, diante do cúmulo de processos sancionadores.[382]

Ousamos, portanto, propor – dado *o modelo brasileiro*, que admite o duplo processamento sancionador – um *critério de coordenação* na pluralidade de processos administrativos sancionadores, bem como entre estes e o processo penal e o processo civil sancionador, com base no *dever de informar* pela Administração Pública, o que deve estar representado no princípio da publicidade, no princípio da motivação das decisões, bem como, na comunicação entre órgãos administrativos, com a maior precisão possível.

Por fim, no segundo critério que defendemos, impõe-se, sempre, a técnica do desconto, como "cláusula de fechamento" no *ne bis in idem* em seu sentido material, entre quaisquer que sejam os processos, em havendo identidade na sanção.

---

[381] ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O princípio da interdependência das instâncias punitivas e seus reflexos do Direito Administrativo Sancionador. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 23. nº 131, Brasília: Out. 2021/Jan. 2022, p. 629-653, p 632.

[382] Sem que se exclua o acesso à matéria probatória e debate em cada um dos processo sancionadores, como, recentemente, decidiu o Supremo Tribunal Federal em sede de Mandado de Segurança, a respeito de provas utilizadas em processo sancionador em curso no Tribunal de Contas da União, no MS 38.540/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09.05.2022, *DJe* 10.05.2022.

CAPÍTULO IX

NOVOS CONCEITOS PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

9.1 Sanção de natureza administrativa

O Direito Administrativo Sancionador remete ao Direito Penal, é verdade.

Passa, entretanto, por uma "administrativização"[383] – na expressão de Alejandro Nieto –, através dos (famosos) matizes – "hasta tal punto que *no se sabe si lo esencial es la aplicación o, más bien, las matizaciones con que hay que realizarla*"[384] –, que pintam conceitos novos a partir da tradicional ciência jurídica no estudo do *ius puniendi* do Estado.

Porém: "Es en esta materia [la prohibición de *bis in idem*] donde probablemente se encuentre más atrasado el proceso de administrativización, que ni siquiera se ha iniciado seriamente";[385] de todo modo:

> Por lo demás, este proceso de sustantivación se ha reflejado, como no podía ser menos, en la actitud de la doctrina. El campo ha sido ocupado con naturalidad y abrumadora mayoría por los autores administrativistas, mientras que los penalistas, conscientes de que ya han cumplido su labor inicial, en su momento imprescindible, de remolque, se han retirado ostensiblemente a segunda fila. [386]

Assim foi que notamos – especialmente, a partir das leituras em "Direito e razão: teoria do garantismo penal", de Luigi Ferrajoli – a presença de um novo conceito que desenha seus contornos no Direito Administrativo Sancionador, pois identifica as sanções por um *critério formal*, do processo no qual se realizam ou *podem* se realizar: são *sanções de natureza administrativa*.

---

[383] "Sea como fuere, el hecho es que el Derecho Administrativo Sancionador moderno o constitucional se colocó en la estela del Derecho Penal dejándose arrastrar por él. Con la inevitable consecuencia de que el aparato empezó pronto a chirriar [chiar ou ranger] – si se permite tal expresión – porque con toda evidencia no se podía manejar con instrumentos sustancialmente penalísticos una realidad, como la de las infracciones administrativas, tan distinta de la penal" (NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 575).
[384] NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 137.
[385] NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 576.
[386] NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 576/577.

Não se restringem, diga-se, desde já, às "sanções administrativas", mas a elas dizem respeito majoritariamente; são, sim, *possíveis* sanções administrativas ou *possíveis* penas criminais, e é, justamente, a *flexibilidade no critério formal*, do processo no qual se encontram, que as faz terem, *antes*, essa – assim chamamos – *natureza administrativa*.

Pois bem, eis a explicação – que segue das considerações sobre as funções, motivações e justificações das penas ou da pergunta "por que punir?", pensada por Luigi Ferrajoli, para dizer, agora, da questão "como punir?".

Luigi Ferrajoli ensina que as penas "se querem desenvolver a função preventiva que a elas tem sido atribuída, devem consistir em consequências desagradáveis"; diz, "inclusive, que ser desagradável é uma característica insuprível e não mistificável da qualidade da pena, ainda que assim seja somente porque esta se impõe coativamente contra a vontade do condenado".[387]

> Mas, em que devem consistir os males penais, e de que forma e em que medida justifica-se a sua imposição? Parece-me que este problema, aqui abordado sob a questão de *como punir*, deve ser articulado em dois subproblemas: o da *qualidade* e o da *quantidade* da pena. Estes dois subproblemas podem, por sua vez, decompor-se em dois pares de questões: a expressada na questão "que" e "qual quantidade é legalmente admissível, qualquer que seja a gravidade do delito"; e a expressada na questão "que" e "qual quantidade de pena é admissível para este ou aquele delito". [388]

Explica, então, Ferrajoli, que a "tipificação e formalização legal das penas modernas tem tornado possível sua configuração já não como *aflições* mas como *privações*: 'privações de direitos'".[389]

Assim, "a pena moderna configura-se como técnica de *privação* de bens diante do pressuposto, especificamente moderno, da valorização qualitativa e quantitativa dos bens também na perspectiva penal", ou seja, da liberdade subtraída eventualmente, ou, da propriedade subtraída pelas penas pecuniárias, ou, ainda, "da capacidade de trabalhar ou do direito de cidadania subtraída pelas penas privativas de direitos".[390]

Sendo esses bens e as respectivas privações, assim, quantificáveis e mensuráveis, com o limite mínimo a ser considerado no princípio (utilitarista) da necessidade da pena e, tendo como o limite máximo, a dignidade da pessoa humana, são esses os dois critérios

---

[387] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 312.
[388] Ibid., p. 312.
[389] Ibid., p. 314.
[390] Ibid., p. 315.

complementares, para a determinação, desde o legislador, bem como na aplicação, da medida da pena.

Lembremos, que, considerando as funções e motivações das penas, "não existem critérios naturais, senão somente critérios pragmáticos baseados em valorações ético-políticas ou de oportunidade para estabelecer a qualidade e a quantidade da pena adequada a cada delito".[391]

Ferrajoli percebe, então, que as penas podem recair sobre os "três específicos direitos para cuja tutela, como escreveu Locke, se constitui e se justifica o Estado moderno: a vida, a liberdade e a propriedade"; a primeira, seria a pena de morte, e a segunda, a pena privativa de liberdade.

Diz-se da terceira forma de punir, serem "*penas patrimoniais*", aquelas, que "privam de bens ou de poderes econômicos", e foram "fruto da revolução política burguesa, que marca o nascimento da figura do 'cidadão' e do correspondente princípio da abstrata igualdade perante a lei"; [392] assim:

> moderna é a forma específica assumida pelas *penas patrimoniais*: tanto as *pecuniárias*, consistentes no pagamento de somas em dinheiro, como as *privativas de direitos*, consistentes na perda temporal ou permanente de alguma capacitação para trabalhar ou de mudar de endereço. Tampouco estas penas, obviamente, foram desconhecidas na tradição clássica. A palavra *poena* (derivação da grega *poiné*) indica, antes, originalmente, as multas enumeradas pelo *Digesto* entre as principais penas não capitais; e as penas capitais, como tenho assinalado, designam no léxico romanista também as várias formas de "morte civil" e de *capitis diminutio* vinculadas à *servitus poenae* e que comportavam privações de *status* ou de direitos civis singulares.[393]

Anuncia Ferrajoli, sobre as *penas patrimoniais*, entretanto: "Será necessário esperar as codificações modernas para que sejam abolidas as penas infamantes, para que as multas percam qualquer função reparatória e as duas classes de penas patrimoniais –

---

[391] Ibid., p. 320.
[392] Ibid., p. 314.
[393] "No entanto, enquanto as antigas penas privativas de direitos tiveram preferencialmente uma função *infamante*, as penas pecuniárias pré-modernas tiveram sobretudo o caráter de sanções *privadas* dirigidas a realizar , como alternativa à vingança, uma composição pacífica do conflito entre réu e parte ofendida, sob formas de reparação ou de preço para a paz: tanto se se tratava de *mulctae* de direito romano, inicialmente consistentes em entrega de gado (até dois bois ou trinta cordeiros) e sucessivamente em somas de dinheiro; ou do *guidrigildo* ou do *fredo*, que no direito germânico substituem o exercício da *faida* até chegarem a ser os tipos de pena talvez mais difundidos; ou também do confisco de bens, prevista no direito romano como pena acessória (*bonorum publicatio*) e amplamente aplicada no direito medieval e no canônico" (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 315).

pecuniárias e privativas de direitos – sejam formalizadas umas como penas principais e as outras como penas acessórias".[394]

E explica o que não deixa de ser uma reflexão sobre a necessidade da *função concreta* das penas, considerado o interesse protegido – o contrário da (repudiada) automaticidade das penas –, podendo, a "pena patrimonial" restritiva de direitos, por vezes, significar pena principal e sua única justificação:

> É completamente absurdo, além de inócuo que, enquanto as multas se encontram compreendidas em todos os ordenamentos entre as "penas principais" e se impõe depois de uma específica valoração e motivação do juiz, as penas privativas de direitos configuram-se como "penas acessórias" que seguem automaticamente à condenação. Sobretudo na sociedade atual, a capacidade de trabalhar, o acesso à função pública, o exercício de uma profissão ou de uma atividade artesanal ou comercial e até o uso da permissão para dirigir são condições elementares de trabalho e de sobrevivência. E, em consequência, sua privação, sobretudo quando seus efeitos são permanentes, resulta na maioria dos casos bem mais gravosa, já não como uma pena pecuniária, senão com características da pena privativa de liberdade. É claro que em muitos casos (falência, fraudes, corrupções, malversações, falsidades, infrações muito graves das normas de trânsito e semelhantes) estas penas são pertinentes e, por isso, muito mais adequadas e eficazes do que uma genérica pena restritiva da liberdade pessoal. Mas é essencial que sejam elevadas à categoria de penas principais, de forma que possam ser impostas também de maneira exclusiva para aqueles tipos de delito que façam necessária o que Bentham chamava de "incapacitação". E, sobretudo, é necessário que estejam sujeitas ao princípio de jurisdicionariedade de forma que sejam impostas pelo juiz não automaticamente, senão com conhecimento de causa, quer dizer, sobre a base de uma exata interpretação e conotação do fato. [395]

No conceito de "penas patrimoniais" – pecuniárias ou restritivas de direitos –, podem estar sanções administrativas e penas criminais; no modelo brasileiro, inclusive, conjunta e repetidamente, como vimos a respeito do cúmulo de sanções.

As "penas patrimoniais" de Ferrajoli, na atualidade e com o Direito Administrativo Sancionador, realizam-se: (i) como sanções administrativas, (a) no âmbito do processo administrativo ou (b) no âmbito do processo civil sancionador – possivelmente, como penas acessórias ou complementares, em havendo a responsabilização penal; (ii) como pena criminal, principal, em se tratando da pena pecuniária, ou substitutiva ou, ainda, como efeito da condenação, no caso das penas restritivas de direitos, no âmbito do processo penal.

---

[394] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 315.
[395] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 315/335.

O critério formal (= processual), portanto, dessas "penas patrimoniais", na atualidade, é variável, notadamente observando a escolha do legislador, em cada sistema jurídico.

A ideia de "penas patrimoniais" desenha, de fato, um conceito da sociedade moderna, mas, diante, especialmente, a expansão do Direito Administrativo Sancionador, desenha esse novo conceito:

As *sanções de natureza administrativa* são as sanções *não exclusivas* da função jurisdicional, podendo nela se realizarem, ou estarem presentes na função administrativa, que se caracterizam pela flexibilidade, especialmente processual, nos domínios do legislador e por justificações empíricas pragmáticas, diante da complexidade e ajustabilidade, tecnológica inclusive, junto aos bens e interesses que protegem, notadamente, no cenário da pós-modernidade.

As *sanções de natureza administrativa* identificam, especialmente, uma *flexibilidade processual*, em favor de interesses e bens jurídicos atuais e ajustáveis, característicos, mais precisamente, da pós-modernidade,[396] ficando sob observação e decisão do legislador, conforme necessite e escolha a sociedade.[397]

O nome "natureza administrativa" identifica, por fim, e vai ao encontro do que consideramos ser a regra geral de desconto no sistema sancionador brasileiro, a norma do art. 22, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – como veremos –

---

[396] Ao deslocar afirmações da razão: "Em certo sentido, a pós-modernidade denota um sentimento de perda, no sentido de que não mais conseguimos apreender o que ocorre na sociedade, ou, na verdade, no globo como um todo, ainda que, ao mesmo tempo, precisemos saber o que ocorre nesse nível de totalidade a fim de podermos dizer que não é mais possível dizer o que está ocorrendo. Assim, embora esteja em voga afirmar que não há discursos teóricos capazes de nos oferecer uma explicação de todas as formas de relações sociais e de tornar possíveis modalidades legítimas de prática política e intervenção jurídica, esse mesmo modo de pensar acaba configurando um entendimento teórico da totalidade" (WAYNE. Morrison. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*, p. 625/628).

[397] Essa é uma característica, na verdade, do próprio Direito Administrativo Sancionador: "Las aglomeraciones humanas y el desarrollo tecnológico han producido la «sociedad de riesgo» en que vivimos. Hoy no nos atemoriza tanto la naturaleza (el frío, los animales venenosos, los terremotos) como las conductas de los demás hombres y más que por sus actos de violencia por los riesgos que sin intención directa provocan (contaminación atmosférica y de alimentos, contagio de enfermedades, accidentes de tráfico). La situación ha llegado a un punto crítico que ya no permite que el Estado – y el Derecho – entren en acción únicamente para regular e imponer indemnizaciones por los daños – ni tampoco siquiera para su prevención –, sino que les obliga a intervenir antes de que el daño se haya producido. De lo que se trata ahora fundamentalmente es de prevenir los daños mediante la eliminación, o al menos reducción, de los riesgos (…). De esta manera hemos llegado a un punto en el que el Estado ha asumido el papel de garante de un funcionamiento social inocuo y el Derecho – y en particular el Administrativo Sancionador – se ha convertido en un instrumento de prevención de riesgos. *Una sociedad de riesgo exige la presencia de un Estado gestor del riesgo y, eventualmente, de un Derecho reductor del mismo*" (NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 148/149).

quando ordena a consideração entre "sanções de mesma natureza", como uma garantia material da proibição ao duplo sancionamento.

9.2 Função concreta da sanção e do processo sancionador

As penas modernas de privações de bens – técnicas de *privação* de bens[398] – justificam-se concretamente de maneiras diversas, mas, quanto às sanções administrativas, há uma especial razão para isso.

Desde os fundamentos apresentados no início da pesquisa – desde ali está a apresentação da tese – em razões para novos conceitos no direito administrativo sancionador, sobre o cúmulo de sanções e de processos sancionadores, retomamos agora, à guisa de conclusão, o conceito de função – e todas as suas relações, como a sanção acessória.

As sanções administrativas caracterizam-se como ferramentas à gestão pública; têm o que Alejandro Nieto chama de "naturaleza complementaria de la gestora".[399]

É dizer, são, as sanções administrativas, um complemento às prerrogativas materiais de gestão, a cujo serviço estão para reforçar seu cumprimento eficaz, com medidas repressoras em caso de desobediência.[400-401]

Assim, as sanções administrativas são "moldadas" pela atividade de gestão pública material; explica Nieto, citando Rebollo Puig:

> "en las normas que establecen infracciones administrativas el bien jurídico protegido coincide con el mismo interés público que persigue toda la actuación de la Administración en la materia […]. De aquí se deduce *la necesidad de contemplar la potestad sancionatoria, no aisladamente sino que en el marco de la concreta actuación*

[398] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 315.
[399] NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 53.
[400] Ibid.
[401] Em sentido próximo – mas não reconhecendo "um vínculo necessário ou obrigatório" do poder administrativo punitivo à ideia de gestão: "o Estado intervém em determinados domínios da sociedade, pode valer-se do Direito Administrativo Sancionatório. Tal seria o caso do Estado regulando serviços de telecomunicações, transportes, enfim, serviços públicos, punindo com sanções administrativas, comportamentos dos cidadãos (particulares) e agentes públicos, com o objetivo de proteger determinados bens jurídicos. Se esses mesmos comportamentos são, ainda, sancionados pelo direito penal, ainda que cumulativamente com o Direito Administrativo, tal decorre do fato de o Estado atuar nesse terreno, ou seja, do intervencionismo estatal protetivo na tutela de determinados serviços. No fundo, nesse campo, o poder sancionador não deixa de representar algum parentesco com o poder de polícia, embora, teoricamente, não se possa atrelar a sanção administrativa ao poder de polícia. Em tais casos, o poder punitivo realmente apresenta-se instrumentalmente ligado à gestão pública" (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, p. 148/169).

> *administrativa en que se desenvuelve afectada por los principios de ésta, como una potestad que tiene la misma finalidad y los mismos límites que toda la acción en la materia y que impregna los principios penales que han de presidirla, como poder represivo que es, con los caracteres del sector de intervención pública en el que se integra*".[402]

Por essa razão, são *diversas*, as sanções administrativas, em suas *funções*:

> Porque los jueces penales sólo están para reprimir delitos derivados de una legislación que les es ajena; a diferencia de lo que sucede en el otro ámbito en el que la Administración es directamente la ejecutora de unas normas, que no le son ajenas puesto que colabora en su formación a través de los reglamentos y, sobre todo, porque gestiona los intereses públicos y generales. La Administración es, en suma, un gestor – y un gestor no sólo de normas sino en primer término de intereses – y únicamente reprime de forma marginal, como subproducto – mejor, como un complemento – de su actividad esencial de gestión. [403]

É, como vimos, a *diversidade funcional* que justifica empiricamente o cúmulo entre sanções e, em sendo o caso, implica o cúmulo admitido entre processos sancionadores.

Há um complexidade nas infrações administrativas, reconhece Inês Ferreira Leite, por exemplo, quando se faz necessária "uma avaliação autônoma pela entidade reguladora, ou quando a diversidade dos interesses tutelados crie um forte risco de existência de uma multiplicidade de factos, em sentido normativo-social, perante um conjunto único de factos, em sentido naturalístico".[404]

Também Fábio Medina Osório dizendo de "técnicas distintas", assume uma defesa próxima ao que chamamos de função concreta da sanção, como justificação para o cúmulo entre sanções e entre processos sancionadores: "é possível que o legislador utilize técnicas distintas para proteção de idênticos bens jurídicos, v.g., nos crimes contra a Administração Pública, são empregados o direito penal e o Direito Administrativo Sancionador, inclusive o direito disciplinar", bem como, "é possível perceber que, na variação das técnicas, o legislador busca atender determinadas peculiaridades".[405]

---

[402] NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 53.
[403] Ibid., p. 575.
[404] Em Portugal: "A tradicional circunscrição do poder sancionatório público às áreas dos Direito Penal, ilícito disciplinar e de mera ordenação social, tornou-se obsoleta, tendo-se verificado uma clara expansão e diversificação dos mecanismos sancionatórios da Administração Pública, o que conduziu à atual necessidade de reconhecer a autonomização de um Direito Sancionatório Administrativo *stricto sensu*" (LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público, v. I, p. 387/389); Ibid., p. 590, v. II.
[405] OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, p. 168/169.

Observa, como nós, em um *sentido empírico* que não significa dizer terem as sanções finalidades distintas, mas sim serem um "reforço indispensável" – ou se poderia dizer, terem uma natureza acessória ou, enfim, uma distinta função concreta: "Quanto à tese dos 'objetivos diversos' das sanções penais e administrativas, cabe aduzir que nem sempre é assim. A sanção criminal pode ter, dependendo do caso, os mesmos objetivos que a sanção administrativa, constituindo um reforço indispensável na proteção do bem jurídico".[406]

Isso, defendemos ser justificação *também para o duplo processamento materialmente penal*, na realização do *ius puniendi*, pela presença do direito administrativo sancionador.

Portanto: em se tratando de *sanções funcionalmente diversas*, por exemplo, complementares ou acessórias, justificadas, portanto, de um ponto de vista funcional, concreto e empírico, o *ne bis in idem*, por essa razão, não impede a *duplicidade de processos materialmente penais* que realizem tais sanções e suas diversas funções.

Eis a justificação, portanto, para o duplo processamento sancionador – desde conceitos ("novos") que têm razão em um atual cenário e se se queira ter um olhar mais realista do *ne bis in idem* junto ao direito administrativo sancionador.

Outra importante conclusão, na racionalidade no *ius puniendi*, além da possibilidade do cúmulo entre sanções funcionalmente distintas e, decorrência disso, também por suas funções concretas, entre processos sancionadores – em um *sentido funcional dos processos e das penas*, como vimos –, é que: em todos os casos de dupla idêntica sanção, ou de sanções restritivas de idênticos direitos (= ausente a diversidade funcional), é devido o *desconto* entre as penalidades, não havendo justificação punitiva na *repetição* – em que se *padeça* duas vezes do mesmo sofrimento – em razão do *ne bis in idem* em sua vertente material.

Eis o limite (inafastável) axiológico da dignidade da pessoa humana no exercício do *ius puniendi,* desde que a autonomia da vontade (= culpabilidade) deve corresponder a mesma medida de liberdade a ser suprimida da pessoa humana na punição – são medidas equivalentes, por assim dizer, ilícito e pena (infração e sanção); é o limite (último) à

[406] Observando: "Tal não ocorre, é verdade, no âmbito das relações disciplinares ou mesmo de especial sujeição, em que se busca tutelar de modo bastante específico bens jurídicos ligados à Administração Pública, situação que ensejaria o aparecimento de peculiaridades marcantes em termos finalísticos. A sanção disciplinar, costuma-se dizer, busca atingir finalidades de proteção interna da boa ordem administrativa, de relações internas dignas de tutela jurídica, independentemente da repercussão exterior ou global do fato no ordenamento social" (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, p. 168/169).

retribuição da sanção, enunciado por Kant, e é nosso fundamento filosófico de partida, na racionalidade para o *ne bis in idem*. [407]

Por isso, a técnica de desconto é inafastável, em havendo a repetição de uma sanção, diante do eventual duplo processamento sancionador; hipótese em que, é a repetição de punições pecuniárias, pena ou sanção de multa, a mais comum.

Nesse sentido, é interessante a nomenclatura utilizada por José Maria Rodriguez de Santiago, Catedrático de Direito Administrativo na Universidad Autónoma de Madrid, identificando as sanções como *homogêneas* (multas pecuniárias, por exemplo) ou *heterogêneas* (no direito de trânsito, por exemplo, a perda de pontos e a privação do direito de conduzir), dizendo da vertente material do princípio *ne bis in idem*, como interpreta o Tribunal Constitucional desde a famosa Sentencia 2/2003, nesse sentido de *padecer* – aplicando a técnica de desconto:

> si las sanciones son homogéneas (multas pecuniarias, por ejemplo) no se vulnera en *non bis in idem* si en la condena penal posterior se descuenta la cuantía de lo que se pagó por la sanción administrativa, porque – como ya se ha dicho – el art. 25.1 CE 'no prohíbe el doble reproche aflictivo, sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto' (STC 2/2003, FJ6).[408]

---

[407] Nesse sentido, "A retribuição, ao vincular a pena à culpabilidade do agente, exerce uma função garantística fundamental. Quando se nega a vinculação dos fins de prevenção à função garantística da retribuição, dispensa-se o 'fio de Ariadne' que garante que legislador e o julgador não percam de vista os princípios da dignidade da pessoa humana e da culpa. Mais, uma sanção próxima da medida da liberdade, refletida no crime, acaba por beneficiar de uma maior aceitação social e, uma vez que não depende de prognósticos tão ou mais cientificamente indemonstráveis do que o livre-arbítrio, porventura, suscitará menos problemas de justiça material. Ou seja, podemos retirar (artificialmente) a pena do domínio das teorias retributivas, mas torna-se praticamente impossível eliminar a retribuição da teoria da pena (LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público, v. I, p. 338/339).

[408] Explicando, sobre o sistema espanhol, a interpretação "mais material" da vertente material na proibição ao *bis in idem*, enunciada na decisão (ainda atual paradigma) do Tribunal Constitucional, STC 2/2003: "Es sabido que en la STC 177/1999, de 11 de octubre, el Tribunal Constitucional, en un supuesto en el que por unos mismos hechos se había impuesto, primero, una sanción administrativa y, después, una condena penal, consideró vulnerada la prohibición constitucional del *bis in idem* (art. 25.1 CE), estimó el recurso de amparo interpuesto y anuló la sanción penal impuesta. Con posterioridad, la STC 2/2003, de 16 de enero, rectificó formalmente (art. 13 LOTC) la doctrina constitucional anterior. En síntesis, puede decirse que esta nueva doctrina, por una parte, persigue garantizar en todo caso la *preferencia sancionadora de la jurisdicción penal* (si hay doble sanción, penal y administrativa, no siempre es nula, precisamente, la administrativa); y, por otra, hizo 'más material' la vertiente material (si me permite la expresión) del *non bis in idem*: no basta con que formalmente existan dos decisiones sancionadoras, sino que es necesario que exista reiteración punitiva material: si en la sentencia penal 'se descuenta' la multa administrativa, no hay *bis in idem*" (SANTIAGO, José Maria Rodríguez de. El pago voluntario de las multas en cuantía reducida; legalidad, eficacia, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva. *Revista de Documentación Administrativa*, n.º 284-285, mayo-diciembre 2009, pp. 153-180, p 175/176).

Entendemos, ainda e por fim, que toda individualização das sanções seja interpretada à luz do *princípio da necessidade das penas* e do *princípio da proporcionalidade*, em razão dos quais, mesmo em se tratando da aplicação de sanções *funcionalmente distintas*, em havendo a duplicidade de processos sancionadores, pode vir a ser realizada uma forma mitigação de sanções, dada a ausência de justificação punitiva, o que deve ser verificado no caso concreto.

9.3 Técnica de desconto: o intangível do *ne bis in idem*

A proibição à dupla punição, como vimos, é, antes, a proibição ao duplo processamento punitivo, com o duplo julgamento sobre o mesmo fato.

Agora, desde que, por alguma hipótese, admita um sistema jurídico o duplo processamento materialmente penal (= sancionador), existe um mecanismo, justificado por tais hipóteses, que assume importante papel na realização de um núcleo inafastável ao *ne bis in idem* material: *técnicas de desconto*.

O conceito de técnica de desconto está bem explicado por Willem Bastiaan van Bockel, em uma destacada pesquisa, realizada na Utrecht University, Países Baixos: "*The* ne bis in idem *principle in EU law: a conceptual and jurisprudential analysis*";[409] dela apresentamos o "novo" conceito para o direito administrativo sancionador.

Willem Bastiaan van Bockel observa: "What is commonly referred to as '*ne bis in idem*' may therefore actually form an open category of legal rules and principles"; uma ampla categoria de regras e princípios que têm em comum a circunstância de que, "they all establish a legal link between a first and second set of proceedings (on the basis of the same acts, facts, or offences) by barring a second prosecution, trial, or penalty, or by laying down certain conditions for the second trial". Então, na verdade: "A number of different basic 'versions' of the principle are known to exist. Each 'version' corresponds to a different interpretation of the *ne bis in idem* principle". [410]

---

[409] BOCKEL, Willem Bastiaan van. *The* ne bis in idem *principle in EU law: a conceptual and jurisprudential analysis*. Amsterdam: Ipskamp Drukkers, 2009.

[410] "The full expression in "*bis de eadem re ne sit action*"; it reveals the origins of the principle in the *action* in Roman (civil) law. Another version of this full expression is: "*bis de eadem re agree non licet*". In Roman private law, the initiation of proceedings ("*litis contestation*") had several, far-reaching legal consequences. Firstly, the parties were bound by the outcome, and secondly, the *litis contestation* "consumed" the claim, whereby it became *res in iudicium deducta*, not susceptible to a second *action* or *iudicium*" (BOCKEL, Willem Bastiaan van. *The* ne bis in idem *principle in EU law: a conceptual and jurisprudential analysis*, p. 33).

Dentre as "versões" ou "vertentes" do *ne bis in idem* está a proibição ao *duplo processamento* ou "*prohibition of double prosecution*", que na Alemanha chama-se "*Erledigungsprinzip*", e significa que o exercício do *ius puniendi* pelo Estado está "realizado" ou "esvaziado" ("*used up*" ou "*emptied*", ou "*Erledigung*") diante do início de um primeiro processo, sendo um segundo processo inadmissível.[411]

Dada a proibição ao duplo processamento, é possível, entretanto, o cúmulo de penas em "um e mesmo conjunto de procedimentos": "It does not, in principle, preclude the possibility of several penalties being imposed on the subject on the basis of the same conduct, as long as those penalties are imposed *within one and the same set of proceedings*".[412]

A proteção processual do *ne bis in idem* diz respeito e implica à vedação ao cúmulo de penas impostas, a respeito da mesma conduta, desde que *a aplicação das penalidades tenha sido realizada em um segundo processamento*, significando e representando o relacionamento com o instituto da coisa julgada, pois é a necessidade de respeitar o fim definitivo – "finality" (*res iudicata*) – do primeiro julgamento que leva diretamente à inadmissibilidade do segundo.[413]

A outra "versão" do *ne bis in idem* é a da proibição à dupla punição, "*prohibition of double punishment*", em um sentido estrito, que representa o núcleo mínimo ao *ne bis in idem* material.

Neste sentido, denomina-se (também) de "*accounting principle*" ou "*the principle of set-off*" e, na Alemanha, chama-se de "*Anrechnungsprinzip*".

E é quando diz respeito à presença de mecanismos ou técnicas necessárias para o desconto entre penas, dada a cumulação de penalidades aplicadas sobre um mesmo fato, em razão da *ausência de proibição ao duplo processamento*.[414]

---

[411] Explica Willem Bastiaan van Bockel que, salvo admitidas hipóteses de nova evidência, erro ou outro defeito existente no primeiro processo, quando este tenha chegado ao seu final (Ibid.) – no Brasil, registre-se, a impossibilidade da repetição de um processo penal que buscasse sanar a hipótese de injustiça decorrente de absolvição indevida do réu, ficando vedado também pelo *ne bis in idem* a possibilidade, por exemplo, de uma revisão criminal *pro societate*.

[412] BOCKEL, Willem Bastiaan van. *The* ne bis in idem *principle in EU law: a conceptual and jurisprudential analysis*, p. 34/35.

[413] BOCKEL, Willem Bastiaan van. *The* ne bis in idem *principle in EU law: a conceptual and jurisprudential analysis*. Ipskamp Drukkers: Amsterdam, 2009, p. 35.

[414] Uma versão que sozinha é insuficiente ao *direito penal*, pois, neste caso, a versão material do *ne bis in idem* é: "mais do que *Anrechnungsprinzip*, e apenas poderá ser considerado suficiente quando existam fundamentos legítimos, à luz da constituição material, para a realização de novo julgamento ou para alguma forma de revisão da sentença penal"; sendo, no direito penal, "por isso insatisfatória qualquer equiparação entre regime de descontos e *ne bis in idem*" (LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público*, Vol. I, p. 489).

Na tradução de "*the principle of set-off*", "o princípio da compensação" é considerado uma proteção "menor" do *ne bis in idem*, "offering less legal certainty, and providing only a limited incentive for coordination and procedural efficiency"; [415] ou mesmo, seria uma garantia que sequer simboliza propriamente o *ne bis in idem*, mas é, antes, um importante princípio geral de administração da justiça.

Diante dessa perspectiva, continua sendo, na verdade, a proibição ao duplo processamento, a princípio, o que garante a não aplicação de uma punição dupla, no sentido clássico do direito penal, para realizar o *ne bis in idem*:

> O *Anrechnungsprinzip* [proibição da dupla punição] e o *Erledigungsprinzip* [proibição do duplo processamento] diferem não apenas nos pontos de sua substância e escopo, mas também quanto a sua *razão* subjacente. O *Anrechnungsprinzip* não tem como *razão* o respeito pela *res iudicata* e, em grau muito menor, atende aos interesses da segurança jurídica e legitimidade do Estado do que o *Erledigungsprinzip*. Parece que a única *razão* que os dois princípios têm totalmente em comum é o da *equidade*.[416]

Mas a *razão* que se encontra no cenário que inclui o direito administrativo sancionador, no exercício do *ius puniendi* pelo Estado, é também própria e distinta.

Está, sobretudo, como temos defendido, em justificações empíricas, que exigem uma interpretação do *ne bis in idem* ajustada também para além da complexidade tradicional ao direito penal.[417]

---

[415] BOCKEL, Willem Bastiaan van. *The* ne bis in idem *principle in EU law: a conceptual and jurisprudential analysis*, p. 35/36.

[416] "The *Anrechnungsprinzip* and the *Erledigungsprinzip* not only differ on the points of their substance and scope but also on the point of their underlying *rationale*. The *Anrechnungsprinzip* does not count amongst its *rationale* the respect for *res iudicata*, and to a much lesser degree serves the interests of legal certainty and legitimacy of the state than the *Erledigungsprinzip*. It would seem that the only *rationale* that the two principles have fully in common is that of *equity*" (BOCKEL, Willem Bastiaan van. *The* ne bis in idem *principle in EU law: a conceptual and jurisprudential analysis*, p. 37).

[417] Lembremos: "Do instituto do caso julgado, que ganhou contornos constitucionais com o Iluminismo, surgiu a proibição de duplo julgamento; enquanto da conveniência entre uma alteração de perspectiva face aos fins do Direito Penal e da pena e o advento das teorias sobre a proteção dos direitos humanos, surgiu a proibição de dupla punição. A vertente material do *ne bis in idem* deve, não obstante, muita da sua densificação a um outro fator puramente pragmático. A tendência expansionista do Direito Penal – no campo do Direito Econômico e Financeiro ou do Direito Ambiental, entre outros – e o esforço legiferante de acompanhar as novas formas de criminalidade, motivaram uma proliferação de normas incriminadoras, muitas vezes sobrepostas, que tornaram a escolha da norma aplicável e a delimitação do número de crimes efetivamente praticados pelo agente numa operação assaz complexa. E é neste âmbito que o *ne bis in idem* tem a potencialidade de se afirmar como protagonista do processo de redução da complexidade, quer como padrão valorativo e orientador do legislador, quer enquanto critério de decisão" (LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público*, v. I, p. 292/293).

Dizemos, enfim, da inafastável proteção material ao princípio *ne bis in idem*, por sua versão de "*accounting principle*", "*the principle of set-off*" ou "*Anrechnungsprinzip*", que se realiza pelo que a doutrina também nomeia de *técnica de desconto*.[418]

Esse conceito não vem sendo – rigorosamente, pelo menos – aplicado no Brasil, por isso, ousamos dizer "novo", defendendo seja feito o desconto – como descrevemos no ponto anterior, sobre a função concreta da sanção e do processo sancionador – ainda que com fundamento no princípio da proporcionalidade, ou seja, mesmo diante de um possível argumento de ausência de regra de desconto no Brasil, o que, entretanto, não ocorre, pois o art. 22, § 3º da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro deve ser interpretado como uma regra geral de desconto, destinando-se precisamente ao duplo processamento sancionador, além da presença de regras, também nesse sentido, incorporadas à Lei de Improbidade Administrativa.

[418] Ou *"Discounting technique"*, na expressão traduzida utilizada por Mercedes Pérez Manzano: MANZANO, Mercedes Pérez. *"Ne bis in idem"* in Spain and Europe. Internal effects of an inverse and partial convergence of case-law (from Luxembourg to Strasbourg). MANZANO, Mercedes Pérez (et. al. eds.). *Multilevel Protecion of the principle of legality in criminal law*. Springer International Publishing, 2018.

CAPÍTULO X

TÉCNICA DE DESCONTO E ESCOLHAS DO LEGISLADOR BRASILEIRO

10.1 O art. 22, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

Do estudo sobre o "*accounting principle*" ou "*the principle of set-off*" e, na Alemanha, "*Anrechnungsprinzip*", hoje especialmente reconhecido como técnica de desconto, diante do direito administrativo sancionador, observemos a recente conclusão de Mercedes Pérez Manzano – resultado, igualmente (para usar a expressão), de uma "saga" de pesquisas suas:

> Si bien tradicionalmente se ha venido entendiendo que de este principio deriva la imposibilidad de imposición de más de una sanción, el Tribunal Constitucional español ha realizado una interpretación restrictiva del *bis in idem* material, desde la STC 2/2003, de 16 de enero. Esta interpretación se sustenta en la vinculación de este principio con el de proporcionalidad y la prohibición de exceso, e implica que este principio no impediría la mera condena a una pluralidad de sanciones, sino el padecimiento efectivo de varias sanciones. El Tribunal Constitucional ha sostenido que no se vulnera este principio y las garantías comprendidas en el artículo 25.1 CE, si el órgano judicial penal, que actúa con posterioridad a la Administración, impone una pena al mismo sujeto por el mismo hecho y con base en el mismo fundamento, pero descuenta la cuantía de la multa, ya impuesta por la Administración, de la pena de multa.
>
> La técnica del descuento o abono tiene su origen en las SSTJUE de 5 mayo de 1966 (asunto Guttman) y de 13 de febrero de 1969 (asunto Wilheim), y se ha ido imponiendo en la legislación sancionadora comunitaria, como cláusula de cierre. Esta técnica también inspira la legislación procesal en los casos de *bis in idem* internacional, en los que no se impide un nuevo enjuiciamiento si se descuenta la pena ya impuesta [art. 23.2.c) LOPJ, y STS 380/2003, de 22 de diciembre]. Ahora bien, ha de advertirse que esta técnica no resuelve todos los problemas – por ejemplo no puede resolverlos cuando las sanciones tienen distinta naturaleza y efectos – por lo que no puede concebirse como una regla general, sino como una solución puntual para aquellos casos en los que el *bis in idem* no puede ser evitado de otro modo (cláusula de cierre).[419]

[419] MANZANO, Mercedes Pérez. *Manual de Introducción al Derecho Penal*. Colección de Derecho Penal y Procesal Penal. SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascuraín (Coord.). Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado: Madrid, 2019, p. 88/89.

Mesmo no sistema espanhol – que tem por regra a proibição ao duplo processamento sancionador, com a prevalência do processo penal –, portanto, descreve Manuel Gómez Tomillo, dadas: "situaciones más conflictivas pueden estar presentes en los casos en los que la Administración procede a sancionar los hechos antes que la jurisdicción penal, bien por descuido, bien por desconfianza hacia la jurisdicción penal";[420] casos em que, funciona como "cláusula de fechamento" do sistema espanhol, a técnica de desconto:

> Entendemos que en dicha situación, el enjuiciamiento penal posterior no vulneraría la prohibición de *bis in idem* procedimental. (…) Por una parte, si el Tribunal ha convalidado en tales casos la técnica del descuento parece claro que es porque entiende que no es incompatible con el principio. Por otra, la jurisprudencia del TEDH parece también haber convalidado dicha técnica en la STEDH A and B v. Norway 15 de noviembre de 2016, § 132. Asimismo, desde la perspectiva material, precisamente la técnica del descuento impide entender que haya doble sanción.[421]

No mesmo sentido que nós, entende Manuel Gómez Tomillo ser possível o cúmulo de dois procedimentos punitivos, desde que, seja pressuposto para isso, "la posibilidad general de doble sanción material, puesto que ningún sentido tiene un doble procedimiento cuando no es posible una doble sanción",[422] por exemplo, "la Ley de Transparencia prevé para infracciones graves y muy graves, como sanción, consecuencias jurídicas no previstas en el Código Penal" – é dizer: dada a diversidade funcional das sanções.[423-424]

---

[420] TOMILLO, Manuel Gómez. Compliance Público y Derecho Disciplinario. *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista*. Vol I. Madrid: Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional/Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2021, p. 302.

[421] Ibid.

[422] Ibid., p. 303/304.

[423] Por exemplo: "«Los sancionados por la comisión de una infracción muy grave serán destituidos del cargo que ocupen salvo que ya hubiesen cesado y no podrán ser nombrados para ocupar ningún puesto de alto cargo o asimilado durante un periodo de entre cinco y diez años con arreglo a los criterios previstos en el apartado siguiente». En tal caso, en principio, no sería posible ir más allá de la condena penal que habitualmente en campo que nos ocupa supondrá la imposición la imposición de la pena de inhabilitación absoluta o especial. No obstante, considerando que en la situación inversa de la pena se puede descontar la sanción administrativa, no sería impensable que aquí [previo procedimiento penal condenatorio y posterior disciplinario] se operase a la inversa" (TOMILLO, Manuel Gómez. Compliance Público y Derecho Disciplinario, p. 304).

[424] Interessante, ainda, a observação sobre a ausência de previsão expressa, em determinadas hipóteses, da "prevalência do processo penal" na Espanha: "En cuanto al deber de traslado, como punto de partida, debe asumirse que en nuestro sistema, si la Administración detecta un infracción administrativa que simultáneamente puede tener la consideración de delito, debería suspender el procedimiento y dar traslado al Ministerio Fiscal o Juez de Instrucción. Tal previsión expresa no se detecta en las leyes 39/2015 y 40/2015 (…) Como mucho, quizás, se pueda sostener que el deber de suspender dimana tácitamente del art. 77.4 de la Ley 39/2015: «En los procedimientos de carácter sancionador, los hechos declarados

Na Espanha, como vimos, a norma considerada marco no tema do *ne bis in idem* permanece na atual Ley 40/2015 – Régimen Jurídico del Sector Público, conforme se vê de seu Artículo 31, semelhante ao anterior Artículo 133 da Ley 30/1992, com o acréscimo da segunda parte, justamente, para o cálculo da sanção diante do direito comunitário:

> Artículo 31. Concurrencia de sanciones.
>
> 1. No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.
>
> 2. Cuando un órgano de la Unión Europea hubiera impuesto una sanción por los mismos hechos, y siempre que no concurra la identidad de sujeto y fundamento, el órgano competente para resolver deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la que, en su caso, deba imponer, pudiendo minorarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción.

Reconhece-se, na redação dessa segunda parte – acrescentada na atual disciplina da "concorrência de sanções" – do Artículo 31 da Ley 40/2015 espanhola, semelhança com a redação do artigo 22, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – tendo, esta, uma redação que confere maior elasticidade à regra.

> Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.
> (...)
> § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

A regra do § 3º do art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, entendemos, é fundamento também para a técnica de desconto, desde que não se reconhece a possibilidade do afastamento do desconto, núcleo intangível à vertente material do *ne bis in idem*.

Por fim, pontuando que o signo "agente", parece-nos, não deve ser lido tão somente como "agente público", porque, ainda que se destine a regra à "interpretação de normas sobre gestão pública", não pode uma regra de individualização de sanções ser

---

probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que sustancien»" (TOMILLO, Manuel Gómez. Compliance Público y Derecho Disciplinario, p. 300).

válida em benefício de um agente público e não ser válida em benefício de um particular, que responda igualmente diante do cúmulo de processos sancionadores; não se cogita de um critério distintivo, no cálculo de penas, entre pessoas que tenham ou não tenham determinado vínculo com o Poder Público; não o admite o princípio constitucional da igualdade (art. 5º, da CF/1988).

Dessa maneira, entendemos que o nome "agente", não obstante a cabeça da norma destinar-se aos agentes públicos, deve ser lido como "autor da infração", ou melhor: as sanções aplicadas ao *autor* serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Sendo essa, defendemos, a regra geral válida a fundamentar a técnica de desconto para o direito sancionador brasileiro; devendo ser reconhecida diante de toda multiplicidade de processos sancionadores, em qualquer de suas formas.

10.2 A Lei de Improbidade Administrativa

a Brevemente: aspectos gerais

Faremos agora um breve estudo da Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429/1992, reformada pela Lei nº 14.230/2021; é possível dizer da "Nova" Lei de Improbidade Administrativa.

A Lei de Improbidade Administrativa determina agora, expressamente, tratar-se de um processo civil sancionador, pois se aplicam, ao sistema da improbidade, os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador (art. 1, § 4º).

A nova redação é expressa também em dizer que não se trata de uma ação civil pública, ao determinar que quando o magistrado identifique a existência de ilegalidades ou de irregularidades administrativas a serem sanadas sem que estejam presentes todos os requisitos para a imposição das sanções aos agentes incluídos no polo passivo da demanda, poderá, em decisão motivada, converter a ação de improbidade administrativa em ação civil pública, regulada pela Lei nº 7.347/1985 (art. 17, § 16); contra esta decisão cabe agravo de instrumento (art. 17, § 17).

A matéria objeto da Lei de Improbidade Administrativa ficou apartada da matéria objeto da Lei da Ação Civil Pública (art. 17-D); o legislador omite, na expressão "ação

civil", a identificação "pública", não havendo, entretanto, outra forma de ser lida, desde que, na competência, permanece sendo uma "ação civil":[425]

> Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.
>
> Parágrafo único. Ressalvado o disposto nesta Lei, o controle de legalidade de políticas públicas e a responsabilidade de agentes públicos, inclusive políticos, entes públicos e governamentais, por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, à ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social submetem-se aos termos da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.[426]

A proteção da moralidade e da coisa pública justificam a legitimidade do Ministério Público para a ação, assim como ocorre com a ação penal pública na proteção de interesses semelhantes.[427-428]

---

[425] Em sentido contrário, entendendo que trata-se a ação de improbidade administrativa de uma ação civil pública: "O fato de a ação prevista na Lei de Improbidade Administrativa ser uma ação civil pública não afastaria a aplicação de suas específicas normas processuais e procedimentais próprias, com a incidência das demais normas do Sistema Único Coletivo, obedecidos os limites da interpretação de dispositivos do Direito Sancionador"; acrescentando, porém, que "pouco ou nada importa o nome de determinada ação, mas sim os pedidos e as causas de pedir" (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. Comentários à nova lei de improbidade administrativa. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 404).
Entendemos que o erro no nome pode também induzir ao erro na sua compreensão, como ocorreu ao longo de toda a história da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, antes da reforma, representando a existência, equivocada, de uma ação civil pública, coisa que (parece-nos) nunca foi.

[426] Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429/1992, com as alterações pela Lei nº 14.230/2021, consultada em, 17 de janeiro de 2022: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>

[427] Lei de improbidade administrativa, Lei nº 8.429/1992, na redação conforme a Lei nº 14.230/2021: "Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei"; na redação anterior: "Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar".

[428] O Supremo Tribunal Federal em sede cautelar, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 7.042 e nº 7.043, em 17.02.2022, afastou a legitimidade exclusiva do Ministério Público para as ações de improbidade administrativa, nos seguintes termos: "(a) conceder interpretação conforme a constituição federal ao caput e §§ 6º-a, 10-c e 14, do artigo 17 da lei nº 8.429/92, com a redação dada pela lei nº 14.230/2021, *no sentido da existência de legitimidade ativa concorrente entre o ministério público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa*; (b) suspender os efeitos do § 20, do artigo 17 da lei nº 8.429/92, com a redação dada pela lei nº 14.230/2021" (STF, ADI-MC 7042, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 17.02.2022, *DJe* 21.02.2022, grifamos).

O processo civil sancionador, parece-nos, forma um *subsistema* ou *classe processual* que compõe o microssistema processual coletivo, como explicamos no ponto sanção administrativa e processo civil.

Além dos argumentos de antes, quanto ao sistema processual civil coletivo, lembramos a observação de Arruda Alvim, de que somente é possível alcançar a tutela adequada dos direitos "caso se confira aos diversos instrumentos coletivos um mesmo e coerente tratamento legal, destinado à identificação dos elementos da causa e seus reflexos, com tratamento diferenciado apenas quando a especificidade da tutela demandada".[429]

Arruda Alvim, optando (corretamente) pelo nome de "ação de improbidade administrativa", explica que: "integra, naturalmente, o microssistema de tutela de direitos coletivos, de tal forma que a ela se aplicam as normas previstas na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), no que forem compatíveis com o instituto"; com o registro da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para aplicação da regra de competência do art. 2º da Lei nº 7.347/1985, do foro do local onde ocorreu o dano,[430] que tem natureza absoluta, "porquanto estabelecida em razão da finalidade de aproximar o juiz e as partes da produção de prova".[431]

A redação atual da Lei de Improbidade Administrativa confirmou essa posição, determinado que a "ação a que se refere o *caput* deste artigo deverá ser proposta perante o foro do local onde ocorrer o dano ou da pessoa jurídica prejudicada" (art. 17, § 4-A).

Defende, Arruda Alvim, ainda, que: "Sem dúvida, a ação de improbidade é uma ação civil com vistas à reparação dos danos causados ao patrimônio público; possui, porém, uma conotação fortemente punitiva no que tange à aplicação de sanções como o perdimento de bens obtidos ilicitamente, a suspensão dos direitos políticos, a proibição de contratar com o poder público e o afastamento da Administração Pública".[432]

Percebemos, então, como a sua principal característica ser um processo *materialmente penal*, ao realizar o *ius puniendi*.

---

[429] ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes*, p. 1166, grifamos.

[430] Nesse sentido: "Não há foro por prerrogativa de função em ação de improbidade administrativa. O processamento da ação deve ocorrer no local do dano, conforme aplicação, por analogia, do art. 2º da Lei da Ação Civil Pública" (STJ, AgRg no REsp 1.526.471/SP, 2ª T, rel. Min. Humberto Martins, j. 15.03.2016, *DJe* 22.03.2016).a

[431] ARRUDA ALVIM. A competência para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa em face de atos praticados em detrimento de sociedade em economia mista federal. *Opiniões doutrinárias*, vol. I: pareceres, direito público, t.1. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 565/566.

[432] ARRUDA ALVIM. A competência para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa em face de atos praticados em detrimento de sociedade em economia mista federal, p. 565/566.

É o processo civil sancionador *formalmente civil* e *materialmente penal*.

E está, na verdade, o processo civil sancionador, "isolado" cientificamente; assim também a sanção administrativa, como percebida por Fábio Medina Osório, desde uma sofisticada interpretação do direito francês.

São, os dois, conceitos relacionais e peculiares ao Brasil.

"Processo civil sancionador" e "sanção administrativa jurisdicional" (ousamos assim chamá-la) são correspondentes e genuinamente brasileiros; culturalmente brasileiros, como vimos ao longo da pesquisa.

b *Ne bis in idem*

A reforma à Lei de Improbidade Administrativa, pela Lei nº 14.230/2021, trouxe novos regramentos destinados à disciplina do *ne bis in idem*, mas que, pensamos, reforçam a nossa interpretação, em especial, sobre a técnica de desconto.

Pois bem.

Faremos agora um estudo da Lei de Improbidade Administrativa – o que realizaremos na sequência do próprio texto legal – quanto à interpretação do *ne bis in idem*; a redação da lei optou pela expressão *non bin in idem*.

Começaremos pela determinação dos limites de responsabilidade entre pessoas físicas e pessoas jurídicas; bem como, com a definição, pela lei, a ser aplicada na responsabilização das pessoas jurídicas, quando haja tipificação dúplice do fato, pelos dois diplomas legais destinados à tutela da probidade administrativa e ao combate à corrupção: a Lei nº 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa, na qual prevalecem sanções aplicáveis às pessoas físicas – e a Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção ou Lei de Improbidade Administrativa Empresarial, destinada à responsabilização das pessoas jurídicas.

Nesse sentido, determina o art. 3º, em seu § 1º, na nova redação da Lei nº 8.429/1992, que: "Os sócios, os cotistas, os diretores e os colaboradores de pessoa jurídica de direito privado não respondem pelo ato de improbidade que venha a ser imputado à pessoa jurídica, salvo se, comprovadamente, houver participação e benefícios diretos, caso em que responderão nos limites da sua participação".

O § 2º, do mesmo artigo, recebeu, por sua vez, a seguinte redação: "As sanções desta Lei não se aplicarão à pessoa jurídica, caso o ato de improbidade administrativa seja

também sancionado como ato lesivo à administração pública de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013".

Esta regra, entendemos, revoga parcial e tacitamente a redação da Lei Anticorrupção quanto à regra prevista em seu art. 30, inciso I, segundo a qual: "A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992".

É que a responsabilidade para pessoas jurídicas com fundamento na Lei de Improbidade Administrativa incidirá, desde que, diante da inexistência de ação (precedente temporalmente) fundada na Lei Anticorrupção; e a responsabilização pela Lei de Improbidade, na hipótese de pessoas jurídicas, por sua vez, veda o processamento contra estas com fundamento na Lei nº 12.846/2013, como veremos.

O art. 12 da Lei nº 8.429/1992, que trata das sanções a serem aplicadas, determina que "Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito" às cominações a serem "aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato".

E o § 6º, do art. 12, prevê o desconto na reparação do dano, considerado o ressarcimento ocorrido em instância diversa – o que não consideramos uma regra de proibição ao *bis in idem* sancionatório, porque não trata de sanções punitivas, mas sim da recuperação à lesão ao patrimônio público, sendo, sempre, de grande importância a distinção a ser percebida entre institutos jurídicos de punição do ilícito e institutos jurídicos de reparação a danos causados.

Por outro lado, o § 7º, do mesmo art. 12, dispõe que "As sanções aplicadas a pessoas jurídicas com base nesta Lei e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, deverão observar o princípio constitucional do *non bis in idem*".

Determina a regra, portanto, que, nos casos em que não tenha havido a precedência temporal do processo com fundamento na Lei nº 12.846/2013, para a responsabilização das pessoas jurídicas, ou seja, na presença da ação de improbidade, fica proibido o processamento, em razão do mesmo fato, com fundamento na Lei Anticorrupção.

No art. 12, § 7º, da Lei de Improbidade há, portanto, uma regra de proibição de duplo processamento sancionador, na responsabilização de pessoas jurídicas.

E, dessa forma, na hipótese da existência de um primeiro processo com fundamento na Lei Anticorrupção, em havendo a responsabilização à pessoa jurídica em ação de improbidade, deve esta ser extinta sem julgamento de mérito.

No art. 17 da Lei de Improbidade há também regras que dizem respeito à interpretação do *ne bis in idem*.

O art. 17, § 10-D trata, na verdade, de uma proibição de concurso entre as infrações tipificadas na lei, determinando: "Para cada ato de improbidade administrativa, deverá necessariamente ser indicado apenas um tipo dentre aqueles previstos nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei"; o concurso não é possível, na tutela da probidade administrativa, em razão de os tipos infracionais comporem – formando círculos concêntricos – os tipos mais complexos ou mais graves, na própria lei.

O art. 17, § 19, por sua vez, determina que não se aplicam na ação de improbidade administrativa, a respeito da matéria probatória: a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em caso de revelia (inciso I), e a imposição de ônus da prova ao réu, na forma dos §§ 1º e 2º do art. 373 do Código de Processo Civil (inciso II).

Agora, especificamente, na proibição ao *bis in idem*, o art. 17, § 19 veda o ajuizamento de mais de uma ação de improbidade administrativa pelo mesmo fato, o que seria um duplo processamento sem qualquer justificação racional; competindo ao Conselho Nacional do Ministério Público dirimir conflitos de atribuições entre membros de Ministérios Públicos distintos (inciso III).

Proíbe também, o § 19, do art, 17, o reexame obrigatório da sentença de improcedência ou de extinção da ação sem resolução de mérito (inciso IV); pois, o contrário disso representaria uma repetição do julgamento, da mesma forma, sem qualquer justificação, ficando proibida pela racionalidade do *ne bis in idem*.

Aqui o que destacamos: há também na Lei de Improbidade Administrativa uma regra de mesma natureza do art. 22, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Trata-se do art. 17-C, inciso V, segundo o qual, deve, a sentença proferida nas ações de improbidade administrativa, além de observar o disposto no art. 489, do Código de Processo Civil/2015, "considerar na aplicação das sanções a dosimetria das sanções relativas ao mesmo fato já aplicadas ao agente".

Eis a *técnica de desconto* na Lei de Improbidade Administrativa.

O art. 18-A, por sua vez, é uma regra para a continuidade delitiva e para a reincidência. Determina que: "A requerimento do réu, na fase de cumprimento da

sentença, o juiz unificará eventuais sanções aplicadas com outras já impostas em outros processos, tendo em vista a eventual continuidade de ilícito ou a prática de diversas ilicitudes".

A regra do art. 18-A define as seguintes formas de cálculos, para tais hipóteses: no caso de continuidade de ilícito, o juiz promoverá a maior sanção aplicada, aumentada de 1/3 (um terço), ou a soma das penas, o que for mais benéfico ao réu (inciso I); no caso de prática de novos atos ilícitos pelo mesmo sujeito, o juiz somará as sanções (inciso II).

E o parágrafo único do art. 18-A determina um limite máximo temporal para as penas: "As sanções de suspensão de direitos políticos e de proibição de contratar ou de receber incentivos fiscais ou creditícios do poder público observarão o limite máximo de 20 (vinte) anos".

O art. 21, especialmente os §§ 1º ao 4º, da Lei de Improbidade Administrativa, representa a *coordenação* entre instâncias punitivas, como explicamos ao longo do trabalho, e é aspecto da maior importância, diante da duplicidade entre processos sancionadores.

Determina o § 1º do art. 21, que: "Os atos do órgão de controle interno ou externo serão considerados pelo juiz quando tiverem servido de fundamento para a conduta do agente público"

Nesse sentido, lembra Marçal Justen Filho que: "A manifestação do órgão de controle é relevante para a avaliação do elemento subjetivo do agente público. Trata-se de reconhecer que, se a conduta praticada pelo agente público tinha respaldo no entendimento adotado pelo órgão de controle interno ou externo, está afastada a presença do elemento doloso".[433]

E ordena o § 2º do art. 21: "As provas produzidas perante os órgãos de controle e as correspondentes decisões deverão ser consideradas na formação da convicção do juiz, sem prejuízo da análise acerca do dolo na conduta do agente"; é que, concordamos: "Deve-se ter em vista a competência especializada do Tribunal de Contas no tocante à avaliação da economicidade e da legalidade dos atos administrativos. Isso significa a atuação permanente e contínua do Tribunal de Contas de acompanhamento da atividade administrativa estatal, com a acumulação de conhecimento e de informações que não são titularizadas por outras instituições".[434]

---

[433] JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021*, p. 236.
[434] Ibid., p. 237.

O § 3º do art. 21, por sua vez, determina: "As sentenças civis e penais produzirão efeitos em relação à ação de improbidade quando concluírem pela inexistência da conduta ou pela negativa da autoria".

Neste sentido, estudamos a respeito da coisa julgada e das questões prejudiciais cíveis, possivelmente comuns entre processos sancionadores, estas desde que transitadas em julgado, têm força sobre o processo de improbidade administrativa e, entendemos (como vimos), têm força mesmo sobre o processo penal.

Sobre a decisão criminal, em relação ao processo civil, há disciplina no mesmo sentido da Lei de Improbidade no Código Civil (art. 935)[435]; sendo regulada em outros aspectos também no Código de Processo Penal (arts. 65 a 67),[436] neste, a respeito de qualquer ação civil, de maneira que a regra especial da Lei de Improbidade a afasta a regra geral, no que lhe for contrária.

O § 4º do art. 21 também trata do relacionamento entre a ação penal e a ação de improbidade administrativa, determinando: "A absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)".[437]

---

[435] Código Civil: "Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal".

[436] Código de Processo Penal: "Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.
Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.
Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:
I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;
II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;
III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime".

[437] Na redação do art. 386 do Código de Processo Penal: "Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:
I - estar provada a inexistência do fato;
II - não haver prova da existência do fato;
III - não constituir o fato infração penal;
IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;
V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;
VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;
VII – não existir prova suficiente para a condenação".

A tramitação ou o julgamento, em si, da ação penal não impedem a ação de improbidade administrativa, não é o caso, portanto, de uma prevalência penal para o sistema brasileiro – como ocorre na Espanha.

A regra do art. 21 § 4º da Lei de Improbidade diz, na verdade, sobre o relacionamento entre a ação penal e a ação de improbidade administrativa: uma vez decidida a ausência do direito de punir.

Quis o legislador que diante de um julgamento criminal que represente a ausência do direito de punir pelo Estado – a absolvição –, confirmada por decisão colegiada, conclusão idêntica recaia na ação de improbidade administrativa, ficando esta "impedida" de tramitar, desde que trate dos mesmo fatos da ação penal julgada.

O § 4º do art. 21, porém, deve ser lido em conjunto com o art. 67 do Código de Processo Penal, que traz uma exceção expressa à força da sentença absolutória sobre o juízo cível, determinando que não impede a propositura da ação civil "a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime" (art. 67, inciso III, do CPP); assim, entendemos que não se aplica o impedimento à ação de improbidade administrativa, na hipótese de absolvição do réu quando: "não constituir o fato infração penal" (art. 386, inciso III, do CPP).

Por fim, no mesmo sentido de nossa pesquisa: novamente a técnica de desconto.

O art. 21, § 5º determina que: "Sanções eventualmente aplicadas em outras esferas deverão ser compensadas com as sanções aplicadas nos termos desta Lei".

Eis também a *técnica de desconto* na Lei de Improbidade Administrativa, agora com a ordem expressa para que se *compensem* as sanções já aplicadas.

Entendemos a expressão "aplicadas" no sentido da norma individual e concreta, independentemente da execução ou do trânsito em julgado, em sendo o caso.

Está, o art. 21, § 5º, (pensamos) como uma cláusula ampla e com alcance para todos os processos sancionadores ou materialmente penais, aqui, em relacionamento com a ação de improbidade administrativa.

Edilson Pereira Nobre Júnior explica, por sua vez: "Esse efeito – que se deduz inquestionavelmente do repúdio ao *bis in idem* – já se encontrava presente em nosso sistema jurídico, com alcance geral no âmbito sancionador, por injunção do art. 22, § 3º, da LINDB", então, "é dizer que, em havendo sanções em mais de uma esfera, devem ser compensadas, se da mesma natureza"; resignando-se em constatar a duplicidade de processo sancionadores, lembra de uma "terceira" *forma* de responsabilização

sancionatória: “Em matéria de improbidade, essa particularidade tem relevância ainda no plano das penalidades aplicadas pelos tribunais de contas”.[438]

Por fim, da técnica de desconto também, como vimos antes, entendemos (insistimos) ser a cláusula geral para o sistema brasileiro o § 3º do art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; sem que se impeça falar de uma interpretação sistemática quanto às regras da Lei de Improbidade Administrativa, para o Direito Administrativo Sancionador, como um todo, em especial, dada a nova sofisticação deste diploma legal pela reforma de 2021.

[438] É o posicionamento, alinhado à nossa tese, mais moderno – ou para o futuro – sobre o *ne bis in idem* no Direito Administrativo Sancionador: “À derradeira é de se notar que, havendo o art. 37, § 4º, da CRFB, admitido a possibilidade, em tese, da cumulação da responsabilidade por improbidade administrativa com sanções criminais, não se pode perder de vista, nas hipóteses que assim se imponha, a providencial cautela do art. 21, § 5º, da LIA”; regra que, junto ao § 3º do art. 22, da LINDB, como vimos: “refletem uma tendência que já se espraia pela legislação estrangeira, sendo mais uma vez, a Ley 40/2015 (artigo 31.2) [espanhola]” (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Lei de Improbidade Administrativa reformada*. DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). São Paulo: Thomson Reuters, 2022, p. 256).

CONCLUSÃO

O modelo brasileiro de direito administrativo sancionador: do processo civil sancionador ao *ne bis in idem*, é uma fotografia de escolhas legislativas honestamente encaradas; na perspectiva dinâmica, o filme está em construção e conta também com propostas de conceitos e interpretação por nossa pesquisa.

Desde o olhar pela Constituição Federal de 1988, dizemos, sem medo de errar, que seu art. 37, § 4º representa, dentre outras coisas, nada menos que o conceito de *ne bis in idem* para o direito administrativo sancionador brasileiro.

Eis a decisão do constituinte para o modelo brasileiro de *ne bis in idem* que inclua, parte que é do *ius puniendi*, o direito administrativo sancionador.

Decidiu o constituinte quais responsabilizações recaem sobre o ato de improbidade, *não impedido*, uma responsabilização de natureza sancionatória, o cúmulo com um segundo processo também sancionador, o penal; não há dúvida da escolha, nesse sentido expressa, pelo duplo processamento sancionador para tal hipótese.

Agora, lembramos que "atos de improbidade administrativa" de que trata o art. 37, § 4º da Constituição Federal, não é um conceito isolado, mas que compõe o direito administrativo sancionador: é o antecedente normativo (= infração) de um tipo sancionador exercível por uma *potestade administrativa*.

Do signo *potestade administrativa sancionadora* e, por isso, do conceito de direito administrativo sancionador, tratam o art. 37, § 4º da Constituição Federal.

Importante notar que o constituinte opta por atribuir ao legislador infraconstitucional a decisão sobre a *forma*, ou seja, o processo instrumento para a responsabilização por atos de improbidade administrativa; o que quer dizer que o constituinte não definiu o processo civil sancionador, quem o fez foi o legislador infraconstitucional.

A responsabilização por ato de improbidade administrativa, como se percebe da redação do art. 37, § 4º da Constituição Federal, poderia ter sido feita em sede de um *processo administrativo*; se veio a decidir, o legislador infraconstitucional, por realizá-la na *forma* de um processo civil, isso não muda o conceito de *ius puniendi*, tampouco deixa de significar o direito administrativo sancionador.

Portanto, a decisão do constituinte pelo duplo processo sancionador diz mais que dos atos de improbidade administrativa, diz do direito administrativo sancionador, da potestade sancionadora que "ocupa" o *ius puniendi* em paralelo ao direito penal.

O art. 37, § 4º da Constituição Federal, portanto, significa uma decisão pelo duplo processamento sancionador, *na presença* do direito administrativo sancionador.

Respondendo a toda a fundamentação da tese, ousamos dizer: não fere à proibição ao *bis in idem* o duplo processamento sancionador, tendo essa sido a escolha do constituinte brasileiro para o direito administrativo sancionador.

E a interpretação da decisão do constituinte vista, por assim dizer, "por dentro" do direito administrativo sancionador – e não só em paralelo ao direito penal – , ou seja, entre processos administrativos sancionadores, tampouco deve ser outra, porque da redação do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, não há exceção ou norma que diga em sentido contrário.

O sistema jurídico brasileiro (repetimos) admite o duplo processo sancionador ou materialmente penal (como vimos): *na presença do direito administrativo sancionador*.

Eis o modelo brasileiro de direito administrativo sancionador para o *ne bis in idem* – acolhendo toda a nossa fundamentação, desde a filosofia, das justificações e conceitos penais, processuais e no direito administrativo sancionador, também na compreensão cultural e da liberdade de escolhas legislativas em um Estado, além da realidade das mais recentes interpretações – conclusões de uma saga, sem exagero no nome – no direito comparado, que terminaram por confirmar a aguçada compreensão que inspirou o início desta pesquisa, por Alejandro Nieto.

Consequência de tudo isso, (repetimos) é o reconhecimento da decisão do constituinte, bem como da decisão do legislador infraconstitucional, enquanto *conceitos* que definem o exercício do *ius puniendi*, no modelo brasileiro: o *direito administrativo sancionador* simboliza o *duplo processamento materialmente penal* que não vulnera o *ne bis in idem*.

É dizer: na presença do *direito administrativo sancionador*, por decisão do legislador constituinte brasileiro, em única (= sem exceção) e clara expressão (art. 37, § 4º da Constituição Federal de 1988), sem definir a forma processual, admite no exercício do *ius puniendi* o conceito ou modelo de *duplo processamento sancionador*.

O conceito adotado pelo constituinte simboliza o direito administrativo sancionador, em sua inteireza – e não uma parte dele (como se poderia argumentar, da tutela da probidade); simboliza o duplo processamento sancionador na proteção do

interesse público ou coletivo: que é, na verdade, *todo* o Direto Administrativo Sancionador, pois que este não atua em favor de interesses individuais, mas sempre da coletividade, da regulação social, da prevenção de riscos coletivos, da realização, enfim, da gestão pública – o que deve ser compreendido, ainda, diante de elementos empíricos e tendo em conta a nossa atual sociedade.

A gestão pública – no interesse público e coletivo – é a razão, em si, do Direito Administrativo Sancionador.

E ainda que diga, o constituinte, da matéria – presente, aliás em toda a gestão pública – probidade, *elege* um *conceito processual*, o duplo processo sancionador, desde o direito administrativo sancionador.

Noutro giro, por decisão do legislador infraconstitucional, o sistema brasileiro admite, no exercício do *ius puniendi*, o conceito ou modelo de um *processo materialmente penal* (= sancionador) na função jurisdicional de *competência cível*, que se pode – ou se deve, em razão do direito material que realiza – chamar de *processo civil sancionador*.

Em tais conclusões, partimos do – ou chegamos no – elemento cultural, como em nossa epígrafe da tese, para lembrar das "coisas que o povo diz", como estudou Câmara Cascudo: *Vox Populi, vox Dei*; da sabedoria popular, em compreender a força do elemento cultural de um povo – voz do povo, voz de Deus – encontram-se, no Estado e no Direito, também escolhas e decisões.

Esse sistema, entretanto, (i) deve ser melhor compreendido quanto à vertente material do *ne bis in idem*, que impõe um núcleo intangível na *técnica de desconto* entre penas; bem como, (ii) pode ser aperfeiçoado pelo *relacionamento entre processos sancionadores*, a exemplo da decisão no Supremo Tribunal Federal na Rcl 41557, em matéria fática e probatória, com (a) o refinamento da interpretação sobre coisa julgada e questões prejudiciais (vimos antes) a respeito dos processos sancionadores, como também (b) pela coordenação e informação entre órgãos (veremos a seguir) com competência para processos sancionadores; representando, essa racionalidade, a mais contemporânea – e realista – compreensão a respeito da complexa "saga do *ne bis in idem*" em que se faça presente o Direito Administrativo Sancionador, também se se olha para o direito comparado.

Agora, sobre a *pluralidade de processos administrativos sancionadores*.

Ousamos propor – dado *o modelo brasileiro*, que admite o duplo processamento sancionador – um *critério de coordenação* na pluralidade de processos administrativos

sancionadores, bem como entre estes e o processo penal e o processo civil sancionador, com base no *dever de informar* pela Administração Pública, o que deve estar representado no princípio da publicidade, no princípio da motivação das decisões, bem como, na comunicação entre órgãos administrativos, com a maior precisão possível.

E defendemos, impõe-se, sempre, a técnica do desconto, como "cláusula de fechamento" no *ne bis in idem* em seu sentido material, entre quaisquer que sejam os processos, em havendo identidade na sanção.

No critério de *coordenação* na pluralidade de processos administrativos sancionadores, propomos também interpretações para o processo civil, no estudo do regramento das *questões prejudiciais* e da *coisa julgada*, porque, aquilo que venha a ser decidido como objeto do processo civil deve ter estabilidade diante do exercício do *ius puniendi*.

Pois bem, dos fundamentos apresentados para tais conclusões, propomos como conceitos para o Direito Administrativo Sancionador: as *sanções de natureza administrativa* e – aproveitando o conceito de função – a *função concreta da sanção e do processo sancionador*, e um terceiro conceito, que é somente apresentado, como consequência de toda a argumentação, a *técnica de desconto.*

Estão nos seguintes sentidos.

As *sanções de natureza administrativa* são as sanções *não exclusivas* da função jurisdicional, podendo nela se realizarem, ou estarem presentes na função administrativa, que se caracterizam pela flexibilidade, especialmente processual, nos domínios do legislador e por justificações empíricas pragmáticas, diante da complexidade e ajustabilidade, tecnológica inclusive, junto aos bens e interesses que protegem, notadamente, no cenário da pós-modernidade.

As *sanções de natureza administrativa* identificam, especialmente, uma *flexibilidade processual*, em favor de interesses e bens jurídicos atuais e ajustáveis, característicos, mais precisamente, da pós-modernidade, ficando sob observação e decisão do legislador, conforme necessite e escolha a sociedade.

O nome "natureza administrativa" identifica, por fim, e vai ao encontro do que consideramos ser a regra geral de desconto no sistema sancionador brasileiro, a norma do art. 22, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro quando ordena a consideração entre "sanções de mesma natureza", como uma garantia material da proibição ao duplo sancionamento.

E sobre a *função concreta da sanção e do processo sancionador*, é a *diversidade funcional* que justifica empiricamente o cúmulo entre sanções e, em sendo o caso, implica o cúmulo admitido entre processos sancionadores.

Em se tratando de *sanções funcionalmente diversas*, por exemplo, complementares ou acessórias, justificadas, portanto, de um ponto de vista funcional, concreto e empírico, o *ne bis in idem*, por essa razão, não impede a *duplicidade de processos materialmente penais* que realizem tais sanções e suas diversas funções.

É a justificação, portanto, para o duplo processamento sancionador.

Agora, em todos os casos de dupla idêntica sanção, ou de sanções restritivas de idênticos direitos (= ausente a diversidade funcional), é devido o *desconto* entre as penalidades, não havendo justificação punitiva na *repetição* – em que se *padeça* duas vezes do mesmo sofrimento – em razão do *ne bis in idem* em sua vertente material.

Eis o limite axiológico da dignidade da pessoa humana no exercício do *ius puniendi*, desde que a autonomia da vontade (= culpabilidade) deve corresponder a mesma medida de liberdade a ser suprimida da pessoa humana na punição – são medidas equivalentes, por assim dizer, ilícito e pena (infração e sanção); é o limite (último) à finalidade *repressiva* da sanção, enunciado por Kant.

Nesse sentido, defendemos que a regra do § 3º do art. 22, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, é fundamento também para a técnica de desconto, desde que não se reconhece a possibilidade do afastamento do desconto, núcleo intangível à vertente material do *ne bis in idem*.

Pontuando que o signo "agente", parece-nos, não deve ser lido tão somente como "agente público", porque, ainda que se destine a regra à "interpretação de normas sobre gestão pública", não pode uma regra de individualização de sanções ser válida em benefício de um agente público e não ser válida em benefício de um particular, que responda igualmente diante do cúmulo de processos sancionadores; não se cogita de um critério distintivo, no cálculo de penas, entre pessoas que tenham ou não tenham determinado vínculo com o Poder Público; não o admite o princípio constitucional da igualdade (art. 5º, da CF/1988).

Dessa maneira, entendemos que o nome "agente", não obstante a cabeça da norma destinar-se aos agentes públicos, deve ser lido como "autor da infração", ou melhor: as sanções aplicadas ao *autor* serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Sendo essa a regra geral válida a fundamentar a técnica de desconto para o direito sancionador brasileiro; devendo ser reconhecida diante de toda multiplicidade de processos sancionadores, em qualquer de suas formas.

Por fim, a reforma à Lei de Improbidade Administrativa, pela Lei nº 14.230/2021, trouxe novos regramentos destinados à disciplina do *ne bis in idem*, mas que, pensamos, reforçam a nossa interpretação, em especial, sobre a técnica de desconto.

O art. 21, § 5º da LIA simboliza a *técnica de desconto* na Lei de Improbidade Administrativa, com a ordem expressa para que se *compensem* as sanções já aplicadas, como uma cláusula ampla e com alcance para todos os processos sancionadores ou materialmente penais, em relacionamento com a ação de improbidade administrativa; sem que se impeça falar, ainda, de uma interpretação sistemática, desta regra e de toda a nova sofisticação da lei pela reforma de 2021, para o Direito Administrativo Sancionador, como um todo.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANA, Nicola. Dicionário de filosofia. 6ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012;

ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977;

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O princípio da interdependência das instâncias punitivas e seus reflexos do Direito Administrativo Sancionador. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 23. nº 131, Brasília: Out. 2021/Jan. 2022, p. 629-653;

ARRUDA ALVIM. A competência para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa em face de atos praticados em detrimento de sociedade em economia mista federal. *Opiniões doutrinárias*, vol. I: pareceres, direito público, t.1. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021;

ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo, Processo de Conhecimento, Recursos, Precedentes*. 19ª Ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020;

ARRUDA ALVIM. *Mandado de segurança e direito público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995;

ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. 10. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019;

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. *Revista de Processo*. São Paulo: abr. 2014, vol. 230, p. 75-92;

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967;

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, Vol. V;

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017;

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987;

BOBBIO, Norberto. Prefácio. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002;

BOCKEL, Willem Bastiaan van. *The* ne bis in idem *principle in EU law: a conceptual and jurisprudential analysis*. Amsterdam: Ipskamp Drukkers, 2009;

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010;

BRUNO, Aníbal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio Sociedade Cultural Ltda., 1976;

BUENO, Cassio Sacarpinella. Os recursos nas leis de processo administrativo federal e paulista: uma primeira aproximação. *As leis do processo administrativo (Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*. SUDFELD, Carlos Ari; MUÑOS, Guillermo Andrés. São Paulo: Malheiros Editores, 2006;

CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. Salvador: *Jus Podivm*, 2018;

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., 20 reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2003;

CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el processo penal*. Buenos Aires: Libreria El Foro, traducción del volumen Questioni sul porceso penale, publicado por la editorial Dott. Cesare Zuffi, Bologna, 1950, y de diferentes trabajos aparecidos en la Rivista di Diritto Processuale;

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador:* ne bis in idem *como medida de política sancionadora integrada*. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013;

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direto tributário, direito penal e tipo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, Vol. 14 (Coleção textos de direito tributário);

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal e Estado-de-direto material (Sobre o método, a construção e o sentido da doutrina geral do crime). *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 38-53;

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Teoria geral do processo, essa desconhecida*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021;

DIDIER JÚNIOR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2013;

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, Vol. 2;

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002;

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2015;

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. *Comentários à nova lei de improbidade administrativa*. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021;

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos do processo penal*. Coleção Clássicos do Direito Processual. RIBEIRO, Darci Guimarães; ANDRADE, Mauro Fonseca (diretores e organizadores). Tradução de Mauro Fonseca Andrade e Mateus Marques. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2018, v. II;

GOLDSCHMIDT, James. *Teoria geral do processo*. Coleção Clássicos do Direito Processual. RIBEIRO, Darci Guimarães; ANDRADE, Mauro Fonseca (diretores e organizadores). Tradução de Mauro Fonseca Andrade e Mateus Marques. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2021, v. III;

GUERRA, Luis López. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la EU y «le mouvement nécessaire des choses». *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 39, 2017, p. 163-188;

GUERRA, Luis López. «Ne bis in idem» en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 69, 2019, p. 9-26;

GUERRA, Luis López. La Carta de Derechos Fundamentales de la UE y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 66, 385-406;

GURULE, Jimmy. The double jeopardy dilemma: does criminal prosecution and civil forfeiture in separate proceedings violate the double jeopardy clause? *Journal Articles Notre Dame Law School*, 1996;

JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021*. Rio de Janeiro: Forense, 2022;

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2002;

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009;

LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público. Lisboa: AAFDL Editora, 2016, Vol. I;

LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público. Lisboa: AAFDL Editora, 2016, Vol. II;

MANZANO, Mercedes Pérez. *Manual de Introducción al Derecho Penal*. Colección de Derecho Penal y Procesal Penal. SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascuraín (Coord.). Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado: Madrid, 2019;

MANZANO, Mercedes Pérez. *"Ne bis in idem"* in Spain and Europe. Internal effects of an inverse and partial convergence of case-law (from Luxembourg to Strasbourg). MANZANO, Mercedes Pérez (et. al. eds.). Multilevel Protecion of the principle of legality in criminal law. *Springer International Publishing*, 2018, disponível em: <https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-319-63865-2_5>;

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019;

MARTY-DELMAS, Mireille. The legal and practical problems posed by the difference between criminal law and administrative penal law. *Revue Internationale de Droit Penal*, vol. 59. Association Internationale de Droit Pénal: Stockholm, 1988;

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010;

MIRANDA, Pontes. *Tratado das ações*: ações declarativas: tomo II. 1ª ed atual por Nelson Nery Junior, Georges Abboud. São Paulo: RT, 2016;

MITIDIERO, Daniel Francisco. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil. *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, 2004, n. 33, pp. 484/510;

MONTEIRO, Cristina Maria da Costa Pinheiro Líbano. *Do concurso de crimes ao «concurso de ilícitos» em direito penal*. Dissertação de doutoramento em Direito, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, na área das Ciências Jurídico-Criminais, sob a orientação do Senhor Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, 2013;

NAVARRO, Juan B. Cañizares. La noción de penas infamantes en los Códigos penales españoles decimonónicos: especial consideración a sus efectos jurídicos y su finalidade. Glossae. *European Journal of Legal History*, n. 14. Valencia: Institute for Social, Political and Legal Studies, 2017, p. 236-263;

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017;

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019;

NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª Ed. Madrid: Tecnos, 2012;

NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa julgada*; tradução Antônio do Passo Cabral. Coleção Liebman. Teresa Arruda Alvim Wambier; Eduardo Talamini (Coord.). São Paulo: RT, 2016;

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *As normas de direito público na lei de introdução ao direito brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do direito administrativo*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019;

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Lei de Improbidade Administrativa reformada*. DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). São Paulo: Thomson Reuters, 2022;

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021;

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte geral: arts. 1 ao 120 do Código Penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021;

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015;

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 7ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020;

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020;

OSÓRIO, Fábio Medina. Corrupción y mala gestión de la *res publica*: el problema de la improbidad administrativa y su tratamiento en el derecho administrativo sancionador brasileño. *Revista de Administración Pública*, nº 149, mayo-agosto, 1999;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Unidade da cultura jurídica ocidental. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de Minas Gerais, 1954, v. 6;

PUIG, Manuel Rebollo; CARRASCO, Manuel Izquierdo; SOTOMAYOR, Lucía Alarcón; ARMIJO, Antonio Bueno. Panorama del derecho administrativo sancionador em España. *Estudios Socio-Jurídicos*, nº1, Bogotá, jan./june 2005, p. 13-27, Vol. 7;

SANTIAGO, José Maria Rodríguez de. El pago voluntario de las multas en cuantía reducida; legalidad, eficacia, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva. *Revista de Documentación Administrativa*, nº 284-285, mayo-diciembre 2009, pp. 153-180;

SUNDFELD, Carlos Ari. *As leis de processo administrativo (Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98)*. SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo ANDÉS (coord.). São Paulo: Malheiros Editores, 1ª ed., 2ª tiragem, 2006;

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019;

TOMILLO, Manuel Gómez. Compliance Público y Derecho Disciplinario. *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista*. Vol I. Madrid: Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional/Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2021;

WAYNE. Morrison. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012;

WEIGEND, Thomas. The legal and practical problems posed by the difference between criminal law and administrative penal law. *Revue Internationale de Droit Penal*, vol. 59. Association Internationale de Droit Pénal: Stockholm, 1988, p. 67-94;

WESTEN, Peter; DRUBEL, Richard. Toward a general theory of double jeopardy. *The Supreme Court Review*, 1978, 81-169;

UZEDA, Carolina. *Interesse recursal*. Salvador: *Jus Podivm*, 2018;

XAVIER, Marília Barros. *Direito Administrativo Sancionador Tributário*. Belo Horizonte: Fórum, 2021;

XAVIER, Marília Barros. *Estudos em homenagem à Professora Thereza Alvim: controvérsias do direito processual civil 5 anos do CPC/2015*. Coordenação ARRUDA ALVIM et. al. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020;

XAVIER, Marília Barros. *O problema dos honorários advocatícios na lei de improbidade administrativa*. Portal Migalha, 2019, disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/305960/o-problema-dos-honorarios-advocaticios-na-lei-de-improbidade-administrativa>;

ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. Conexão, continência, litispendência e questão prejudicial. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2019 (janeiro/junho), vol. 429, p. 221-236;

Regime Geral das Contra-ordenações - RGCO, Decreto-Lei nº 433, de 27 de outubro de 1982, disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107671399/202011031014/diploma?p_p_state=maximized&did=34484875&rp=indice>;

Código dos Valores Mobiliários de Portugal - Título VIII – Crimes e Ilícitos de Mera Ordenação Social, disponível em: <https://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/Legislacaonacional/CodigodosValoresMobiliarios/Pages/Codigo-dos-Valores-Mobiliarios.aspx?pg>;

Constituição espanhola de 1978, disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>;

Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común - Ley 30/1992, disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-26318>;

Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora - Real Decreto 1.398/1993, disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1993-20748>;

Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas - Ley 39/2015, disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10565>;

Régimen Jurídico del Sector Público - Ley 40/2015, disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10566>;

Sentencia 2/2003, de 16 de enero (BOE n. 43, de 19 de febrero de 2003), disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4777>;

Court of Justice of the European Union. Directorate-General for Library, Research and Documentation – CVRIA. *Cumulation of administrative and criminal sanctions and the ne bis in idem principle*. Research Note, 2017, disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-12/ndr-2017-003_synthese_en_neutralisee_finale.pdf>;

Information Note on the Court's case-law 116 February 2009 Sergey Zolotukhin v. Russia [GC] - 14939/03 Judgment 10.2.2009 [GC], disponível em: <Sergey Zolotukhin v. Russia - HUDOC - Council of Europe https://hudoc.echr.coe.int>;

Convenção Europeia dos Direitos do Homem, disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>;

Conclusões do Advogado-Geral Pedro Cruz Villalón, apresentadas em 12.06.2012, no Processo C-617/10, Åklagaren contra Hans Åkerberg Fransson / Tribunal de Justiça da União Europeia, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62010CC0617&from=EN>;

Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429/1992, com as alterações pela Lei nº 14.230/2021, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>;

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 38.540/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09.05.2022, *DJe* 10.05.2022;

_____. Supremo Tribunal Federal. AIAgR 495145, rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. 02.03.2010, *DJe* 25.03.2010;

_____. Supremo Tribunal Federal. Rcl 41557, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 15.12.2020, *DJe* 045 09-03-2021;

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 976566, rel. Min. Alexandre de Morais, Tribunal Pleno, j. 13.09.2019, *DJe* 25.09.2019;

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2797, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 15.09.2005, DJ 19.12.2006;

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1847488/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 20.04.2021, *DJe* 26.04.2021;

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDcl no REsp 1711805/MG, rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, j. 16.03.2021, *DJe* 07.04.2021;

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1856755/SP, rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, j. 22.06.2020, *DJe* 26.06.2020;

_____. Superior Tribunal de Justiça. MS 17.994/DF, rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, j. 14.12.2016, *DJe* 17.04.2017;

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1533234/SE, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 13.12.2016, *DJe* 28.08.2020;

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.526.471/SP, Segunda Turma, , rel. Min. Humberto Martins, j. 15.03.2016, *DJe* 22.03.2016.